AVIS

L'auteur a autorisé l'Université de Montréal à reproduire et diffuser, en totalité ou en partie, par quelque moyen que ce soit et sur quelque support que ce soit, et exclusivement à des fins non lucratives d'enseignement et de recherche, des copies de ce mémoire ou de cette thèse.

L'auteur et les coauteurs le cas échéant. conservent néanmoins la liberté reconnue au titulaire du droit d'auteur de diffuser. éditer utiliser et commercialement ou non ce travail. Les extraits substantiels de celui-ci ne peuvent être imprimés autrement ou reproduits sans autorisation de l'auteur.

L'Université ne sera aucunement responsable d'une utilisation commerciale, industrielle ou autre du mémoire ou de la thèse par un tiers, y compris les professeurs.

NOTICE

The author has given the Université de Montréal permission to partially or completely reproduce and diffuse copies of this report or thesis in any form or by any means whatsoever for strictly profit educational non purposes.

The author and the co-authors, if applicable, nevertheless keep the acknowledged rights of a copyright holder to commercially diffuse, edit and use this work if they choose. Long excerpts from this work may not be printed or reproduced in another form without permission from the author.

The University is not responsible for commercial, industrial or other use of this report or thesis by a third party, including by professors.



Université de Montréal

La justification du droit d'auteur dans l'environnement numérique

Par

Éléna Torrijos Alfőldi

Faculté de droit

Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures en vue de l'obtention du grade de Maître en droit (L.L.M.) option Technologies de l'information

Octobre, 2006

© Éléna Torrijos Alföldi, 2006



Université de Montréal Faculté des études supérieures

Ce mémoire intitulé

La justification du droit d'auteur dans l'environnement numérique

présenté par :

Éléna Torrijos Alfőldi

A été évalué par un jury composé des personnes suivantes :

Président-rapporteur Ysolde Gendreau

Directeur de recherche Pierre Trudel

> Membre du jury Daniel Poulin

REMERCIEMENTS

Je souhaiterais prendre le temps de remercier mes parents qui ont su endurer mon long parcours universitaire. Ce mémoire clôture une étape à laquelle mon père, Emilio et ma mère, Judit, ont participé avec patience, ferveur et encouragements. Je tiens également à remercier tout particulièrement la personne qui m'a soutenue au quotidien et sans relâche pendant la période de la rédaction, Cédric.

Enfin, le soutien intellectuel du professeur Pierre Trudel a permis de donner à ce devoir toute son emphase et son intérêt. Ses questions ont donné l'occasion de formuler de vive voix l'aboutissement de longues réflexions.

Un grand merci à vous tous.

RÉSUMÉ

Les progrès techniques qui caractérisent la révolution numérique modifient les rapports au sein de la société. Elle est sans conteste à la base d'une profonde modification du caractère de la création artistique.

L'avènement de nouveaux moyens de communication de masse tels que l'Internet permettent la diffusion des œuvres et cela sans frontières géo-temporelles. À ce contexte se superposent des prouesses techniques défiant les rêves les plus irréels. Le droit d'auteur se trouve confronté aux nouvelles techniques qui s'améliorent sans cesse. En réponse à cela, la gestion numérique des droits est apparue en tant que solution la plus appropriée : la technologie venant contrer à son tour la technologie. Cette approche a nécessairement influencé les initiatives législatives menant ainsi à une refonte du cadre légal tant en Amérique du Nord qu'en Europe. La récente vague de lois a-t-elle eu pour effet de modifier la conception du droit d'auteur? Le droit d'auteur apparaît alors tel un instrument permettant la métamorphose économique du droit d'auteur. Le droit d'auteur se perd et se dissout non seulement par l'influence croisée avec le copyright mais notamment par la prolifération des droits au profit de personnes non auteur.

Face à un tel constat, il est primordial de s'interroger sur l'opportunité économique que procure le droit d'auteur. Toutes ces réformes n'ont-elles pas eu lieu pour des enjeux financiers? L'analyse économique s'avère indispensable afin de déterminer dans quelle mesure le droit des marchés s'en trouve affecté. Au regard de l'analyse économique, est-il possible de rendre la loi pour la protection du droit d'auteur plus optimale? En tant que propriété utile et vouée à circuler, une logique d'investissement semble dominer. Le cas de l'industrie musicale est une bonne illustration. Avec la construction d'un marché du téléchargement légal, la concurrence s'ouvre et amorce l'avènement d'un nouveau modèle d'exploitation des œuvres.

MOTS-CLÉS

Droit d'auteur - Numérique - Exceptions - Analyse économique - Droit des marchés.

ABSTRACT

The technical advances characterising the digital revolution do modify relations within society. This revolution is without dispute the basis of a complete change in the character of artistic creation.

The arrival of new mass media such as the Internet allows works of art to be spread regardless of space and time boundaries. Technical miracles defying even the most unrealistic dreams are added to this context. Authors' rights are confronted to new technologies which are continually changing. In response to this, digital rights management has appeared as the most appropriate solution: it is a case of technology confronting technology. This approach has necessarily influenced legislative initiatives and led to an overhaul of the legal framework in North America as well as in Europe.

Has this recent wave of laws changed the conception of authors' rights? Authors' rights thus appear as an instrument for the economic metamorphosis of authors' rights. Authors' rights become lost and dissolve not only through cross influence with copyright but particularly through the proliferation of rights for the benefit of persons other than authors.

In the face of such an acknowledgement, it is of the utmost importance to look into the economical opportunity offered by authors' rights. Haven't all these reforms been implemented for a financial stake? An economical analysis becomes essential in order to determine to what extent market law is affected. Is it possible, in regard to the economical analysis, to optimize the law for the protection of authors' rights? As useful property destined to circulate, the logic of investment appears to dominate. The case of the music industry is a prime example: as the competition opens up, a new model for the exploitation of works of art is initiated.

KEY WORDS

Copyright - Digital - Exceptions - Economic analysis - Market power

TABLES DES MATIÈRES

RESUMEiv
TABLE DES MATIÈRESvi
LISTE DES TABLEAUX ET FIGURESix
LISTE DES SIGLES ET ABRÉVIATIONSx
INTRODUCTION1
PARTIE 1 : LA DOCILITÉ DU DROIT D'AUTEUR FACE À L'ENVIRONNEMENT NUMÉRIQUE12
CHAPITRE 1. La confrontation du droit d'auteur à la réalité économique12
A. La révolution numérique12
1) Le droit d'auteur face à la technologie et le monde en réseau
2) Les techniques de gestion numérique16
B. La refonte du cadre légal du droit d'auteur22
1) Une protection internationale22
a. L'accord ADPIC23
b. Les traités Internet de l'OMPI26
2) Les adaptations nationales29
a. États-unis29
b. La directive 2001/29 et sa transposition en droit français
c. Le projet canadien C-6038

	l'auteur débridé
A.	Un droit d'auteur dissolu44
1)	Origine de la métamorphose économique du droit d'auteur : influence croisée entre droit d'auteur et copyright44
2)	Accumulation et prolifération des droits50
В.	Le bouleversement des systèmes d'exceptions55
1)	Le rapprochement des systèmes d'exception : le test des 3 étapes
2)	L'utilité des mesures techniques : la fin du « market failure »
	A RESTAURATION DU DROIT D'AUTEUR À DES FINS ÉCONOMIQUES
1	
CHAPITRE 1.	ÉCONOMIQUES67
CHAPITRE 1. 1 A.	ÉCONOMIQUES

a. Les intérêts respectifs des producteurs et des consommateurs
b. Quelle définition optimale du droit d'auteur ?84
B. Le droit d'auteur : une propriété de marché85
1) Ressemblances et dissemblances de la propriété artistique au regard de la conception générale de la propriété86
2) Une propriété utile et vouée à circuler89
CHAPITRE 2. L'interaction entre le droit d'auteur et la concurrence à l'épreuve de la mondialisation94
A. La marchandisation du droit d'auteur94
1) La logique d'investissement domine la logique d'innovation95
2) Cas de l'industrie musicale : organisation industrielle
B. La construction d'un marché de téléchargement légal et l'ouverture de la concurrence
1) Les enjeux économiques de la musique sur Internet et les frictions avec le droit de la concurrence. De nouveaux acteurs sur le marché
2) Vers un nouveau modèle économique d'exploitation des œuvres
CONCLUSION124
BIBLIOGRAPHIE128

LISTE DES TABLEAUX ET DES FIGURES

entre le DMCA et la directive européenne	36
Tableau II : Facteurs déterminants le comportement illégal du consommateur	76
Figure 1 : Variables déterminants la protection optimale par le droit d'auteur	83
Figure 2 : Schématisation du marché du téléchargement	118

LISTE DES SIGLES ET ABRÉVIATIONS

ADPIC Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle

qui touchent au commerce

Alta. L. Rev. The Alberta Law Review

Cass. Civ. Cour de cassation – Chambre civile

Cass. Com. Cour de cassation – Chambre commerciale

C.F. Cour fédérale

CJCE Cour de Justice des Communautés européennes

CNRS Centre national de recherche scientifique

CNUCED Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le

Développement

C.P.I. Cahiers de propriété intellectuelle

C.P.R. Canadian Patent Reporter

DAVDSI Droit d'Auteur et Droits Voisins dans la Société de

l'Information

Dr. et pat. Droit et patrimoine

DRM Digital Right Management

Duke L. J. Duke Law Journal

Ent. L. Rev. Entertainment Law Review

Eur. I. P. Rev. European Intellectual Property Review

Fordham I. P. Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Media & Journal Ent. L. J. Harvard Law Review Harv. L. Rev. **IFPI** International Federation of the Phonographic Industry Int'l Law The International Lawyer Int'l Rev. L. International Review of Law computers end technology Comp. & Tech. I. P. J. Intellectual Property Journal J. Int'l Econ. L. Journal of International Economic Law Journal of Law and Economics J. L. & Econ. J. Legal Stud. Journal of Legal Studies **JOCE** Journal Officiel des Communautés Européennes J.O.L. Journal Officiel de la République Française - Législation McGill L. J. McGill Law Journal MP3 MPEG Audio layer 3 Murdoch University Electronic Journal of Law Murdoch U.E.J.L. **OCDE** Organisation de coopération et de développement économiques OMC Organisation mondiale du commerce Organisation mondiale de la propriété intellectuelle **OMPI** Ottawa L. Rev. Ottawa Law Review

Presses universitaires de France

PUF

R.C.S.

Recueil des arrêts de la Cour Suprême du Canada

R. du B.

Revue du Barreau

Rev. Trim. Dr. Com. Revue Trimestrielle de Droit Commercial

R.I.D.A.

Revue internationale du droit d'auteur

R.L.D.I.

Revue Lamy Droit de l'Immatériel

Trib. Com.

Tribunal de commerce

Trib. gr. inst.

Tribunal de Grande instance

U.S.C.

United States Code

Vanderbilt L. Rev.

Vanderbilt Law Review

Wash. &

Washington & Lee Legal review

Lee L. Rev.

WCT

WIPO copyright treaty – Traité sur le droit d'auteur

WPPT

WIPO Performances and Phonograms Treaty -Traité de

l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les

phonogrammes

INTRODUCTION

En bien des points, les communautés cybernétiques demeurent, comme beaucoup d'enfants de leur âge, tyranniques : « La tyrannie consiste au désir de domination universel et hors de son ordre (...). La tyrannie est de vouloir avoir par une voie ce que l'on ne peut avoir que par une autre »

Blaise Pascal.

Le concept de cyberespace, né au milieu des années quatre-vingt, repousse la quasi-totalité des limites qu'avait finalement imposées l'espace tangible auquel nous avons été jusqu'ici confrontés. Contrairement à la croyance générale d'un vaste espace incontrôlé, « cyber » vient du grec « kubernaô » qui signifie diriger, contrôler. Cet univers virtuel qui s'ouvre à nous permet un contrôle des plus efficace. Certes, les premières années ont fait face à l'anarchie et l'incontrôle propre à chaque jeunesse. À présent, Internet se révèle être également un allié du contrôle et de ce fait la solution miracle à tout acteur du monde virtuel qui veut se l'approprier. Chacun souhaite sa part car, dominer Internet signifie atteindre ce que le monde physique ne permet plus. Le droit, la souveraineté, le territoire, la concurrence sont autant de concepts qui n'avaient plus de défis à relever dans le monde matériel. L'immatériel en a fait des outils de domination. Ce que l'on ne pouvait plus avoir, les technologies informatiques peuvent nous l'apporter.

Annoncée depuis des années, la révolution numérique a suscité depuis lors de nombreuses réactions. Affublée de mille et une vertus par les uns et dénoncée farouchement par les autres, la révolution numérique a eu lieu. Selon Hervé Fischer¹, il existe aujourd'hui une pensée naïve et un respect quasiment religieux à l'égard des technologies numériques qui rendent un mauvais service à cette révolution. La société suspend ses questions et attend de voir ce que cela donne. Comme chaque mutation, l'analyse de ses effets sur l'économie et le droit est primordiale. En effet, tout droit à caractère a-territorial est encore plus sensible aux changements. La globalisation, idéologie économique qui domine depuis une trentaine d'années, est intrinsèquement liée au développement des nouvelles technologies. Dorénavant, tout s'observe au travers de ce prisme économique. La révolution numérique a agit sur l'économie en

¹Voir www.hervefischer.net (dernière consultation 18 septembre 2006).

permettant d'une part, la création de nouveaux marchés et d'autre part, la transformation des marchés existants, en permettant notamment à l'offre de se structurer en réseaux et à la demande de s'octroyer des nouveaux instruments de concertation. Les industries culturelles, industries de contenu, ont ressenti les effets du développement de l'immatériel et des nouvelles technologies à divers niveaux.

Pour cette raison, le droit a été, ces dernières années, l'objet d'une effervescence normative qui a principalement concerné la propriété intellectuelle. Ainsi, le contenant a rendu le contenu encore plus « précieux », la création et l'information nourrissent le monde virtuel.

Depuis plus d'un siècle, notre système de protection des droits de propriété intellectuelle a été créé dans le but de stimuler la créativité des auteurs et des inventeurs. À présent, il faut prendre en compte une force majeure globale : le monde numérique, qui peut parfois s'apparenter à une tentaculaire machine à copier, phénomène ayant eu un impact sur cette même créativité.

Selon Bernard Edelman, « le marché de la reproduction est, *stricto sensu*, un marché pirate, l'observation est en fait que chaque consommateur se constitue à soimême son titre [...] illégitime »². L'auteur estime que toute reconnaissance légale d'un tel marché, ou tout refus d'interdire, constitue une démission devant les grands principes du droit. Une telle assertion est confirmée par la confrontation que subit les fondements du droit d'auteur à la réalité numérique. Toutefois, s'agit-il réellement d'une démission devant les grands principes de droit ?

L'historique du droit d'auteur montre qu'il est né du support dans un monde qui était alors analogique. Le support rend possible d'identifier l'œuvre. Cette matérialisation de l'oeuvre permet de cerner la portée de l'activité créatrice qui en est à l'origine. D'aucuns se demandent si les notions de « copies » ou de « copie privée » conservent encore un sens dans l'environnement numérique dès lors que pour certains ce dernier représente un pur et simple pillage. Interdite en 1985 pour les logiciels,

² Bernard EDELMAN, <u>Droit d'auteur, Droits voisins : droit d'auteur et marché</u>, Paris, Dalloz, 1993, p. 213.

interdite également pour les bases de données sous forme numérique, la copie privée apparaît aujourd'hui comme une exception dont la raison d'être était liée au support.

L'utilisation d'une oeuvre par des particuliers, tolérée sans problèmes jusqu'ici et pendant plus d'une centaine d'années, se trouve tout à coup au centre du débat. L'industrie culturelle considère tout à coup que l'usage privé par des particuliers met en danger leur existence économique. Le lobby, dominé principalement par des groupes américains de l'industrie culturelle, a été déterminé à défendre ses intérêts et à convaincre la communauté internationale que les droits d'auteurs existants devait être complétée par de nouveaux droits pour les titulaires de droits d'auteur. Après des années d'immobilité, la dernière révision de la convention de Berne datant de 1971, l'année 1996 a marqué le début d'un élan réformateur. L'observation de Charles Clark si souvent citée : «The answer to the machine is in the machine »³ a été appliquée pour de vrai.

Les traités, adoptés par l'OMPI en 1996, ont 10 ans. Ils consacrent la notion de mesure technique d'information et de protection destinée à gérer et protéger, dans le monde numérique, les œuvres et les objets couverts par la propriété intellectuelle et plus particulièrement par le droit d'auteur et les droits voisins.

Entre temps, cette gestion numérique des droits a été prise en compte par la loi américaine sur le droit d'auteur. Par ailleurs la célèbre directive européenne du 22 mai 2001 impose aux États membres de l'Union Européenne d'instaurer une protection légale interdisant notamment de violer l'intégrité de ces protections techniques. Un certain nombre d'États membres ont transposé la directive, dont très récemment la Belgique. La France a adopté la loi DAVDSI le 1^{er} août 2006 après une longue et mouvementée gestation. Le premier ministre, Dominique de Villepin, ayant déclaré l'urgence sur le texte, il n'y eut qu'une seule lecture à l'Assemblée nationale puis au Sénat. Adopté par l'Assemblée nationale en mars 2006 puis, après y avoir apporté quelques modifications, par le Sénat en mai 2006, le projet est ensuite passé entre les mains de la Commission mixte paritaire en juin 2006 afin d'aboutir à un texte commun. Ce texte a été adopté par l'Assemblée Nationale et le Sénat le 30 juin

³ Charles CLARK, «The answer to the machine is in the machine », dans P. Bernt HUGENHOLTZ,, (dir), The Future of Copyright in a Digital Environment, La Haye, Kluwer Law International, 1996, p. 139.

2006, et a ensuite été examiné par le Conseil constitutionnel qui a censuré certains passages. La loi a été promulguée le 1er août 2006 et publiée au Journal officiel le 3 août 2006.

Chaque secteur a subi une influence de la numérisation en fonction des particularités intrinsèques. Cette influence a été analysée de nombreuses façons⁴: d'un point de vue économique, ou purement juridique, d'un point de vue sociétal, culturel, ou encore du point de vue de l'autodidacte qui utilise la technologie et le réseau pour diffuser ses créations et travaux.

Bien que ce thème ait déjà fait l'objet de nombreuses études doctrinales, la décennie de réformes, souvent qualifiée de modernisation, que vient de traverser le droit d'auteur, rend le réexamen de cette question particulièrement nécessaire. En effet, les réformes émanant du processus dit de modernisation du droit d'auteur ont généré une prolifération d'actes nouveaux dont la valeur juridique n'est pas nécessairement claire.

La plus grande partie des études sont des études sur la protection des œuvres dans l'univers numérique, et l'évolution du système d'exceptions⁵. La problématique du droit d'auteur et de l'Internet a bénéficié de nombreuses analyses et rapports⁶. Tous observent un certain rapprochement du droit d'auteur et du copyright du fait de la ratification et de la transposition des Traités de l'OMPI⁷. De nombreux auteurs consacrent une partie substantielle de leur analyse à la réception des mesures

⁵ Séverine DUSOLLIER, <u>Droit d'auteur et protetion des œuvres dans l'univers numérique</u>, Bruxelles, Larcier, 2005; Jessica LITMAN, <u>Digital copyright: protecting intellectual property on the Internet</u>, Amherst, N.Y., Prometheus Books, 2001.

.

Voir: <u>www.vecam.org</u> (dernière consultation 18 septembre 2006) concentrat les rencontres « Espaces Culture Numériques » du 4 novembre 2005 – Cité des Sciences La Villette-Paris.

⁶ Gabriel DE BROGLIE, <u>Le droit d'auteur et Internet</u>, Rapport du groupe de travail de l'académie des sciences morales et politiques présenté en juillet 2000, en ligne : http://www.asmp.fr/sommaire6/gpw/droitdauteur/rapport.pdf (dernière consultation le 10 mars 2006);

OMPI, Études sur les limitations et les exceptions au droit d'auteur et aux droits connexes dans l'environnement numérique, Comité permanent du droit d'auteur et des droits connexes, Genève, 23 au 27 juin 2003; Mireille BUYDENS et S. DUSOLLIER, « Les exceptions droits d'auteur dans l'environnement numérique : évolutions dangereuses » (2001) chron. n° 22, Communication Commerce électroniques, p. 11; Jean-Louis GOUTAL, « L'environnement de la directive droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information en droit international et comparé », [2002] Communication -Commerce électronique, 9.

techniques en droit d'auteur⁸. En effet, la gestion numérique des droits d'auteur apparaît être la solution, mais la protection des mesures techniques par le droit d'auteur lui-même illustre la mutation du système des exceptions⁹. Certains auteurs y voient même l'éradication du droit d'auteur¹⁰ dans les systèmes nationaux.

Stan Liebowitz¹¹ s'est attaché à analyser l'impact de la copie privée sur les revenus des détenteurs de droit. D'autres ont tenté d'étudier l'impact des innovations technologiques et les nouvelles habitudes contractuelles dans le domaine de la musique¹². La structure de l'industrie s'en trouve modifiée, la forme de la rémunération, le marketing et la distribution doivent être revus et corrigés. La relation entre le droit de la concurrence et le droit d'auteur a fait l'objet de commentaires, notamment les points de conflits qui peuvent apparaître entre ces deux paradigmes¹³. Il est évident que la concurrence et la propriété intellectuelle sont à la fois complémentaires et opposées. L'un favorise la création de monopoles légitimes et

⁸ Philippe CHANTEPIE, <u>Mesures techniques de protection des œuvres et DRMS</u>, Étude remise à l'Inspection Générale de l'Administration des Affaires Culturelles le 8 janvier 2003, en ligne : http://www.culture.gouv.fr/culture/cspla/Mptdrms.pdf (dernière consultation le 28 mars 2006).

Philippe GAUDRAT, « Réflexions dispersées sur l'éradication méthodique du droit d'auteur dans la société d'information », (2003) 1, Rev. Trim. Dr. Com. 87-108; Kamiel KOELMAN. « Copyright Law & Economics in the EU Copyright Directives: Is the Droit d'auteur passé? » (2004) 35/6, International Review of Intellectual Property and Competition Law, 603-638.

OMPI, Tendances récentes dans le domaine de la gestion numérique des droits, Comité permanent du droit d'auteur et des droits connexes, Genève, 3 au 5 novembre 2003; S. DUSOLLIER, « Incidence et réalité d'un droit de contrôler l'accès aux oeuvres en droit européen » (2000) 18, Cahiers du CRID Le droit d'auteur : un contrôle de l'accès aux œuvres, 44; Myra TAWFIK, « La législation internationale sur le droit d'auteur et 'l'utilisation équitable' 'droit des utilisateurs' » (2005)2, e-Bulletin du droit d'auteur. http://portal.unesco.org/culture (dernière consultation le 11 août 2006); Michel VIVANT, « Entre copyright: l'Europe au carrefour logiques » d'auteur et des http://www.robic.com/cpi/Cahiers/10-1/03VivantW97.htm (dernière consultation le 19 avril 2006); Jacques DE WERRA, « Le régime juridique des mesures techniques de protection des oeuvres selon les traités de l'OMPI, Le Digital Millenium copyright Act, de directives européennes et d'autres législations » (2001) 189 R.I.D.A.

Stan LIEBOWITZ, « Back to the Future: Can copyright Owners Appropriate Revenues in the Face of New Copying Technologies? » dans Wendy GORDON et Richard WATT, The Economics of Copyright, Cheltenham (Grande-Bretagne), Edward Elgar, 2003, p.1; Michael RUSHTON, Impact économique de la ratification des Traités OMPI sur le régime de la copie privée, Rapport réalisé pour le ministère du Patrimoine canadien, juin 2002.

Tobias REGNER, « Innovation of Music » dans W. GORDON et R. WATT, <u>Id.</u>, p. 104.

Voir: Giovanni RAMELLO, « Copyright and Antitrust Issues » dans W. GORDON et R. WATT, op.cit., note 5, p. 118; Marie-Anne FRISON-ROCHE (dir.), <u>Droit et économie de la propriété intellectuelle</u>, coll. « Droit et économie », Paris, LGDJ, 2005; Alexandre PUTTMANS, <u>Droits intellectuels et concurrence déloyale</u>, pour une protection des droits intellectuels par l'action en concurrence déloyale, Bruxelles, Bruylant, 2000; Ikka RAHNASTO, <u>Intellectual Property Rights</u>, <u>External Effectes</u>, and <u>Anti-trust Law</u>, Oxford University Press, 2003.

l'autre tente d'éliminer des comportements abusifs résultant de positions dominantes. Cette dialectique s'intensifie par l'internationalisation des enjeux et la marchandisation du droit d'auteur¹⁴. Pour bon nombre d'auteurs, la technologie numérique a permis à certains intervenants de l'industrie culturelle de s'octroyer un plus grand pouvoir contractuel tout en vidant le droit d'auteur de son sens premier¹⁵. La technologie est devenue une arme dans la lutte des parts de marchés. Le droit des utilisateurs s'en trouvera irrémédiablement affecté. L'intérêt des artistes et celui de la société se retrouve en balance, la recherche d'une meilleure adéquation au lieu et place d'un paiement systématique de l'utilisation de toute idée doit découler de l'analyse de économique de la propriété artistique 16. À ce titre, Landes et Posner 17 ont élaboré un modèle illustrant les coûts et les avantages qui doivent être soupesés dans le cadre des politiques en matière de droit d'auteur. Ces derniers examinent la situation dans laquelle des auteurs doivent rivaliser avec des contrefacteurs en mesure de produire des copies parfaites des originaux. La protection du droit d'auteur vient alors augmenter les coûts associés à la création des œuvres ainsi que le prix que les consommateurs doivent payer pour les originaux et les copies. De ce fait, la combinaison des avantages que confère l'œuvre aux concepteurs et aux consommateurs est susceptible de faire un effet négatif. Le bien-être collectif ne peut s'améliorer que si la protection du droit d'auteur incite la création d'œuvres additionnelles et que les avantages qui en découlent surpassent la diminution des

--

M. VIVANT (dir.), Propriété intellectuelle et mondialisation. La propriété intellectuelle est-elle une marchandise?, coll. « Thèmes et Commentaire », Paris, Dalloz, 2004; Daniel GERVAIS, « The internationalization of Intellectual property: new challenges from the very old to the very new » [2002] Fordham I. P. Media & Ent. L. J.; D. GERVAIS, « Towards a new core international copyright norm: The reverse three-step test » (2004), http://ssrn.com/abstract=499924 (dernière consultation le 13 mars 2006); Jane GINSBURG, « Toward Supranational copyright Law? The WTO Panel Decision and the Three-Step Test for copyright exceptions » (2001) 187, R.I.D.A.

¹⁵ Voir: Joëlle FARCHY et Fabrice ROCHELANDET, « Self-help systems: Good substitutes for Copyright or New Barriers to Competition? » dans W. GORDON et R. WATT, op.cit., note 5, p. 148; David FRIEDMAN, Law's order: what economics has to do with law and why it matters, Princeton University Press, 2000; Paul HORN, Elliott MAXWELL et Susan CRAWFORD, Promoting Innovation and Economic Growth: The Special Problem of Digital Intellectual Property, (2004) Rapport du Digital Connections Council of the Committee for Economic Development, en ligne: http://www.ced.org/docs/reports/report_dcc.pdf (dernière consultation le 21 avril 2006).

¹⁶ GREFFE, X., <u>Économie de la propriété artistique</u>, Paris, Economica, 2005.

Parmi leurs nombreuses publications voir: William LANDES et Richard POSNER, <u>The Economic Structure of Intellectual Property Law</u>, London, The Belknap Press of Harvard University Press, 2003.

bénéfices engendrés par les œuvres concernées de même que les coûts de la mise en application du régime du droit d'auteur.

Les avis diffèrent : selon certains, le droit d'auteur tel qu'il se présente à l'heure actuelle n'est plus apte à faire face aux « nouvelles pressions » ¹⁸. D'autres au contraire, comme L. Thurow du MIT, considèrent qu'un nouveau système doit être créé. Toutefois le débat s'est élargi, d'un côté les titulaires des droits d'auteur crient au pillage des oeuvres sur Internet et à l'impuissance des lois face à ce péril et de l'autre, les utilisateurs s'inquiètent que des mesures de protection techniques soient légalisées par des lois sur le droit d'auteur.

Malgré un sujet quelque peu éculé, la présente étude souhaite prendre l'opportunité de mettre en perspective toutes les observations faites sous des angles spécifiques. En effet, ce sujet a fait couler beaucoup d'encres mais aucune étude n'a tenté de mettre en exergue tous les facteurs à prendre en compte afin de savoir si la nouvelle morphologie du droit d'auteur est la plus adaptée, ou encore quels seront ses effets sur le marché. Les sanctions contre les contrefacteurs et le coût de la mise en place des législations nationales sont critiqués dans certains de leurs aspects mais à aucun moment il n'a été tenté d'analyser la tendance avec globalité.

L'évolution du droit d'auteur est structurée par des facteurs internes, et non par des principes supérieurs juridiques comme le prétend Bernard Edelman. La régulation, ou en d'autres termes l'établissement des règles, a une dimension autonome importante. Or, le législateur et le juge jouent un rôle dans le fonctionnement du droit d'auteur. Il semblerait que les conflits au sein du droit d'auteur constituent une composante normale. La confrontation et la conciliation cristallisent les tensions qui peuvent résulter de la « dialectique entre autonomie et contrôle, entre singularité des situations et généralités des règles et entre fonctionnement machinal et adaptation du système » ¹⁹. Le « contrôle » et la « régulation autonome » doivent se concilier.

De nombreuses situations sont extrêmement standardisées et les règles applicables sont institutionnalisées. À ce titre, le droit d'auteur est un « droit

¹⁸ B. LEHMAN, directeur de l'Institut International de Propriété Intellectuelle de Washington.

¹⁹ Thomas PARIS, <u>Le droit d'auteur : l'idéologie et le système</u>, Paris, PUF, 2002, p. 162.

routinier ». En marge de ces situations, certaines ne rentrent pas dans le strict cadre des catégories existantes. La loi est alors insuffisante pour définir le cadre acceptable par tous les intervenants qui permettrait de déterminer les termes de la coopération. Ces situations « nouvelles » nous mènent à un questionnement sur l'identité de l'auteur, qu'est-ce que l'oeuvre et quel niveau de droits accorder ? Chaque issue du conflit se fait par un compromis, assurant l'équilibre entre protection et diffusion. Le droit d'auteur n'a pas seulement une fin juridique, il présente également une utilité de gestion et de régulation. C'est au coeur de cette dynamique du conflit que le système se construit au jour le jour.

L'avènement des nouvelles technologies a transformé la nature des conflits. Deux conséquences importantes résultent de ce nouvel état de fait. Tout d'abord, une rupture radicale s'est établie dans le processus d'évolution des conditions de diffusion, dont il marque l'aboutissement. Dès lors qu'une oeuvre existe dans l'univers numérique elle devient disponible à tout instant, pour tous. « Le bassin de diffusion spatio-temporel a conquis l'espace-temps. »²⁰.

La deuxième conséquence est la remise en question des notions sur lesquelles s'appuie la législation du droit d'auteur. L'œuvre, l'auteur, la première diffusion,... sont autant de notions susceptibles de voler en éclats à l'ère de l'Internet. La capacité du système du droit d'auteur à apporter des réponses à ces questions apparaît décisive. En effet, l'accès au marché ne constitue plus une cristallisation de l'oeuvre ni une désignation de son ou de ses auteurs. Le modèle linéaire de la création romantique se trouve supplanté par un modèle dans lequel les notions d'oeuvres et d'auteur deviennent fluctuantes, au gré des adaptations et des réutilisations. La réalité ne correspond plus aux catégories existantes.

La gestion numérique des droits permet d'établir un système qui contrôle, régule et évalue chaque utilisation d'un fichier multimédia. La finalité ainsi révélée n'est plus seulement légale mais économique. Ainsi, le droit est confronté, en matière musicale, à la même difficulté que celle rencontrée en économie. Le téléchargement de fichiers musicaux permet une diffusion plus large de l'oeuvre mais ne rémunère

.

²⁰ T. PARIS, <u>Id.</u>, p. 162.

pas la chaîne de création et de production. Quel intérêt doit être privilégié : celui du public ou celui de l'auteur ? Le droit d'auteur est-il dépassé ou doit-il être adapté ? Le droit d'auteur n'est certainement pas dépassé, quoique son adaptation risque de mettre fin à l'équilibre d'intérêts si difficilement acquis.

Étant donné le recul relatif des auteurs, le consommateur a du mal à s'y retrouver, d'où une certaine indifférence. En effet, le droit d'auteur n'est pas le seul à être menacé par le monde numérique. Les droits voisins sont également directement visés. Ceux-ci regroupent trois catégories de droits distincts, celui des artistes-interprètes, celui des producteurs de phonogramme et de vidéogramme, et le droit des entreprises de communication audiovisuelle.

Le droit d'auteur et les droits voisins sont alors considérés comme un obstacle à la culture. Aujourd'hui la guerre se fait entre producteurs et consommateurs. C'est un conflit très médiatisé qui immobilise les positions. Le droit d'auteur se retrouve instrumentalisé. Sans surprise, la culture est devenue un attribut spécifique des sociétés économiquement développées.

L'ère de la découverte et de la consécration de la gestion numérique est désormais entamée. Celle du pari de l'interopérabilité, de la concurrence fluide et de la cohésion du marché débute. Les offres de nouveaux services se multiplient avec une ampleur impressionnante. L'exemple le plus flagrant est l'essor de la télévision sur téléphone mobile en France, via la TNT (télévision numérique), qui peut être lancée en se basant sur la troisième génération de téléphonie mobile. La présente étude a pour objectif d'analyser le degré d'influence des dispositifs de verrouillage sur les lois de droit d'auteur et en quoi cela est-il justifié. La récente vague de lois a-telle effet de modifier la conception du pour d'auteur ? Comment déterminer si la voie juridique retenue est la plus appropriée et quels sont ses effets sur le marché à venir ?

Les règles modifient les coûts et les avantages auxquels font face différents acteurs de la vie sociale. En cas de changement de règles, chaque acteur va réagir et choisir la voie qui procure le plus d'avantages pour des coûts faibles. Il est donc

possible, dans une certaine mesure, d'anticiper et d'observer les interactions qui vont se dérouler sous la règle modifiée.

Selon le professeur Ejan Mackaay, l'analyse économique du droit propose de juger les règles juridiques par leurs effets. L'analyse économique soutient que la considération des effets permet souvent d'expliquer la nature des règles.

Le rôle croissant de l'analyse économique consacrée par les réformes successives des règles relatives aux technologies de l'information semble avoir pris le pas sur les juristes. Face à de complexes évaluations mettant en balance restriction de concurrence et gain d'efficience, le juge pourrait rapidement se trouver démuni. Le fait de privilégier la perspective économique ne signifie pas que l'on y voit la seule approche possible. De fait, on verra qu'elle répond mieux à certaines questions que d'autres et qu'elle ne peut prétendre expliquer à elle seule les divers aspects de ces débats.

La présente étude n'a pas pour objet d'analyser le droit positif en profondeur, les exemples de législations commentées ne sont pas exhaustifs. Le droit positif évoqué a pour finalité d'appuyer et de vérifier les hypothèses examinées. L'étendue du droit d'auteur dans l'environnement numérique a connu une grande expansion. La nouvelle portée de ces droits trouve une pléthore de justifications. Dans la présente recherche, il ne s'agit pas là d'en vérifier le bien-fondé mais la pertinence et l'efficacité au regard de la morphologie de l'économie numérique. L'interprétation et l'extension de ces droits n'ont pas abouti à l'effet escompté. Ainsi, les facteurs essentiels aux changements des lois peuvent être distingués avec plus de facilité. De plus, la réalité des enjeux légaux permet d'entamer l'analyse du droit d'auteur face à l'optimalité. En effet, ces innovations législatives ne contribuent plus aux bénéfices des auteurs, contrairement aux titulaires de droits d'auteur. L'artiste serait-il perdant ? Il semblerait que l'aménagement de la propriété artistique est confronté au défi de l'optimisation. Mais alors dans quelle dynamique le droit d'auteur s'inscrit-il? Sommes nous les témoins, une fois de plus, d'une routine de conflits ou alors d'une crise du système? Ces développements permettront de voir en quoi la mutation du marché de l'industrie musicale a été engendrée par la nouvelle configuration du droit d'auteur. Lors des développements qui suivront le terme de copyright sera utilisé pour

refléter la conception anglo-saxonne du droit d'auteur face à la conception civiliste. Toutefois l'utilisation du terme de droit d'auteur, seul, aura pour objectif de ne pas prendre part à cette opposition.

De cette bataille, le droit d'auteur ne semble pas en être sorti indemne. D'un droit fragilisé nous l'avons vu se déplacer dans son objet pour voir sa conception même se modifier. Le droit d'auteur est dorénavant un talisman, il n'est plus une fin mais une justification (Partie 1). L'effet économique de cette réforme est encore difficile à appréhender de façon précise. On peut déjà se poser la question, au regard des méthodes d'analyse économique du droit, si la voie juridique suivie lors des Traités de l'OMPI fut la bonne (Partie 2). Aujourd'hui, nous voyons apparaître un paradoxe dans notre monde toujours plus numérique des oeuvres protégées par le droit d'auteur. La législation sur le droit d'auteur et les doctrines associées semblent devenir toujours plus prolixes et protectrices. Toutefois, les lois sur le droit d'auteur ne connaissent pas pour autant un respect populaire croissant. Au-delà du problème strict de la diffusion illégale des œuvres sur Internet, l'apparition du téléchargement induit de nouveaux comportements tant du point de vue des vendeurs que de celui des consommateurs. Jour après jour, c'est un nouveau modèle économique qui se dessine. L'industrie du disque se retrouve confrontée à une réorganisation nécessaire et à un repositionnement dans la distribution en ligne.

PARTIE 1 : La docilité du droit d'auteur face à

l'environnement numérique

Face aux évolutions que connaît le droit d'auteur, les aspects juridiques traditionnels sont bousculés et contestés. Ceci ouvre la voie à plusieurs types de réponses. La première consiste à modifier ou faire évoluer le droit, en considérant que les problèmes (notamment technologiques) soulevés aujourd'hui sont radicalement nouveaux et appellent donc l'établissement de règles spécifiques. La seconde, part du postulat que le droit à la propriété intellectuelle a fait, jusqu'à présent, la preuve de sa robustesse puisqu'il a permis de maîtriser l'explosion de l'édition, le développement de la photographie, du cinéma et de la télévision. Pour les partisans de cette position, la difficulté réside simplement dans les conditions d'application et de mise en oeuvre de l'arsenal juridique existant. Enfin, une dernière réaction vise à trouver des solutions techniques aux problèmes propres au droit d'auteur. En se confrontant à la réalité numérique (Chapitre 1), le droit d'auteur nous apparaît avec un nouveau visage (Chapitre 2).

<u>Chapitre 1</u>: <u>La confrontation du droit d'auteur à la réalité</u> <u>numérique</u>

Nous montrerons que la révolution du numérique s'est révélée être tant le moyen d'affaiblir que de renforcer le droit d'auteur (A). Face à ce nouvel état de fait, le droit s'est adapté afin d'accueillir la technologie en son sein (B).

A – La révolution numérique

Le droit d'auteur a été mis en danger par la technologie et le développement du réseau (A). Puis, la technologie s'est révélée être la branche de salut par le biais de la gestion numérique des droits (B).

1) Le droit d'auteur face à la technologie et le monde en réseau

La numérisation d'une œuvre consiste à la réduire à une série de nombres. Le signal visuel ou sonore est « échantillonné », c'est-à-dire découpé en intervalles rigoureusement égaux. L'amplitude de chaque échantillon est ensuite mesurée, puis convertie en son équivalent binaire²¹. La lecture de ces équivalences permet de recréer une traduction des messages d'origine ou, plus exactement, sa reproduction à l'identique mais sous un autre langage. Le produit final est le même, mais sa composition est différente. Le numérique offre ainsi une facilité inégalée de conservation, de consultation, de reproduction et de modification.

« Paradoxalement, la lecture informatique des textes numérisés est également à l'origine d'une sorte de régression au rouleau de papyrus qui, comme aujourd'hui nos écrans d'ordinateurs, n'offrait à la lecture qu'une portion du texte, supposait qu'il soit déroulé, interdisait qu'il soit feuilleté, et ainsi rendait moins commode la lecture du texte et par la même, la vision d'ensemble que peut en avoir le lecteur.» ²²

L'industrie de la musique jouit d'une situation financière très enviable. Au fil des années, cinq entreprises ont pris le contrôle de 80 % du marché du disque : Universal Music, Sony, AOL Time Warner, EMI-Virgin et BMG. L'apparition du format «MP3 » est venue menacer ce secteur de l'économie dont le chiffre d'affaires est estimé à 40 milliards de dollars. Même s'il n'a été développé que récemment, ce nouvel outil de diffusion par ordinateur de pièces musicales présente un des plus grands défis technologiques et économiques de ce siècle pour l'industrie du disque. À première vue, on pourrait être tenté de faire un parallèle avec les autres développements technologiques qui, historiquement, ont fait craindre les pires malheurs aux détenteurs de droits d'auteur, malheurs qui ne se sont jamais véritablement produits. L'échange de fichiers musicaux par Internet a ceci de particulier qu'il permet de faire très exactement ce que le droit d'auteur cherche à interdire : qu'une personne se procure un seul exemplaire d'une oeuvre et rende celleci immédiatement accessible à des millions d'amateurs de musique et cela à une

-

²¹ Grand dictionnaire encyclopédique Larousse, 2005, s.v. « échantillonnage ».

²² G. DE BROGLIE, op. cit., note 6, p. 18.

qualité optimale. Tant que les oeuvres étaient incorporées sur un support matériel leur distribution pouvait, de ce fait, être entièrement contrôlée. Du fait de la convergence des techniques, les frontières traditionnelles entre informatique, télécommunications, édition littéraire ou musicale et audiovisuelle deviennent floues²³. La difficulté première pour les industries culturelles est d'empêcher par la technologie le téléchargement massif des oeuvres sur Internet.

Le piratage est devenu possible grâce à la mise en place du format « MP3 ». Il s'agit d'un format de fichiers son compressés obtenus par suppression de données. La démocratisation de ce type de compression a permis de diminuer d'environ 12 fois la taille d'un fichier audio habituel tout en conservant une qualité sonore. Ainsi, le mode de perception et de règlement du droit d'auteur s'est vu mis en danger par l'apparition de logiciels facilitant l'échange de tels fichiers. La connectivité entre les utilisateurs est le second facteur aggravant le phénomène de piratage. Ainsi, «à cette alchimie du contenu, le réseau Internet ajoute la magie de l'ubiquité »²⁴.

La combinaison logiciels-réseau a créé une brèche dont Napster fut le premier exemple. Avec les vicissitudes légales de Napster, les pirates n'en sont devenus que plus prolifiques. À ce titre, il suffit de citer une fois de plus : Morpheus, Audigalay, Kazaa, Grokster, Freenet, iMesh, BearShare, Torrent et tant d'autres. Les logiciels de téléchargement ont adopté, en réaction à l'affaire Napster, une architecture de « poste à poste »²⁵ non hiérarchique. Le logiciel est à la fois client et serveur. Le logiciel se contente d'être un intermédiaire entre chaque utilisateur et la vitesse de téléchargement ne dépend que de la qualité de la connexion de l'utilisateur qui télécharge et de celui qui héberge le fichier. Chaque nouveau logiciel est encore plus élaboré que le précédent. Freenet garantit un anonymat total contrairement à Gnutella, qui peut révéler l'identité de l'utilisateur par le biais de son adresse IP. A côté du système avec une plateforme centrale, les « News Groups » ont fait leur apparition. Il

.

²³ Voir André LUCAS, <u>Le droit d'auteur et numérique</u>, Paris, Litec, 1998.

²⁴ G. DE BROGLIE, op. cit., note 6, p. 16.

²⁵ Ou encore peer to peer.

s'agit de *peer-to-peer* éphémère qui permet le téléchargement pendant une dizaine de jours pour disparaître sans laisser de traces.

Il faut préciser qu'il est désormais possible de développer des technologies peerto-peer incluant des systèmes de contrôle de la propriété intellectuelle. Un grand débat existe quant à l'explication de la chute des ventes mondiales d'albums. Des études se suivent et se contredisent, chacune ayant sa propre grille de calcul. Une étude, publiée en mars 2004, conclut que le téléchargement peer-to-peer ne joue qu'un rôle minime dans la diminution des ventes de CD²⁶. Pour les besoins de leurs travaux, les auteurs ont analysé les téléchargements de fichiers musicaux pendant dixsept semaines, au cours de l'année 2002. Ils ont ensuite mis en correspondance les données sur ces transferts de fichiers avec les réelles performances des ventes des mêmes chansons et albums. Ils ont ainsi constaté que les échanges fichiers, même à un niveau élevé, semblaient se traduire par un impact sur les ventes d'albums « statistiquement proche de zéro ». Il est indéniable qu'il y a une baisse des ventes, de là à l'imputer intégralement au téléchargement, des doutes subsistent. Les auteurs de cette étude constatent que, malgré le fait que les téléchargements se produisent à grande échelle, la majorité des utilisateurs sont des individus qui n'auraient pas acheté l'album, même en l'absence du partage de fichiers. Cette étude est, à l'heure actuelle, la modélisation économique la plus détaillée sur des données directement issues des réseaux de partage de fichiers. De plus, la chute des ventes de musique n'est pas un phénomène nouveau, des courbes similaires ont marqué la fin des années 70 et le début des années 80.

À chaque verrouillage technologique, un nouveau processus permet de le contrer. Le programme DeCSS est une clé de décryptage disponible sur le Web, elle permet de contourner le système anti-copie d'un DVD et de le transférer sur un ordinateur. Le phénomène ne cesse de s'étendre. Le piratage numérique occasionne à l'industrie culturelle non seulement un manque à gagner mais elle affecte toute la

,

²⁶ Felix OBERHOLZER et Koleman STRUMPF, « The Effect of File Sharing on Record Sales: An Empirical Analysis», (2004) University of North Carolina - Chapell Hill.

chaîne de revenus soit à la sortie en salle, la location en vidéoclub, la diffusion à la télévision ainsi que les produits dérivés.

Le droit d'auteur a démontré, par le passé, la capacité d'adaptation dont il pouvait faire preuve face à l'apparition de nouvelles techniques. Certes, l'oeuvre est facilement copiable, mais cette facilité rappelle celle ouverte, en son temps, par la photocopieuse. Inévitablement, l'oeuvre est volatile, mais cette capacité à être transformée était de celle de la photographie. Effectivement, l'oeuvre est dématérialisée, mais pas plus que la musique diffusée radiophoniquement. La numérisation de l'oeuvre ne doit pas laisser craindre la désagrégation de ses frontières, et le droit d'auteur doit s'appliquer, sans aucun doute, à l'oeuvre numérisée²⁷.

2) Les techniques de gestion numérique des droits

Si la technologie menace les droits des artistes interprètes, elle peut également permettre de remédier à l'insécurité de la diffusion sur le réseau. De nombreuses technologies ont été adoptées puis abandonnées au profit de nouvelles.

D'un point de vue fonctionnel, la gestion des droits de l'environnement numérique revêt un sens différent pour de nombreuses personnes. Pour certains, il s'agit simplement d'un procédé technique permettant de sécuriser un contenu sous forme numérique. Pour d'autres, elle recouvre l'ensemble du processus technique permettant d'échanger des droits et du contenu sur des réseaux tels que l'Internet. Il faut préciser que la gestion des droits de l'environnement numérique est souvent scindée en deux secteurs d'activité :

- Gestion des droits sur le contenu numérique : l'identification et la description des droits de propriété intellectuelle sur des oeuvres et des parties concernées dans leur création ou leur administration ;
- Gestion numérique des droits : l'application (technique) des restrictions d'utilisation.

²⁷ G. DE BROGLIE, op. cit., note 6, p. 22.

La gestion des droits dans l'environnement numérique peut donc désigner, soit les techniques ou les procédés qui sont appliqués au contenu numérique pour les décrire et l'identifier, soit pour définir, appliquer et imposer des règles d'utilisation de façon sécurisée.

À ce stade, il est important de distinguer « le contrôle d'accès », « la protection contre la copie » et « la gestion des droits de propriété intellectuelle », en mettant en évidence leurs objectifs respectifs.

Un système de contrôle d'accès permet de gérer l'accès des utilisateurs au contenu et fait généralement appel à une protection par mot de passe. Une fois que l'utilisateur accède au contenu par ce mot de passe, il n'est plus possible de contrôler l'utilisation qui en est faite. Le système de protection contre la copie est, quant à lui, destiné à indiquer dans quelle mesure la copie est autorisée. Il s'agit alors d'un contrôle sur l'utilisation qui permet de déclencher une réaction dans le matériel du consommateur. Les dispositifs techniques permettent de protéger l'oeuvre en limitant l'accès et l'utilisation. Ainsi, les caractéristiques techniques du support permettent d'empêcher toute copie ou de la rendre d'une qualité inférieure. Par exemple, l'industrie culturelle développe de nouveaux CD protégés et incompatibles avec certains lecteurs de DVD, baladeurs et autres autoradios. La copie de leur contenu est également rendue impossible pour n'importe quel graveur. Grâce à ces mesures de protection technique le droit d'auteur s'en trouve renforcé.

La technique de la cryptographie²⁸ permet également de bloquer l'accès à l'œuvre et d'en rendre ainsi l'utilisation conditionnelle.

Toutefois, la protection absolue n'existe pas. La propriété intellectuelle, comme toute propriété, se traduit par une mémorisation de l'identité de l'objet, assortie de l'identité de son propriétaire. En effet, l'identification est liée à la valeur commerciale potentielle de l'objet, à laquelle s'ajoute, dans le cas du droit d'auteur et des droits voisins, une dimension morale. Lors de ce processus deux principes doivent être

.

²⁸ Il s'agit d'un processus de transcription de désinformation intelligible en désinformation inintelligible par l'application de conventions secrètes dont l'effet est réversible. Elle peut se faire soit par la signature numérique ou par le chiffrement.

respectés²⁹. Tout d'abord un seul identifiant doit être attribué à un objet donné identifié et immatriculé selon une description non ambiguë. D'autre part, celle-ci doit être délivrée par une autorité d'enregistrement sécurisant les dépôts en qualité de « tiers de confiance ». Des procédés tels que « watermarking » ou tatouages permettent de marquer une oeuvre sous forme numérique de telle manière que toute modification de l'oeuvre pourra être décelée. Il s'agit d'une protection contre les atteintes à l'intégrité de l'oeuvre, sous la forme d'un sceau digital inséré dans le code de l'oeuvre. Le marquage est normalement totalement invisible et inaudible grâce au procédé de stéganographie qui peut être défini comme « l'art et la science de communiquer de manière à masquer l'existence même de la communication »³⁰. Le tatouage peut intégrer des identifiants numériques qui servent à référencer le contenu et les titulaires des droits. Cette marque peut également contenir des informations sur les permissions attachées aux documents. Depuis 1994, InterDeposit (Fédération internationale de l'informatique et des technologies de l'information) propose le système d'identification ou encore « d'étiquetage » IDDN (InterDeposit Digital Number) destiné à identifier toute oeuvre numérique et son auteur. En s'affiliant à la fédération, le créateur peut faire référencer son oeuvre. Cet identifiant peut-être utilisé comme un lien vers une base de données alimentée par les titulaires de droit. Le système IDDN est compatible avec d'autres normes et permet la gestion directe ou par l'intermédiaire de tiers (éditeur, agent littéraire ou société de gestion collective)³¹. Ce système permet d'attacher à chaque oeuvre (sites web, textes, logos, photographie, images animées ou non, son, musique...), quelle que soit la taille ou le format (MP3, Real Audio), un certificat numérique, véritable plaque d'immatriculation internationale de l'oeuvre. Les internautes qui ont accès au fichier musical doivent accepter les conditions d'utilisation avant tout téléchargement : la licence est authentifiée par InterDeposit. Cette opération fait donc naître un contrat par voie électronique entre l'utilisateur et le titulaire de droits. L'identifiant international IDDN fait partie des informations sur le régime de droit applicable visé à l'article 12

²⁹ Article 12 du *Traité de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) sur le droit d'auteur, Genève*, du 20 décembre 1996, entré en vigueur le 6 mars 2002.

³⁰ R. LEYMORIE, « Cryptage et droit d'auteur » (1998) 10, C.P., p. 423.

Un accord avec le centre d'arbitrage de l'OMPI prévoit une procédure d'arbitrage international éventuellement réalisée en ligne.

du Traité sur le droit d'auteur de l'OMPI. L'ouvrage collectif, dirigé par M. Daniel Lecomte, « Les normes et les standard du multimédia »³², commente les procédures d'identification :

« Le fait que l'OMPI interdise de toucher l'identifiant est une garantie pour l'avenir : sans aucun doute, à échéance de quelques années, il ne sera plus possible de vendre une oeuvre numérique ou sous forme numérique sans que celle-ci soit identifiée et donc immatriculée au sens propre. Cette immatriculation ayant été délivrée par une tierce partie de confiance, cela garantit que les données qui ont été fournies pour l'immatriculation sont conservées en sécurité et restent accessibles, sous conditions bien entendu, que (...) l'identification est suffisante et (...) permet d'envisager tout type de traitement automatique. On voit aussi que sera puni non seulement celui qui a créé un faux document, mais aussi celui qui le revend ou en fait usage, ce qui responsabilise encore plus le gestionnaire de contenu. Cela impose à l'intermédiaire ou au client final de s'assurer de la provenance du matériel qu'il utilise. »

Le développement de ces techniques de marquages et de tatouages a une conséquence sur la gestion collective des oeuvres. Le Livre Vert de la Commission européenne sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la Société de l'information de juillet 1995, soulignait déjà que les techniques numériques permettront, grâce à ces outils techniques, une « gestion plus fine et individualisée des droits ». Toutefois, comme le souligne Pierre Sirinelli, les sociétés de gestion collective doivent apporter la preuve de leur utilité sur le réseau Internet ; mais cela est un autre débat.

Un système complet de gestion des droits de propriété intellectuelle couvre le traitement de toute information sur les droits aux fins de la gestion électronique (avec parfois des informations à caractère contractuel ou personnel) afin de permettre la gestion des droits d'un bout à l'autre de la chaîne de valeur.

La gestion numérique des droits protège les droits d'auteur mais menace ceux des utilisateurs. Les *Digital Rights Management Systems* ou DRMS permettent, lorsqu'ils sont associés à la cryptographie, aux titulaires de gérer leur droit de façon automatique, impersonnelle et absolue. Ces systèmes sont susceptibles de gérer non seulement le copyright, mais également les droits voisins, le droit *sui generis* ou de simples droits contractuels. L'objectif est de limiter le nombre de copies en qualité

³² Dunod Informatique.

DVD, c'est-à-dire à l'identique, à un nombre décidé par le producteur et, réciproquement, de n'admettre sur le DVD, qu'une seule copie en qualité disque compact, le producteur restant libre de déterminer le nombre de copies supplémentaires qu'il permet au-delà de la première.

L'industrie phonographique utilise actuellement un identifiant sur la quasitotalité des CD audio et des minidisques : un code international normalisé des enregistrements (International Standard Recording Code, ISRC). Ce code, identifiant l'enregistrement pendant toute sa durée de vie, est destiné à l'usage des producteurs sonores et audiovisuels et aux sociétés de gestion des droits de propriété intellectuelle. Ce code alphanumérique est composé de 12 caractères représentant le pays, le premier propriétaire, l'année d'enregistrement et l'enregistrement. Des travaux sont actuellement en cours pour définir des modalités de tatouages numériques des enregistrements comportant le code ISRC.

Un forum, créé à l'initiative des producteurs de phonogrammes en décembre 1998, a pour but d'élaborer des mesures techniques permettant de protéger les œuvres dans l'environnement numérique. Cette initiative pour la sécurité de la musique numérique ou SDMI (Secure Digital Music Initiative) est composée de plus de 200 sociétés des secteurs de l'industrie culturelle, des entreprises informatiques, des constructeurs de matériels électroniques et des fournisseurs d'accès à Internet. L'objectif est de permettre aux consommateurs de télécharger des enregistrements musicaux, tout en mettant en place une technologie de filtrage destinée à écarter toute copie pirate d'enregistrements nouvellement publiés. Les logiciels qui permettent la gestion électronique des droits de propriété intellectuelle dans le cadre de la circulation des oeuvres sur l'Internet existent déjà. Le forum SDMI a adopté en 1999 une première norme applicable aux appareils portables d'enregistrement numérique sonore, comme par exemple le Rio. Il s'agit d'une norme publique que peuvent respecter les appareils d'enregistrement et non d'une technologie obligatoire. Les appareils d'enregistrement SDMI pourront refuser de lire ou de copier des fichiers au format SDMI dont l'usage n'aura pas été autorisé par le producteur. Les fichiers SDMI protégés comporteront un tatouage avec de multiples informations et notamment le titre de l'oeuvre ou le code ISRC. L'objectif est, qu'à terme, seuls les

appareils compatibles avec la norme SDMI soient capables de lire les fichiers SDMI protégés.

Grâce à ce système il est beaucoup plus difficile d'utiliser un logiciel sans licence. Avec ce contrôle à distance, la gestion numérique des droits permet un contrôle étroit et paramétrable de la diffusion des contenus. En effet, la diffusion de chaque fichier commercialisé pourra être personnalisée dans le détail : il sera possible de prévoir, par exemple, le nombre de copies du fichier qui pourront être faites sur un autre support, combien de fois ils pourront être lus, ou encore combien de temps ils resteront accessibles... Cela permet donc une diffusion souple qui satisfait tant l'auteur, dont les droits seraient davantage protégés, que l'utilisateur qui conserverait son droit de copie privée. Toutefois, ce processus implique l'acceptation par l'utilisateur de perdre le contrôle de son ordinateur, et donc potentiellement de ses documents, de leur diffusion et de leur accès. Il s'agit là d'une ingérence excessive dans la vie privée. Une proposition moins liberticide doit être avancée. Cela implique de ne pas avoir un contrôle total de la fraude en amont mais de pouvoir retracer l'origine de la fraude afin de défendre ses droits. Une étude a d'ailleurs élaboré une typologie des DRM en distinguant des DRM « durs, mous et mobiles » 33. Les DRM « durs » tels que ceux développés par SDMI et Microsoft V1 n'offrent aucune souplesse à l'utilisateur. Les DRM « mous » (Apple) permettent un peu plus de souplesse pour les copies. Les DRM « mobiles » sont, quant à eux, la génération la plus récente avec Janus et la Digibox de Microsoft; ils peuvent en effet s'échanger sur les réseaux peer-to-peer et être activés sans avoir besoin d'être connectés au serveur de contrôle.

Les enjeux des mesures techniques sont de nature juridique et sociale. Quel sera l'impact de ces mesures techniques sur le droit et les libertés des utilisateurs ? L'accès aux oeuvres et aux informations ne risque-t-il pas d'être restreint abusivement ? La

³³ Tarik KRIM, <u>Le peer to peer un autre modèle économique pour la musique</u>, étude remise le 16 juin 2004 à l'ADAMI, p. 77.

sanction du contournement des mesures techniques sera-t-elle toujours opportune ou justifiée ?

La gestion numérique des droits est encore une industrie naissante. Si les différentes techniques nécessaires pour mettre en oeuvre la protection des droits et du contenu sous une forme numérique sont de plus en plus sophistiquées, elles ne sont toujours pas largement adoptées. Cette question est liée en partie à la méfiance des titulaires de droit et en partie à la résistance des consommateurs. Elle est également très étroitement liée à la grande quantité de contenus disponibles gratuitement, mais illégalement, sur l'Internet. Face à cela, l'informatique de confiance semble être l'avenir. Ce système repose essentiellement sur la mise au point de dispositifs faisant appel à des microprocesseurs (tels que PC, téléphones mobiles, téléviseurs, chaîne hifi...) qui comprennent à la fois le matériel et les logiciels nécessaires à la protection du contenu. Il peut s'agir soit d'un contenu protégé par des droits de propriété intellectuelle soit d'un contenu non protégé mais que les fournisseurs souhaitent néanmoins pouvoir consulter et utiliser selon des conditions prédéfinies. Plusieurs initiatives sont en cours³⁴. Celles-ci soulèvent toutefois un grand nombre de questions concernant, notamment, le respect de la vie privée de l'utilisateur. La combinaison de mesures de sécurité logicielle et matérielle reste tout de même le meilleur moyen d'assurer un environnement sûr et protégé.

Une chose est sûre, la technique est venue au secours du droit sans se préoccuper des conséquences. De plus, le développement des mesures techniques induit chez les titulaires de droit une crainte que ces technologies soient facilement déverrouillées et neutralisées en toute impunité, ce qui annihile l'efficacité de ces mesures et, *de facto*, le contrôle de la diffusion des oeuvres sur Internet. Le droit est alors venu répondre à cette crainte.

³⁴ Certaines sont fondées sur des normes telle que la Trusted Computing Platform Alliance, d'autres sont exclusives telle que la Next-Generation Secure Computing Base de Microsoft.

B - La refonte du cadre légal du droit d'auteur

Si le cadre international est important du point de vue historique, car il montre une réelle volonté des différents acteurs nationaux de fédérer leurs points de vue dans une loi supranationale, le virage idéologique pris par les accords internationaux depuis les années 1990 reste déterminant quant à la nature profonde des dispositions prises à l'égard de la protection des auteurs. En effet, dans le cadre de l'OMC (anciennement GATT), les discussions n'étaient pas essentiellement axées sur le commerce et les échanges économiques mais également sur l'évolution du cadre législatif international en matière de propriété intellectuelle (1). Les transpositions en droit national doivent être étudiées à la lumière de ce contexte (2).

1) Une protection internationale

Avant 1996, aucun des accords multilatéraux concernant la propriété intellectuelle, tel que l'accord sur les aspects de droit de la propriété intellectuelle qui touchent au commerce³⁵, n'aborde explicitement la protection des contenus dans le nouvel environnement numérique (a). Pour ce faire, il a fallu attendre la conclusion du Traité de l'OMPI sur le droit auteur (« WCT ») et du Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (« WPPT ») qui ont été signés à Genève en décembre 1996. (b). Cela voudrait-il dire que l'accord ADPIC serait obsolète?

a. L'accord ADPIC

Entré en vigueur le 1er janvier 1995, cet accord, à la différence de nombreuses conventions en matière de propriété intellectuelle, comporte l'obligation pour chaque membre de traiter de façon égalitaire les ressortissants et les étrangers (« traitement national »), et de respecter l'égalité de traitement des ressortissants de tous les partenaires commerciaux à l'OMC (« clause de la nation la plus favorisée »).

³⁵ Ci-après ADPIC.

L'objectif général de l'accord, cité dans l'article 7 de la première partie, énonce clairement que le souci principal des signataires est de contribuer à une amélioration globale du bien-être économique dans le cadre du commerce international.

« La protection et le respect des droits de propriété intellectuelle devrait contribuer à favoriser l'innovation technologique et à accroître le transfert et la diffusion de la technologie, à l'avantage mutuel de ceux qui génèrent et de ceux qui utilisent des connaissances techniques et d'une manière propice au bien-être social économique, et à assurer un équilibre de droits et d'obligations. » (Article 7)

Dans sa deuxième partie, l'Accord incorpore des normes minimales, de sorte que les Membres sont entièrement libres de prévoir une protection plus forte pour la propriété intellectuelle. Bien que l'article 9.1 prévoie que les membres doivent se conformer aux dispositions de fond de l'Acte de Paris de 1971 de la Convention de Berne, il n'en reste pas moins que l'Accord innove sur certains points. Il est ainsi prévu que les programmes d'ordinateurs, en tant qu'oeuvres littéraires, les bases de données et autres compilations de données ou d'autres éléments, en tant que création intellectuelle, soient protégés par le droit d'auteur (article 10.1 et 10.2).

L'accord ADPIC pose des standards et c'est en cela qu'il tire toute sa force. Reprenant une formule de l'article 9.2 de la convention de Berne, l'article 13 consacre une portée plus large de cette formule. Les limitations des droits exclusifs ou des exceptions à ces droits peuvent être permis dans la mesure où ils « ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de leur oeuvre causant un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du détenteur du droit ». Il s'agit du célèbre « triple critère » ou « three step test », auquel doivent satisfaire les législateurs lorsqu'ils prévoient des exceptions au droit d'auteur ou aux droits voisins³⁶. Malheureusement, l'accord ne prévoit aucune possibilité de concession de licences obligatoires d'exploitation.

En outre, l'accord ADPIC tente de coordonner divers points de vue en imposant implicitement des références idéologiques anglo-saxonnes. Tout d'abord, cet accord remet en cause la pertinence du droit moral, en dénonce les abus, et l'écarte des réflexions dans la mesure où il ne concerne pas les échanges économiques. Il convient de préciser que les États-Unis avaient pour objectif de vider les droits

³⁶ Voir le Chapitre 2 du présent titre.

d'auteur de toute substance morale et de faire tendre le système de protection vers le modèle du copyright. En effet, en se basant sur la théorie des droits de propriété, ils assurent que le droit moral est à priori inefficient, car l'efficience n'est atteinte que si les droits de propriété sont complets, c'est-à-dire exclusifs et aliénables. Il semble évident que l'accord trouve beaucoup plus dans des considérations de politique économique que dans une logique d'efficacité économique. Elle tient, en fait, à des soucis de compétition plutôt que de concurrence, aux craintes liées à la mondialisation et à la volonté de quelques pays de préserver un pouvoir relatif un moment où le rythme de l'invention et de l'innovation s'accélère.

L'article 41 prévoit que les législations nationales des membres pourront couvrir également « des mesures correctives rapides destinées à prévenir toute atteinte et des mesures correctives qui constituent un moyen de dissuasion contre toute atteinte ultérieure ». Cette précision témoigne de la volonté d'obtenir un régime de protection plus strict afin que les procédures judiciaires ne soient pas excessivement lentes et clémentes, car ceci atténue l'hypothèse de la sanction juridique. D'ailleurs, le deuxième alinéa de l'article 41 précise que les procédures « ne comporteront pas de délais déraisonnables ni n'entraîneront de retard injustifiés ». même alinéa souligne également que ces Cependant, procédures « ne seront pas inutilement complexes ou coûteuses ». En plus d'être particulièrement vague, cette condition pose le problème de l'application des procédures de protection des droits de propriété intellectuelle dans le cas de certaines des nouvelles technologies employées pour véhiculer et communiquer les informations susceptibles de bénéficier du droit d'auteur. Si l'objectif est d'assurer un contrôle de la circulation de ces informations dans le but de faire respecter les droits d'auteurs tels qu'ils sont conçus à l'heure actuelle, cela risque d'être, non seulement extrêmement complexe, mais aussi excessivement coûteux.

Bien que l'accord établisse un socle juridique international commun pour la protection du droit d'auteur et d'autres titres de propriété intellectuelle, l'accord a été en grande partie négocié en 1991 et il est entré en vigueur avant les traités de l'OMPI. En raison de cela, certains ont fait observer que l'accord ne tient pas compte suffisamment des questions de propriété intellectuelle soulevées par la distribution

numérique du contenu. Il a également été avancé que la protection des systèmes de gestion numérique des droits prévus par les traités de l'OMPI n'est pas couverte par l'accord³⁷. Dans cette perspective, on a pu dire que les traités de l'OMPI ont été motivés en partie par une nécessité de combler les « lacunes » de l'Accord sur les ADPIC et des conventions de Berne et de Rome. Toutefois, il ne faut pas sous-estimer le rôle que pourrait jouer un jour l'Accord ADPIC dans l'environnement numérique.

b. Les traités Internet de l'OMPI

Les traités Internet ont établi de nouvelles normes juridiques internationales en matière de protection des mesures techniques. Fruit de longues négociations, ils sont le résultat d'un compromis.

À ce titre, il est pertinent de comparer la proposition de base³⁸ soumise aux délégués à la conférence diplomatique avec le texte final. L'article 13 de la proposition interdisait des dispositifs et des services « de neutralisation de la protection » sachant qu'ils seraient utilisés aux fins ou dans le cadre de l'exercice non autorisé des droits d'auteur. En outre, la proposition de base avait pour objectif de ne viser que les mesures de protection du droit d'auteur (et non du contrôle d'accès), et seulement des dispositifs et services, et non l'acte de contournement. L'article 11 du WCT, intitulé « obligations relatives aux mesures techniques », est libellé comme suit

« Les Parties contractantes doivent prévoir une protection juridique <u>appropriée</u> et des sanctions juridiques <u>efficaces</u> contre la neutralisation des mesures techniques efficaces qui sont mises en œuvre par les auteurs dans le cadre de l'exercice de leurs droits en vertu du présent Traité ou de la Convention de Berne et qui restreignent l'accomplissement, à l'égard de leurs œuvres, d'actes

:

³⁷ Voir Stewart BAKER, Peter LICHTENBAUM, Maury SHENK et Matthew YEO, « E-products and the WTO », (2001) 35, Int'l Law., 20.

Voir Proposition de base concernant les dispositions de fond du traité sur certaines questions relatives à la protection des œuvres littéraires et artistiques soumise à l'examen de la conférence diplomatique, établie par le Président des comités d'experts sur un éventuel protocole relatif à la Convention de Berne et sur un éventuel instrument relatif à la protection des droits des artistes interprètes ou exécutants et des producteurs de phonogrammes du 30 août 1996, http://www.wipo.int/eng/dip/conf/4dc_all.htm [ci-après dénommée « proposition de base »].

qui ne sont pas autorisés par les auteurs concernés ou permis par la loi. »³⁹ [Souligné par nous]

L'article 18 du WPPT reprend en grande partie ces termes.

Les parties contractantes bénéficient donc d'une marge de manoeuvre importante quant à la protection juridique du moment que celle-ci est « appropriée », et que les sanctions sont « efficaces ». Les États peuvent donc aller au-delà du minimum requis par les Traités. Quant à savoir quels sont les actes interdits, le libellé reste ambigu. Si l'on se réfère à la proposition de base, l'article vise plus l'acte de contournement que le trafic de dispositifs et de services de contournement. Néanmoins, l'interdiction des techniques seules peut être admise étant donné qu'elle peut constituer un moyen d'empêcher efficacement de tels actes de contournement. Il a également été question de savoir si les mesures techniques qui portent seulement sur le contrôle de l'accès, et non sur le contrôle du respect du droit d'auteur, bénéficient de la protection prévue par l'article 11. Étant donné que les auteurs peuvent autoriser l'accès à leurs oeuvres et qu'ils le font, et qu'une mesure de contrôle d'accès peut restreindre efficacement les accès non autorisés, cette disposition s'applique aussi à ces mesures techniques (en plus des mesures qui donnent effet au contrôle du respect du droit d'auteur).

L'article 12 du WCT et l'article 19 du WPPT imposent l'obligation de prévoir des « sanctions juridiques appropriées et efficaces » afin de protéger l'information sur le régime des droits⁴⁰.

D'autre part, le WCT consacre au profit de l'auteur des droits de distribution et de communication au public, y compris « la mise à la disposition du public de leurs oeuvres de manière que chacun puisse avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit de manière individualisée »⁴¹. Ces droits sont essentiels pour la distribution de contenus sur l'Internet. En réponse aux préoccupations de certains intervenants, l'article 10 indique expressément que les parties contractantes peuvent prévoir des « limitations ou exceptions aux droits conférés aux auteurs », à condition qu'il s'agisse

³⁹ Article 11 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur.

⁴⁰ L'information sur le régime des droits désigne les informations permettant d'identifier l'oeuvre, l'auteur de l'oeuvre, le titulaire de tous droits sur l'oeuvre ou des informations sur les conditions et modalités d'utilisation de l'oeuvre, et tout numéro ou code représentant ces informations.

⁴¹ Article 6 (droit de distribution) et article 8 (droit de communication publique) du *Traité de l'OMPI* sur le droit d'auteur.

de « certains cas spéciaux où il n'est pas porté atteinte à l'exploitation normale de l'oeuvre », causant un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur⁴². La déclaration commune concernant l'article 10 indique que les États peuvent, d'une part, étendre de manière adéquate dans l'environnement numérique des limitations ou des exceptions existantes et, d'autre part, « concevoir de nouvelles exceptions et limitations » adaptées à l'environnement numérique. Nous verrons plus loin comment ces adaptations nationales ont tenu compte de cette possibilité.

En résumé, les interprètes ou exécutants et les producteurs de phonogrammes jouiront de droits exclusifs sur la reproduction, la distribution, la location commerciale et la mise à disposition du public en ligne. Il n'en reste pas moins que les Traités de 1996, bien qu'ils abordent des points essentiels, ne sont pas complets. Les articles 7 et 11 du WPPT ne visent que les droits de reproduction des artistes interprètes et des producteurs de phonogrammes en passant sous silence ceux des producteurs de films et des organismes de radiodiffusion. En outre, les traités, dont l'objet essentiel était d'affirmer les droits des auteurs dans l'environnement numérique, ont réussi par un tour de force à ne pas consacrer leurs droits de reproduction par un article. En raison de l'opposition suscitée par les fournisseurs d'accès et les propriétaires de réseaux informatiques, craignant d'être poursuivis pour contrefaçon, la règle que la reproduction d'une oeuvre « sous forme numérique sur un support électronique constitue une reproduction au sens à l'article 9 de la convention de Berne »43, n'est pas exprimé dans un article du traité mais seulement dans une déclaration commune concernant l'article 1.4). Certes, une telle déclaration a valeur interprétative mais, en pratique, elle figure dans le traité sous la forme d'une note de bas de page. Enfin, les traités Internet restent muets sur le sujet des « copies cache » et des « copies de transmission ».

Une analyse des adaptations en droit national va nous permettre de voir avec quelle latitude les parties contractantes ont approfondi le sujet.

⁴² Article 10 du WCT et article 16 du WCCT.

Voir note 2 sur la page suivante : http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/wct/trtdocs_wo033.html (dernière consultation le 16 septembre 2006).

2) Les adaptations nationales

La dualité entre l'OMC et l'OMPI peut-être rapprochée d'une autre dualité : les rôles respectifs des États-Unis (a) et de l'Union européenne (b) dans la conduite de l'évolution du droit d'auteur. Le Canada se trouve quant à lui sur le point de passer le pas de la transposition (c).

a. États-Unis

Le Digital Millenium Copyright Act ⁴⁴, adopté en octobre 1998 par le Congrès américain, est une loi très complexe qui ne sera pas examinée ici dans son ensemble. Elle comporte deux apports principaux. Le premier ne sera pas abordé car il concerne le régime d'exonération de responsabilité en faveur des fournisseurs d'accès ou de services. Le second aspect de la loi introduit certaines dispositions découlant des traités de l'OMPI notamment, celles concernant l'interdiction de contourner les mesures techniques de contrôle des oeuvres, et l'interdiction de modifier les informations relatives aux régimes exploitation des oeuvres. D'une façon générale, le DMCA a tiré les conséquences des Traités OMPI en introduisant les textes correspondants et, en ajoutant des précisions complémentaires. En ce sens, certains termes ont été définis, des dispositions interdisent explicitement de fabriquer de commercialiser des dispositifs ou des services visant à contourner les mesures de contrôle ou encore de diffuser en connaissance de cause une oeuvre dont l'information sur le régime de droit a été altérée.

Les dispositions anti-contournement du DMCA tissent « une matrice d'interdictions » ⁴⁵. L'article 1201(a) interdit les actes et les produits ayant pour finalité le contournement des mesures techniques de contrôle d'accès. La notion de contournement est large car elle inclut tout procédé « visant à éviter, contourner, supprimer, désactiver ou altérer une mesure technique sans l'autorisation du titulaire

⁴⁴ Loi de 1998 portant sur la mise en œuvre du Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécution et les phonogrammes et du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, titre I du Digital Millenium Copyright Act (codifié au chapitre 12 du titre 17 du Code des États-unis d'Amérique) [Ci-après DMCA.]

⁴⁵ OMPI, op.cit, note 9, p. 50.

du droit d'auteur »⁴⁶. Sans définir le terme de mesure technique, la loi précise dans quel cas celle-ci « contrôle efficacement l'accès à une oeuvre ». L'accès est contrôlé « si la mesure, dans son fonctionnement ordinaire, suppose l'application d'information, d'un processus ou d'un traitement, avec le consentement du titulaire du droit d'auteur pour accéder à l'oeuvre »⁴⁷.

Concernant « le droit d'accès », la loi américaine va beaucoup plus loin que les traités. Le texte⁴⁸ (article 1201 (a)(1)(A)) dit qu'il est interdit de contourner les mesures techniques qui assurent le contrôle de l'accès à l'oeuvre. « L'accès » ici n'est pas le fait de se procurer un exemplaire de l'oeuvre, par exemple en achetant un DVD. Il consiste à afficher effectivement le film, à s'en servir, à le visionner. Le contrôle de l'accès est un système qui oblige l'usager à se connecter au serveur de l'éditeur, à s'authentifier à l'aide d'un code personnel et à identifier son ordinateur, de sorte qu'à l'avenir, il pourra utiliser le jeu ou le film seulement sur cet ordinateur, et ne pourra pas le prêter à ses amis. Un tel contrôle de l'accès va bien au-delà de ce que permet le droit d'auteur. On peut douter sérieusement que ce soit légitime car cela munit les titulaires de droit d'une prérogative supplémentaire, extérieure au droit d'auteur ou au droit voisin, et autrement plus invasive que celui-ci.

Ces dispositions rendent purement et simplement illégal tout acte de contournement, même à accompli à des fins rigoureusement licites et autorisé par la loi sur le droit d'auteur. Lors de l'examen du DMCA, l'opportunité de prévoir expressément une exception de « l'usage loyal » fut l'une des questions les plus controversées. Au final, le Congrès a conclu qu'aucune exception de cette sorte ne devrait être prévue et que le contournement, même aux fins d'un usage loyal, est illicite. Il est évident qu'une telle position a suscité de nombreuses réactions. Pour tenir compte de ces préoccupations, il a été prévu que le Librarian of Congress réalise une étude tous les trois ans à partir de 2000 et détermine pour certains cas une exception⁴⁹. En 2000, le Librarian a considéré que les compilations de sites Web

⁴⁷ Article 1201(a)(3)(B) du titre 17 du Code des États-unis d'Amérique.

⁴⁶ Article 1201(a)(3)(A) du titre 17 du Code des États-unis d'Amérique.

⁴⁸ « No person shall circumvent a technological measure that effectively controls access to a work protected under this title ».

Une première étude a été faite le 27 octobre 2000, la seconde a été achevée et présentée le 23 octobre 2003, la troisième est en cours d'achèvement et certaines auditions publiques sont prévues

bloqués par des logiciels de filtrage et les oeuvres littéraires auxquelles il n'est pas possible d'accéder en raison d'un défaut de fonctionnement ou d'obsolescence doivent bénéficier d'une exemption de l'interdiction. Les difficultés s'avèrent considérables pour ceux qui tentent d'obtenir une exemption. En premier lieu, il faut apporter la preuve qu'ils ont été ou seront réellement lésés dans leur utilisation des oeuvres du fait des dispositions anti-contournement. Ensuite, ils doivent trouver une lésion en ce qui concerne une « classe d'oeuvre », terme qui pose des difficultés d'interprétation. Ainsi, le Bureau du droit d'auteur a estimé qu'une classe d'oeuvre ne saurait être déterminée par la façon dont les oeuvres peuvent être utilisées. Le Bureau a considéré que les textes de la loi et son contexte d'adoption excluaient l'octroi de larges exemptions au titre de l'usage loyal. Il est donc fort peu probable que les classes d'oeuvres exemptées de l'interdiction visée à l'article 1201(a)(1) soient nombreuses⁵⁰. Même dans le cas d'une exemption, seul l'acte de contournement est autorisé tandis que les instruments de contournement restent interdits⁵¹.

L'article 1201(b) du Copyright Act, tel qu'amendé par le DMCA, interdit l'instrument de contournement des techniques de protection des droits d'auteur. Pour être prohibé, l'instrument doit remplir une des trois conditions suivantes⁵²:

- être « principalement conçu comme produit pour contourner la mesure technique qui contrôle efficacement l'accès à une oeuvre »
- avoir « une destination ou une utilisation commercialement limitée en dehors du contournement de la mesure technique qui contrôle efficacement l'accès à une oeuvre » ; ou
- être « commercialisé par une personne, ou un tiers agissant de concert avec elle, qui possède des connaissances requises pour contourner les mesures techniques qui contrôlent efficacement l'accès à une oeuvre ».

courant du mois de mars et avril 2006 : http://www.copyright.gov/1201/index.html (dernière consultation le 29 mars 2006).

_

Par exemple, le contournement à des fins spécifiques tels que la suppression du code régional ou des messages publicitaires sur les DVD, ou encore l'accès à des films du domaine public sur des DVD reste illicite.

⁵¹ Article 1201(a)(1)(e) du titre 17 du Code des États-unis d'Amérique.

⁵² Ces conditions sont semblables à celles requises dans l'article 1201(a)(2)(A),(B),(C) du titre 17 du Code des États-unis d'Amérique.

Toutefois, le DMCA n'interdit pas l'acte de contournement de mesures techniques qui protègent le droit exclusif d'un titulaire de droits d'auteur d'autoriser l'utilisation d'une oeuvre.

Étant la première loi nationale adoptée en la matière, un dernier mot doit être abordé concernant l'interprétation du DMCA par les tribunaux, et particulièrement concernant les exceptions. Les nouveaux droits, recours et exceptions prévus dans les dispositions anti-contournement sont indépendants de ceux prévus par la Loi sur le droit d'auteur. L'arrêt *Universal City Studios, Inc.* c. *Corley*⁵³ a statué que l'usage loyal n'était pas applicable dans le cadre d'une action intentée en vertu de l'article 1201⁵⁴. Cette décision a été confirmée en 2001 par la Cour d'appel des États-Unis. En 2002⁵⁵, les juges sont allés jusqu'à dire que même si le DMCA réglementait directement la liberté d'expression garantie dans la Constitution, il ne portait atteinte au droit du public d'utiliser des oeuvres protégées ou non parce qu'il influait seulement sur la capacité d'accéder à certaines copies de ces oeuvres et de les utiliser.

D'autres cas jurisprudentiels ont systématiquement conclu que la mesure technique en question était « efficace », qu'elle permettait un « contrôle efficace de l'accès » ou encore que les logiciels visés par la poursuite avaient pour fonction principale de contourner une mesure de protection technique⁵⁶. La tendance est donc d'interpréter de manière large le DMCA pour interdire le contournement d'autres techniques employées par les fabricants dans diverses applications industrielles. L'objectif inavoué est d'empêcher les concurrents d'avoir accès aux codes informatiques utilisés par les fabricants pour vérifier que seuls leurs produits sont utilisés par un consommateur.

⁵³ Universal City Studios, Inc. c. Reimerdes, 273 F.3d 429 (2d cercle. 2001); 111 F. Supp. 346 2d (S.D.N.Y. 2000).

En l'espèce, les défendeurs avaient mis en ligne un algorithme de décryptage, « DeCSS », et avaient encourager des tiers à le copier et le distribuer. L'argument principal de la défense dans cette affaire était que les dispositions de l'article 1201(a)(2) étaient anticonstitutionnelles au regard de la liberté d'expression garantie par le premier Amendement (liberté qui justifiait l'échange du code source du programme). Le tribunal a estimé que le CSS est une technique sûre et assure efficacement le contrôle de l'accès.

⁵⁵ United States of America c. Elcom, 203 F. Supp. 1111 (N.D. Cal. 2002).

Four approfondir ce sujet voir Ian KERR, Alana MAURUSHAT, et Christian TACIT, «Technological Protection Measures: Tilting at the Copyright Windmill », (2003) 34, Ottawa L. Rev., p. 9-82.

b. La directive 2001/29 et sa transposition en droit français

L'influence de l'Europe en matière de droits d'auteur s'est faite progressivement. À l'origine, le droit d'auteur était seulement appréhendé par le Traité de Rome et la jurisprudence de la C.J.C.E. La multiplication des échanges et des modes de diffusion des oeuvres a fait rapidement prendre conscience aux autorités communautaires de la nécessité d'harmoniser les droits nationaux. L'objectif est alors une intégration des marchés avec les mêmes normes pour tous, et ceci afin d'assurer un bon fonctionnement du marché intérieur. Dès lors, le droit d'auteur est entendu dans son acception patrimoniale, en tant que « droit économique, monopole d'exploitation et, en tant que monopole il est un moyen de décloisonner les marchés, un moyen de contrôler la circulation des produits et la prestation des services »⁵⁷. Georgie Courtois distingue une « première génération » de directives relatives au droit d'auteur et aux droits voisins qui a eu pour objectif d'harmoniser le droit de manière verticale. Ces directives ont eu pour but de « régler des questions de nature ponctuelle qui, à un certain moment, ont été jugés susceptibles de faire obstacle au bon fonctionnement du marché intérieur »58. Ainsi, des directives ont été édictées concernant la protection des programmes d'ordinateurs, les droits de location et de prêts et les droits voisins du droit d'auteur, les droits d'auteur et les droits voisins en matière de radiodiffusion par satellite et de retransmission par câble, l'harmonisation de la durée de protection des droits d'auteur et de certains droits voisins, la protection juridique des bases de données et enfin la directive sur le droit de suite. Chacune de ces directives s'attache soit à une catégorie d'oeuvres spécifiques (logiciels, bases de données) ou de droits spécifiques (droits de prêts, de location, droit de suite), soit à un mode d'exploitation particulier (radiodiffusion par satellite et retransmission par câble) ou encore un élément particulier de la protection (durée).

⁵⁷ Georgie COURTOIS, <u>1991 - 2001, 10 ans de directives communautaires en droit d'auteur : bilan et perspectives</u>, Mémoire de DESS droit du numérique et des nouvelles techniques, Université Paris I, 2003, p. 7.

⁵⁸ <u>Id.</u>, p. 6.

La directive 2001/29 du 22 mai 2001⁵⁹ relative à certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information amorce la vague « de la deuxième génération »60. D'aspect horizontal, la directive s'applique indépendamment de la catégorie d'oeuvres, du mode d'exploitation ou de la nature de l'utilisateur. L'intention est claire, il s'agit de mettre en oeuvre les principales obligations des nouveaux Traités de l'OMPI. Le texte de la directive s'analyse, par de nombreux auteurs, davantage comme une mise en conformité des législations communautaires avec les traités que comme une réponse originale au défi de l'Internet. En effet les dispositions tirées de la convention de Berne ou des Traités OMPI sont légions dans le texte de harmonisation du 22 mai 2001. Selon le professeur Bénabou, « si la pertinence de la législation interne demeure en raison de l'incomplétude du droit international, force est de reconnaître que son action est interstitielle »⁶¹. En résumé, la directive de 2001 définit, en amont, une protection juridique des mesures techniques très fermes, et en aval un mécanisme de garantie des exceptions, limité et rigoureusement encadré⁶². Le texte n'autorise en aucune hypothèse le contournement d'une mesure technique de protection sans l'autorisation du titulaire de droits⁶³. L'Assemblée nationale française a, quant à elle, opté pour une approche minimaliste le 22 mars 2006. De nombreuses critiques avancent en effet que les dispositions de la directive sont reprises proprio motu dans la loi DAVDSI. Etant donné les prolifiques analyses de la directive 2001/29⁶⁴ nous allons nous attarder

⁵⁹ 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 (J.O.L. 167 du 22.06.2001, p. 10-19).

⁶⁰ G., COURTOIS, <u>loc. cit.</u>, note 57, p. 7.

⁶¹ Valérie-Laure BENABOU, « Puiser à la source du droit d'auteur » (2002) 192, R.I.D.A., p. 3.

⁶² Gilles VERCKEN, « La protection des dispositifs techniques : recherche clarté désespérément : à propos de l'article 6.4 de la directive du 22 mai 2001 » (2002) 2, Propriété intellectuelle.

⁶³ Bien que la version française dispose à l'article 6.4 que « les États membres prennent des mesures appropriées pour assurer que les bénéficiaires des exceptions [...] puissent bénéficier desdites exceptions », les autres versions linguistique énoncent que les mesures appropriées doivent viser à assurer que le titulaire de droits fourniront les moyens permettant de bénéficier de l'exception.

Voir OMPI, op.cit, note 7; Lucie GUIBAULT « Le tir manqué de la directive européenne sur le droit d'auteur dans la Société d'information » [2002], C.P.I,; J-L. GOUTAL, loc.cit., note 7, p. 9; Matthieu COULAUD, « Droit d'auteur et téléchargement de fichiers ou le désaccord parfait? » (2006) 364, R.L.D.I., 47; G. COURTOIS, loc.cit., note 57.

uniquement sur certains aspects de celle-ci en y confrontant la loi⁶⁵ française actuellement en première lecture au Sénat, ainsi que le DMCA.

La directive aborde trois domaines principaux : le droit de reproduction, le droit de communication et le droit de distribution. Selon son article 2, les actes de reproduction sont « les actes couverts par un droit exclusif de reproduction, comprenant toute reproduction sous quelque forme que ce soit : pour les auteurs, de leurs oeuvres originales et de leur copie ; pour les producteurs de phonogrammes, de leurs phonogrammes ; pour les producteurs des premières fixations de films, de l'originales et des copies de leur films... ». La transposition en droit français ne pose pas de problème, l'article L 122-3 du Code de la propriété intellectuelle indique : « par tous procédés ».

Les auteurs disposent d'un droit exclusif d'autoriser ou d'interdire toute communication au public de leurs oeuvres, et de mettre à disposition du public leurs oeuvres de manière à ce que chaque membre du public puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement (article 3). Aspect intéressant, ces droits s'appliqueront quel que soit le nombre de fois où l'oeuvre est effectivement transmise en ligne à la demande. Ainsi, la directive protège l'acte consistant à offrir le service public, en le subordonnant à une autorisation, et précise que les droits de l'auteur ne sont pas épuisés par le fait de communiquer au public une oeuvre ou un objet « par fil ou sans fil, de telle manière que chacun puisse avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement »⁶⁶.

La grande nouveauté est la consécration du droit de distribution (article 4), droit qui permet aux auteurs d'interdire ou d'autoriser toute forme de distribution publique, par la vente ou autrement de leurs oeuvres ou copies de celle-ci. Le droit de distribution est épuisé en cas de première vente.

L'étude de l'OMPI⁶⁷ sur les tendances récentes dans le domaine de la gestion numérique des droits permet de mettre en perspective l'étendue respective de la loi

⁶⁵ Ci-après loi DAVDSI.

⁶⁶ Article 3 de la directive 2001/29/CE.

⁶⁷ OMPI, op. cit., note 9.

américaine et de la directive européenne (et *de facto* de la loi française) concernant les dispositions anti-contournement :

Tableau I : Tableau comparatif des dispositions anti-contournement entre le DMCA et la directive européenne.

Mesure technique	Acte de contournement		Instruments de contournement	
de contrôle :	DMCA	Directive	DMCA	Directive
Mesure de contrôle	Interdit	Interdit	Interdits	Interdits
de l'accès	(art 1201.A.1)	(art 6.1)	(art 1201.A.2)	(art 6.2)
Mesure de contrôle	Non interdit	Interdit	Interdits	Interdits
du droit d'auteur	(par le DMCA)	(art 6.1)	(art 1201.B)	(art 6.2)

La directive, dans sa définition des « mesures techniques efficaces », indique que les dispositions anti-contournement s'appliquent à la fois aux mesures de contrôle d'accès et aux mesures de gestion de droits d'auteur. La directive sur le droit d'auteur est plus large que la loi américaine car elle interdit également les actes de contournement des mesures de contrôle du droit d'auteur et d'autres actes non autorisés par le titulaire des droits. Par conséquent, si le titulaire de droit n'a pas autorisé certains actes, toute mesure technique protégeant l'exercice non autorisé de ces actes entrera dans le champ d'application de cette disposition, même si ces actes se trouvent hors de portée de la protection des droits d'auteur⁶⁸. Les techniques sont définies par leur but, « les mesures techniques efficaces destinées à empêcher ou limiter les utilisations non autorisées [...] sont protégés dans les conditions prévues au présent titre » (article 7 Loi DAVDSI), et par leur fonctionnalité. En effet, « on entend par mesure technique au sens de l'alinéa précédent, toute technologie [...] qui, dans le cadre normal de son fonctionnement, accomplit la fonction prévue à l'alinéa précédent. »⁶⁹. Une précision de taille doit être faite dès à présent : le protocole, le format, une méthode de cryptage, de brouillage ou de transformation sont autant d'éléments qui permettent d'arguer de l'efficacité d'une mesure technique. En aucun cas ces éléments constituent une mesure technique en tant que telle au sens du nouvel article L. 331-5 du Code de la propriété intellectuelle (article 7 de la Loi

⁶⁸ J. DE WERRA, <u>loc.cit.</u>, note 9, p. 139.

⁶⁹ Article 7 alinéa 2 de la Loi DAVDSI.

DAVDSI). Ces procédés servent uniquement à prouver le degré d'efficacité afin de se prévaloir de la présomption légale. La définition des mesures techniques efficaces est large puisqu'elle couvre tant les mesures contrôlant l'accès que les mesures contrôlant la copie. Cet aspect de la protection légale a été instauré par la directive, alors même que le Traité OMPI sur le droit d'auteur ne concerne à première vue que les mesures techniques mises en oeuvre pour protéger directement un droit exclusif de l'auteur ou du titulaire de droits voisins, à savoir le droit de reproduction et de représentation⁷⁰. En doctrine, Séverine Dusollier y voit la consécration indirecte d'un nouveau droit exclusif de l'auteur : « le droit de contrôler l'accès »⁷¹. Ainsi, l'objet du droit d'auteur et la distribution de cet objet s'en trouvent confondus.

L'article 7 rajoute une précision : il garantit l'interopérabilité des mesures techniques de protection avec les baladeurs numériques, les lecteurs multimédias ou les autres supports d'écoute utilisée par les consommateurs :

« Les mesures techniques ne doivent pas avoir pour effet d'empêcher la mise en oeuvre effective de l'interopérabilité, dans le respect du droit d'auteur. Les fournisseurs de mesures techniques donnent l'accès aux informations essentielles à l'interopérabilité. »

Le texte dispose, par ailleurs, qu'un tribunal de grande instance pourrait forcer un éditeur à fournir de telles informations. Apple (le premier concerné avec son iPod) dénonce l'institution d'une « culture officielle du piratage ». Au contraire, le texte ne permet pas à l'utilisateur final de recourir, sous couvert de bénéficier de l'interopérabilité, à des dispositifs permettant de contourner les mesures techniques de protection. Il est évident que cette disposition est une réponse aux nombreuses jurisprudences qui ont eu lieu entre des associations de protection des consommateurs et l'industrie culturelle⁷². La guerre entre Sony Music et Apple est l'autre pendant du texte de loi. En effet, Sony Music a tenté devant le Conseil de la concurrence de contraindre Apple à divulguer ses interfaces de programmation afin que les pistes de

⁷⁰ J-L. GOUTAL, <u>loc.cit.</u>, note 7.

⁷¹ S. DUSOLLIER loc.cit., note 9, p. 44.

⁷² À ce titre voir le dernier épisode: Cass. Civ. 1^{ère}, 28 février 2006, Stés Studio Canal, Universal Pictures Vidéo France, SEV c. Stéphane X et UFC Que-Choisir, disponible sur www.courdecassation.fr, Arrêt n° 549.

musique téléchargées de Sony Music puissent être compatibles et lus sur l'iPod⁷³. L'enjeu de l'interopérabilité montre que le marché de la musique MP3 est en pleine mutation, son aspect économique sera approfondi dans la deuxième partie.

La loi dispose, dans son article 8, que les « titulaires de droits ont la faculté de prendre des mesures permettant de limiter le nombre de copies ». Aucun nombre minimal de copies n'est mentionné. La seule obligation consiste en ce que la limitation de la lecture d'une oeuvre doit faire l'objet d'une information de l'utilisateur, dont les modalités seront fixées par décret. Mis à part l'exception des enregistrements à partir des flux télévisés, les modalités d'exercice pour les autres supports de la copie privée seront fixées par un « collège des médiateurs »⁷⁴.

L'article 12 bis vise plus particulièrement les éditeurs de logiciels peer-to-peer. L'infraction est caractérisée, conformément à la directive, par l'élément intentionnel d'inciter à l'utilisation ou de mettre à la disposition du public un « dispositif manifestement destiné à la mise à disposition du public non autorisée d'oeuvres ou d'objets protégés ». Les députés ont cependant apporté une nuance : ces mesures ne s'appliquent pas « au logiciel destiné au travail collaboratif, à la recherche ou à l'échange de fichiers ou d'objets non soumis à la rémunération du droit d'auteur ».

c. Le projet canadien C-60

La réforme du droit d'auteur au Canada est en attente⁷⁵. L'avantage d'une telle attitude est qu'elle permet d'avoir le recul nécessaire sur les réactions face aux lois édictées dans les autres juridictions. Le droit d'auteur déchaîne les passions, la prudence est de mise. Le gouvernement du Canada, a déposé à la Chambre des communes le 20 juin 2005 le projet de loi C-60 modifiant la *Loi sur le droit d'auteur*. Le projet de loi C-60, qui aborde les enjeux à court terme (généralement reliés à

Décision du 9 novembre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Apple Computer, Inc. dans les secteurs du téléchargement de musique sur Internet et des baladeurs numériques, Décision n° 04-D-54 accessible à http://www.conseil-concurrence.fr. En l'espèce les mesures conservatoires demandées par VirginMega ont été rejetées. Ce sujet sera abordé dans la deuxième partie.

⁷⁴ Les fonctions et la composition de ce collège sont abordées à l'article 9 de la loi DAVDSI.

⁷⁵ P-E. MOYSE, « La loi canadienne sur le droit d'auteur doit-elle être repensée ? » (2001) Léger Robic Richard, (<u>www.robic.com</u>).

Internet) mentionnés dans le Rapport sur l'article 92, est l'aboutissement de plusieurs années d'analyses, de discussions et de consultations. Il met en œuvre les propositions décrites dans la Déclaration gouvernementale émise le 24 mars 2005. Plus précisément, le projet de loi met en œuvre le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur et le Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes. Les audiences du comité parlementaire liées au projet de loi C-60 ont débuté dès l'automne. Malgré l'élaboration du projet de loi C-60 pour traiter des enjeux à court terme, la Direction générale de la politique du droit d'auteur s'affaire à préparer des questions à plus long terme en vue d'une réforme éventuelle. Il s'avère, au regard des récents débats, que la volonté de ne toucher qu'à une partie de la loi sans aborder la copie privée, l'exception concernant les enregistrements de musique par les radiodiffuseurs, l'usage d'Internet dans le milieu de l'éducation et la copie éphémère, rende la tâche plus complexe que prévue. Le gouvernement canadien a d'ailleurs enjoint la Direction générale de la politique du droit d'auteur de fournir un autre « document de discussion ». En effet, ces enjeux, qui ont été écartés à l'origine, bloquent l'évolution du projet C-60. D'autres amendements sont donc à prévoir.

Le projet de loi clarifie le droit de communication exclusif des auteurs mais surtout des producteurs afin d'inclure la diffusion de leurs oeuvres sur Internet. Le projet de loi confère aux interprètes et aux producteurs d'enregistrements sonores le droit de contrôler la distribution de leurs enregistrements et de leurs prestations sur Internet. Les détenteurs de droits maîtriseront la première distribution tangible de leurs œuvres.

La modification ou le retrait des renseignements de gestion des droits intégrés à des documents protégés par le droit d'auteur, lorsqu'ils ont pour but de violer ce droit ou de cacher cette violation, constitue une violation du droit d'auteur.

Le projet de loi précise que le contournement des mesures techniques de protection du droit d'auteur constitue une violation de ce droit. Le gouvernement canadien a opté pour une approche minimaliste afin de conserver l'équilibre dans la Loi sur le droit d'auteur⁷⁶. Le gouvernement avait le choix entre des recours pour contrer l'acte de contournement, des recours pour contrer la fabrication des outils de contournement ou encore des recours criminels et civils. Les trois voies semblent avoir été retenues.

La définition de la « mesure technique » semble alambiquée et tronquée. Le critère d'efficacité n'apparaît pas, cela risque de mener à une protection trop large des mesures techniques. À la lecture de la définition, il semblerait que la mesure soit efficace du moment que « dans le cadre normal de son fonctionnement, restreint, [...] l'accomplissement d'un acte visé aux article 3, 15 ou 18 ou [est] susceptible de violation constituer une des droits applicables ». moraux En voulant éviter que les mesures techniques contrôlent tout le droit d'auteur, le projet de loi a inséré subrepticement les mesures techniques pour les articles 3, 15, 18. D'autant plus que l'impact d'une telle disposition sur les recours établis à l'article 15 du projet de loi (modifiant l'article 27 le Loi sur le droit d'auteur) pourrait rendre la loi plus sévère. Le projet C-60 ne balise pas seulement le régime de copie privée, créé en 1997, mais le fait passer par un goulot d'étranglement. En effet, le fardeau de connaissance n'est pas repris. Dans le cas où le consommateur contourne le cadenas d'une mesure technique, ce seul acte de contourner suffit pour engager sa responsabilité⁷⁷.

La durée de la protection du droit d'auteur des enregistrements sonores sera désormais de 50 ans après leur publication initiale. En conséquence, la durée de protection du droit d'auteur des interprètes concernant leurs enregistrements sonores sera également modifiée. Le projet de loi comportera des dispositions sur les droits des interprètes en matière de reproduction de leurs enregistrements sonores. Les interprètes auront désormais des droits moraux sur leurs prestations en direct ou enregistrées.

⁷⁶ En effet, le gouvernement ne voulait pas créer un droit de location qui n'existe pas au Canada.

⁷⁷ Article 15 du projet C-60 : « Constitue une violation du droit d'auteur sur l'œuvre [...] le fait pour une personne accomplir sciemment un des actes ci-après à l'égard de la reproduction dont elle sait ou devrait savoir qu'elle a été faite pour usage privé [...]. »

L'efficacité des mesures techniques est tributaire de l'institution d'un régime juridique ayant pour vocation de prévenir leur neutralisation. L'évolution récente des législations va dans le sens d'une plus grande reconnaissance aux auteurs du droit de contrôler l'accès non plus seulement à l'oeuvre même, mais aussi à chacun des exemplaires. La conception même du droit d'auteur ne serait-elle pas en train de vivre une réforme ?

Chapitre 2 : Vers une réforme de la conception du droit d'auteur ? Un droit d'auteur débridé

À l'issue d'une étude réalisée pour la CNUCED en 1990, le cabinet de consultants Van Grasstek Communications⁷⁸ a estimé que le régime des droits de propriété intellectuelle et les points de vue des divers pays concernés par ce sujet reflètent le régime du commerce international. L'étude présente un modèle postulant que la puissance commerciale dominante, qui prône un système d'échanges internationaux fondés sur l'ouverture et le libre-échange durant son ascension, tente de mettre en place un régime de droits de propriété intellectuelle de plus en plus strict, au fur et à mesure que celle-ci vieillit et que son pouvoir s'érode, contrairement aux volontés des pays en développement qui tenteront de résister à cette initiative.

La stratégie rationnelle pour cette puissance dominante sera de lier un régime de droits de propriété intellectuelle plus strict à l'accès sur son marché des produits venant de l'étranger. Cela permet en effet de régénérer sa capacité productive. Ce comportement hégémonique peut être observé dans le cas de l'Angleterre et celui des États-Unis. Chacun de ces deux pays est successivement passé par une période d'activités d'imitation et de piratage intense, puis par un cycle d'hégémonie naissante prônant le libre-échange, et finalement par une phase d'hégémonie déclinante accompagnée d'une forte insistance à faire appliquer et respecter le régime des droits de propriété intellectuelle. Certains auteurs vont jusqu'à parler « d'américanisation » par une stratégie nette et claire, appliquée systématiquement pour augmenter son influence⁷⁹. Cette stratégie du gouvernement américain est composée de plusieurs faisceaux.

Tout d'abord, la loi sur le commerce de 1988⁸⁰ démontre la prise de conscience des États-Unis afin d'intervenir au niveau international. Selon l'article 1001 (a) de cette loi, l'application par les États-Unis d'une politique nationale et internationale

⁸⁰ The Omnibus Trade and Competitivness Act 1988 (PL 100-418).

VAN GRASSTEK COMMUNICATIONS, <u>Trade-related Intellectual Property Rights</u>: <u>United Stated Trade Policy</u>, <u>Developing Countries and the Uruguay Round</u>, Étude faite pour la CNUCED, 1990.

⁷⁹ Silke VON LEWINSKI, « Le rôle du droit d'auteur dans le droit du commerce international d'aujourd'hui » (1994) 161 R.I.D.A., p. 56.

doit être considérée comme prioritaire et essentielle en vue d'éviter que l'économie et le niveau de vie aux États-Unis ne soient affectés à l'avenir⁸¹. D'ailleurs l'article 1001 (a) (6) dispose que :

«While the United States is not in a position to dictate economic policy to the rest of the world, the United States is in a position to lead the world and it is in the national interest for the United States to do so. »

À cet égard, les négociations au sein de l'OMC en droit de la propriété intellectuelle ont été favorisées pour la simple raison que ce forum fait preuve de moins de transparence et donne plus de possibilités d'influence aux pays industrialisés qu'aux pays en développement. En outre, il permet également d'appliquer le mécanisme de règlement des différends déjà en vigueur dans d'autres domaines. Il est de notoriété publique que les États-Unis ont insisté à tout prix pour exclure le droit moral des accords ADPIC dans son article 9(1).

Pour pallier à la longueur des négociations au niveau international, la démarche unilatérale a permis aux États-Unis, état puissant, de se concentrer sur les pays qui nuisent le plus à l'économie américaine. Grâce à ce déséquilibre des forces, les États-Unis ont pu imposer une modélisation⁸² des traités accordant un niveau de protection qui n'aurait jamais pu être atteint dans le cadre multilatéral. Un autre moyen ayant permis d'influencer largement le contenu des droits nationaux est celui des mesures unilatérales. Chaque année, le représentant du commerce des États-Unis⁸³ établit, en vertu de la *Loi sur le commerce*⁸⁴, une «liste noire» des pays qui refusent une protection efficace et adéquate en propriété intellectuelle ou bien un accès équitable au marché des États-Unis aux personnes titulaires du droit de propriété intellectuelle. La force de telles mesures réside dans la possibilité d'appliquer des sanctions dans un domaine autre que celui de la propriété intellectuelle, et notamment dans un secteur qui peut gravement affecter les pays visés.

⁸¹ The Omnibus Trade and Competitivness Act 1988, Article 1001(a).

⁸² En effet, plus de 50 traités ont été ainsi conclus. Les modèles accès l'obligation de l'autre pays de se conformer aux dispositions de la convention de Berne et d'autres conventions et de prévoir un certain nombre d'éléments de protection supplémentaire propre au système du copyright.

⁸³ United States Trade Representative : USTR.

⁸⁴ Articles 301(a), 301 (c), 305 (a) 1) de la Loi sur le commerce 1974 (19 USC 2411).

En outre, l'assistance technique a été généreusement donnée par les États-Unis à des pays voulant réformer leur législation (notamment les pays d'Europe de l'Est et de l'ancienne Union soviétique). Dans le même sens, Silke von Lewinski aborde la question épineuse des lois types de l'OMPI édictées pour les pays en transition⁸⁵.

« Seulement, il semble qu'on doit se permettre de s'interroger sur la question de savoir pourquoi cette organisation inclut dans cette loi type (qui, d'ailleurs, n'est pas publié mais est soumise directement aux pays concernés) des éléments du système copyright, tandis que les experts de l'OMPI savent certainement que les pays en transition adhèrent au système du droit d'auteur. Est-ce qu'on est témoin d'une histoire de cheval de Troie? »⁸⁶

Plus le droit étranger est rédigé de manière proche à son propre droit, plus il est facile à maîtriser. Depuis cette dernière décennie, le droit d'auteur s'est métamorphosé, s'est dissolu de l'intérieur (A) jusqu'au point de bouleverser les systèmes d'exceptions (B).

A - Un droit d'auteur dissolu

La métamorphose économique du droit d'auteur puise son origine dans l'influence croisée entre droit d'auteur et copyright (A). L'évolution juridique du droit d'auteur s'est trouvé à la croisée des chemins et semble avoir opté pour une accumulation, une prolifération des droits (B).

1) Origine de la métamorphose économique du droit d'auteur : influence croisée entre droit d'auteur et copyright.

La tradition du droit d'auteur, dont le plus bel exemple est la France, est orientée vers la protection de l'auteur (en tant que personne) et le lien inaliénable entre l'œuvre et son auteur. La tradition anglo-saxonne du copyright met l'emphase sur l'exploitation de l'oeuvre et même si cela dépouille l'auteur de certaines

⁸⁵ S. VON LEWINSKI, «Américanisation de la propriété intellectuelle» (2004) 10, Propriétés intellectuelles, p. 486.

⁸⁶ S. VON LEWINSKI, loc.cit., note 79, p. 20.

prérogatives que lui reconnaît la tradition du droit d'auteur. Il est parfois reproché au droit d'auteur d'accorder trop d'attention à la personne du créateur et d'ignorer l'intérêt du public. Les rationalités diffèrent entre ces deux traditions.

Gabriel de Broglie résume clairement cette opposition :

« Le droit américain est davantage un droit des affaires, le droit d'auteur un droit de la personne. L'un a vocation à protéger le preneur du risque financier, l'autre celui qui prend le risque de créer. L'œuvre est perçue par l'un surtout comme un produit susceptible d'être commercialisé, par l'autre d'abord comme le produit de l'esprit.»⁸⁷

L'influence américaine transparaît dans le considérant 31 de la directive 2001/29 en énonçant qu'il « convient de maintenir un juste équilibre en matière de droits et d'intérêts entre les différentes catégories de titulaires de droits ainsi qu'entre celles-ci et les utilisateurs d'objets protégés ». La notion d'équilibre entre les droits des auteurs et ceux des utilisateurs, qui se trouve également dans le préambule du Traité de l'OMPI de 1996, est issue de la tradition du copyright. En droit français, le public n'a aucun droit à faire valoir. Le droit d'auteur, en protégeant leurs oeuvres et leurs personnes, est le vecteur qui permet aux auteurs reconnaissance et consécration⁸⁸. Cela ne veut pas dire pour autant que le droit d'auteur ne sache pas s'adapter aux nécessités économiques du marché.

Le professeur Alain Strowel a souligné un jour, de façon appropriée, que « ceux qui pensent qu'aujourd'hui et aujourd'hui seulement, que les deux systèmes et les régimes nationaux ont perdu leur pureté, nous montrerons qu'il n'y a jamais eu (...) de régime pur. Il y a du copyright dans les régimes de droits d'auteur, comme il y a du droit d'auteur dans les régimes de copyright »⁸⁹.

On observe un certain rapprochement des deux régimes. Comme il a été précédemment vu, le droit français s'est doté d'une approche plus économique avec le logiciel. À l'inverse, le droit anglo-saxon admet l'existence, depuis 1988, d'une forme de droit moral de l'auteur au travers du droit à la paternité et du droit au respect de

⁸⁷ G. DE BROGLIE, op. cit., note 6, p. 87.

⁸⁸ J-L. GOUTAL, loc.cit., note 7, p. 9.

Intervention lors de la conférence «The Internet and the Law, A global conversation», octobre 2004, à l'Université d'Ottawa.

l'oeuvre dans la mesure de l'atteinte à l'honneur et la réputation. De plus, l'Europe fut la première à modifier la durée de la protection à soixante-dix ans. L'extension de la durée de protection de 50 à 70 ans est une reprise de la norme allemande. Les directives du 12 novembre 1992 sur la location prêt (article 2.1), du 27 septembre 1993 relative à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câbles (article 1.5) et du 29 octobre 1993 relative à l'harmonisation de la durée des droits (article 2) prévoient que « le réalisateur principal » est considéré comme auteur ou coauteur. Grâce à cette avancée, le rôle créatif du réalisateur est reconnu.

La construction, faite par la Cour de Justice des Communautés européennes sur l'épuisement du droit, si elle trouve son origine dans la pensée allemande, n'est ni de droit d'auteur ni de copyright. Portée au plan européen, elle correspond à un souci propre qui est celui d'instaurer un marché sans frontières. La reconnaissance de la qualité d'auteur au réalisateur était rattachée à la tradition du droit d'auteur. L'approche analytique des droits patrimoniaux l'est bien davantage à celle du copyright.

Droit d'auteur et copyright sont considérés comme des pièces d'un même jeu économique. Le programme d'ordinateurs et la base de données constituent des objets « fonctionnels », « opératoires ». Ce sont les pièces maîtresses de l'économie de l'information. Toutes les directives communautaires ont eu pour objectif d'éviter les distorsions de concurrence et d'assurer un bon fonctionnement du marché intérieur. La fin ne justifie pas les moyens, ce sont les moyens qui tentent de justifier la fin. L'impopularité du droit d'auteur réside en ce qu'il présente une image ambivalente quant à sa fonction, à son essence même.

Le premier indice de l'évolution du droit d'auteur peut être décelé dans la définition même des conditions de la protection soit au travers de la notion d'originalité notamment. Le degré de l'originalité s'est assoupli avec le temps en droit d'auteur. Il est un critère qui devient peu discriminant. Selon André Lucas⁹⁰,

⁹⁰ Intervention donnée lors de la Conférence de l'ALAI « Rethinking Copyright : a roadmap to the future of copyright », en mai 2004 à l'Université d'Ottawa.

l'originalité se subdivise en une approche subjective et objective ⁹¹. Ainsi, deux degrés d'une même notion coexistent. Le personnalisme des créations pour lesquelles il a été conçu ne récuse ni l'investissement, ni le marché. Il subordonne l'investissement à la création. Moins l'empreinte personnelle est exigée, plus il devient difficile d'identifier l'oeuvre. Étant donné que rien ne se fait sans travail, le manque de vigilance sur l'exigence d'originalité peut nous mener inéluctablement à protéger au titre des créations ce qui n'est que le fruit d'un travail. D'ailleurs, les juges français ont modifié leur vocabulaire peu à peu en usant des termes tels que « effort intellectuel, apport... », afin de connoter de façon objective le critère ⁹².

Ce phénomène a une double incidence sur le droit d'auteur : sur sa légitimité et son efficacité. Il est vrai que le droit d'auteur a un champ naturellement vaste. Toutefois, la multiplication des objets fait du droit d'auteur un droit commun de la propriété intellectuelle, de sorte que certains vont jusqu'à parler de « dispositions balai »⁹³. Le droit d'auteur se confond progressivement avec d'autres droits de la propriété intellectuelle tels que le droit des brevets ou celui des méthodes d'affaires. De plus, le fait de pouvoir bénéficier d'une double protection de droit d'auteur et de droit des dessins et modèles emporte le risque de substituer progressivement la nouveauté à l'originalité. Ce climat nous montre que le droit permet de s'accaparer un domaine et d'en empêcher l'accès.

Ainsi, le droit d'auteur a englobé des objets qui étaient à l'origine de pures productions du travail sans être aucunement des créations personnalistes. Le logiciel est dorénavant une oeuvre littéraire au sens de la convention de Berne, alors même qu'aucun contenu personnel n'est partagé entre un auteur et un amateur. Le logiciel n'est jamais communiqué au public puisque son code source n'est pas divulgué. Pourtant, le mode normal d'exploitation des oeuvres se construit sur la communication au public. La culture sans contenu et sans communication s'immisce

.

⁹¹ L'approche subjective qui est celle de la France pose l'accent sur l'empreinte de la personnalité de l'auteur sur l'œuvre. L'approche objective considère qu'est originale l'œuvre qui n'est pas copiée (position de la Grande-Bretagne).

⁹² Il faut préciser que cette incursion du critère objectif de l'originalité est utilisée pour venir à l'appui de la protection et jamais pour y contrevenir.

⁹³ P. GAUDRAT et M. VIVANT « Marchandisation », op.cit., note 14, p. 31, à la p. 34.

petit à petit. Les commentaires officiels de la directive sur le droit d'auteur dans la Société de l'information montre que le monopole des oeuvres classiques dans l'environnement numérique est construit sur l'acquis communautaire des catégories mises en oeuvre en matière de logiciels. En effet, la reproduction, identifiée à la fixation, renvoie à la reproduction provisoire ou permanente d'un logiciel. Pour l'instant, l'autorité communautaire ne tire pas encore toutes les conséquences de ce nouveau régime au regard de la titularité. Le droit moral inaliénable subsiste. Ce dernier n'est toutefois pas à l'abri, car si, d'aventure, il entrave la libre concurrence et fausse le marché, il devrait être à son tour « harmonisé ». D'ailleurs, la communication assurant le suivi du Livre vert sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la Société de l'information énonce que : « le droit moral de l'auteur, tel qu'il sera harmonisé à l'échelle communautaire ne sera pas entièrement centré sur la personne de l'auteur puisqu'il devra servir aussi les intérêts des consommateurs » ⁹⁴. Sachant que les consommateurs sont absents du processus décisionnel, il s'agit d'une occasion de plus de les faire parler au nom des investisseurs et des exploitants.

Etant donné que le droit se trouve attaqué, le danger de tolérer une telle extension de son objet se profile. Inévitablement d'autres règles externes vont être utilisées pour limiter le droit d'auteur, tels la concurrence ou les droits fondamentaux 95.

Ce jeu d'influence entre droit d'auteur et copyright a trouvé un terrain fertile au Canada. Du fait de l'absence de toute clause constitutionnelle sur le droit d'auteur, il existe un vide idéologique en droit canadien par rapport aux États-Unis. Au Canada, il n'y a pas d'approche historique ni d'école de la propriété intellectuelle. Pourtant, les tribunaux cherchent à énoncer des principes généraux en droit d'auteur. Ce processus est tout à fait légitime, la Cour suprême cherche à développer une théorie pour allier le droit d'auteur à la notion de copyright, et ceci afin d'éviter un affrontement stérile entre ces deux réalités.

Ommunication sur le suivi du Livre vert sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la Société d'information, le 15 novembre 1996, Com. 1996, 586/3, p. 27.

⁹⁵ Ce sujet sera abordé dans la deuxième partie du mémoire.

La jurisprudence canadienne récente permet de révéler l'incidence du principe du « droit d'auteur » civiliste sur la notion de droit d'auteur au Canada⁹⁶. La dissidence dans l'affaire *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain*⁹⁷, lue en parallèle avec l'arrêt *Tele-Direct*⁹⁸, constitue l'assertion la plus explicite de cette hypothèse. Il est évident que le bijuridisme canadien rend propice un tel phénomène. Le pragmatisme des juges canadiens⁹⁹, quant au but et à la nature du droit d'auteur, a fait peu à peu place à une certaine hardiesse jurisprudentielle. L'arrêt *CCH*¹⁰⁰ et *Tariff* 22 ¹⁰¹ soulignent l'importance de trouver un équilibre entre la protection de l'auteur et l'intérêt de la société.

« The challenge facing this Court, and copyright law generally, is to find a fair and appropriate equilibrium that achieves both goals » (§ 23 de CCH).

Le juge Von Finckentsein dans l'affaire *BMG Canada c. John Doe¹⁰²*, par l'approche pragmatique, prend l'échappatoire ouverte en 1980 pour éviter de se retrouver impliqué dans un débat sur la nature et l'objectif du droit d'auteur. En effet, la tendance semble être d'interpréter littéralement le texte sans faire d'effort téléologique vis-à-vis de l'évolution numérique. Ainsi, le juge refuse de poser les jalons nécessaires à ce domaine de droit en évolution. Le « public policy » ¹⁰³ semble donc pendre le pas sur le pragmatisme.

Il semble évident que la liberté d'élaboration de la loi nationale, qui est le fondement même de la diversité d'approche sur des réflexions relatives aux notions d'auteur et d'oeuvre, s'élague au profit d'une pensée unique à dominante anglosaxonne. Cependant, cette coopération européenne et internationale est un vecteur d'assurance pour les auteurs de voir leur droit défendu face à la guerre technologique.

⁹⁶ M. TAWFIK, « Copyright as Droit d'auteur » (2003) 17.1, I.P.J., 59.

⁹⁷ Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain, [2002] 2 R.C.S. 336, paragraphe 116. [Ci-après Théberge]

⁹⁸ Tele-Direct Inc. c. American Business Information Inc., (1998) 2 C.F. 22. [Ci-après Tele-Direct]

⁹⁹ Compo Co. Ltd c. Blue Crest Music Inc., (1979) 45 C.P.R. (2d) 1. L'arrêt Compo a permis au juge de ne pas se voir reconnaître la compétence d'interpréter une loi au regard de l'évolution des technologies.

CCH Canadian Ltd c. Law Society of Upper Canada, (1999) 2 C.P.R. 129 (T.D.). [Ci-après CCH]
 Society of Composers, Auhtors and Music Publishers of Canada c. The Canadian Association of Internet Providers et al., [2002] 19 C.P.R. 289.

¹⁰² (2004) 3 C.F. 241 (T.D.).

¹⁰³ Soit le concept d'action gouvernementale.

De par cette multiplication des moyens mis en oeuvre, il y a la puissance du mouvement international. L'opposition entre droit d'auteur et copyright est à la fois un leurre et une réalité. Les orientations divergentes des deux conceptions n'empêchent pas les évolutions. Au-delà d'arguments objectifs, les équilibres futurs seront décidés par des rapports de force entre des acteurs aux habitudes et aux intérêts divergents.

2) Accumulation et prolifération des droits

La prolifération des droits ainsi que des recours secondaires est, telle une lame de fond, un phénomène qui ne cesse de prendre de l'ampleur. Cette prolifération contribue à la complexité accrue dans un univers dont les mécanismes ont le potentiel d'être plus simples. L'exemple de la protection des mesures techniques n'est que la partie émergée de « l'iceberg ». L'accumulation des droits s'explique par le fait que des nouveaux droits viennent se superposer sur des droits existants, atténuant ainsi peu à peu les frontières entre ces différentes strates. Ces phénomènes conjoints d'accumulation et de prolifération nécessitent la mise en perspective de toutes les ramifications du droit d'auteur.

La durée du droit d'auteur a été l'alibi de l'opportunisme. L'allongement de la durée de protection en Europe a été faite pour des motifs d'harmonisation. Les États-Unis n'ont fait que profiter de cette opportunité tout comme la Norvège qui allait voir les œuvres de Münch tomber dans le domaine public.

Après les logiciels et les bases de données, les méta-tags ont été élevés au rang de création artistique par le Tribunal de Commerce de Paris le 18 juin 2003¹⁰⁴. Le Tribunal a reconnu que les méta-tags pouvaient révéler une véritable « empreinte personnelle de leur auteur ».

Un autre aspect de cette prolifération de droits est la pénalisation croissante dans les législations. Selon Ysolde Gendreau¹⁰⁵, l'analyse de la sémantique des textes

Intervention donnée lors de la Conférence de l'ALAI « Rethinking Copyright : a roadmap to the future of copyright », en mai 2004 à l'Université d'Ottawa.

Trib. Com. Paris, SA Dreamnex c. SARL Kali-gona, 18 juin 2003: http://juriscom.net/jpt/visu.php?ID=280 (dernière consultation le 7 avril 2006).

permet d'entrevoir que la logique de « remedies » prend le pas sur la logique de droit. Les outils tels que l'injonction, l'injonction interlocutoire, les dommages et intérêts compensatoires sont autant d'exemples qui illustrent cette tendance. À ce titre, la directive 2004/48/CE¹⁰⁶ arme juridiquement les titulaires des droits ou ceux « ayant un intérêt direct » 107 tel que l'accord ADPIC 108 le préconise. Bien que la directive veuille faire instituer de mesures dissuasives (article 3), il apparaît que l'objectif premier et sous-jacent est d'octroyer le pouvoir aux titulaires de droits voisins d'ester en justice (article 5). En ce qui concerne les atteintes commises à «l'échelle commerciale », il est prévu que les juridictions puissent ordonner l'accès, le cas échéant, aux documents bancaires, financiers et commerciaux qui se trouvent sous le contrôle du présumé contrevenant (article 6). Les mesures de conservation des preuves (article 7), les mesures provisoires et conservatoires (article 9) permettent de garantir des dommages et intérêts ainsi que des indemnisations. Il suffit pour cela, que la partie requérante présente « des éléments de preuve raisonnablement accessibles pour étayer ses allégations selon lesquelles il a été porté atteinte à son droit de propriété intellectuelle ou qu'une telle atteinte est imminente »¹⁰⁹. En outre, le montant des dommages et intérêts octroyés au titulaire du droit devrait prendre en considération « tous les aspects appropriés, tels que le manque à gagner subi ou les bénéfices injustement réalisés par le contrevenant et, le cas échéant, tout préjudice moral causé au titulaire du droit »¹¹⁰. Ainsi, le montant des dommages pourrait être calculé à partir d'éléments tels que les redevances ou les droits qui auraient été dus si le contrevenant avait demandé l'autorisation d'utiliser le droit de propriété intellectuelle en question. Il s'agit là d'instaurer des sanctions définitives par un régime d'indemnisation. Pour que cela ait un effet dissuasif, cela implique donc que les sanctions financières dépassent la simple réparation du préjudice de base prévu à l'article 1382 du Code civil français.

Directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de la propriété intellectuelle (J.O.L. 157 du 30.04.2004, p. 45).

¹⁰⁷ Id., Considérant 18. Le considérant 19 dispose en effet que : « une présomption devrait s'appliquer aux détenteurs de droit voisins puisque c'est souvent le titulaire du droit voisin, par exemple le producteur de phonogrammes, qui cherchera à défendre les droits et à lutter contre les actes de piratage ».

¹⁰⁸ Article 41(1) de l'accord ADPIC.

¹⁰⁹ Article 17 de la Directive 2004/48/CE.

¹¹⁰ Considérant 26 de la directive 2004/48/CE.

Le droit d'auteur est remodelé par la gestion numérique des droits. Il y a une confusion entre ce que permet le droit d'auteur et ce que permettent d'autres régimes de préservation de l'œuvre. Toutefois, cette évolution ne semble pas profiter réellement aux créateurs. L'émergence d'une concentration et d'une convergence des acteurs dans l'industrie de la musique et du cinéma fait de la culture un jouet entre les mains de ces conglomérats. Cela va bien au delà d'une gestion collective d'œuvres puisque les droits sont détenus par une seule et unique personne. En effet, l'autorisation centralisée n'est pas due à un ralliement de plusieurs détenteurs de droits autour d'une société de gestion collective, au contraire elle est le résultat d'une concentration propriétaire des droits. Il est certes impossible pour un artiste de gérer seul ses droits, c'est pourquoi les sociétés de gestion collective ont vu le jour. Cela ne peut toutefois pas justifier que de tels droits exclusifs soient réduits voire abolis au profit d'un droit de rémunération 111.

Selon le professeur Philippe Gaudrat¹¹², une inversion du paradigme est la conséquence de cette mutation du droit d'auteur. Le clivage entre droit d'auteur et droit voisin n'est que de pure forme, d'ailleurs le contenu de ces droits est de plus en plus identique. Le Traité de l'OMPI sur les phonogrammes, les exécutions et les interprétations, de par ses articles 7, 11, et 16, a assimilé le droit de reproduction des interprètes et producteurs à celui du droit des auteurs (article 9 de la Convention de Berne, aussi incorporé dans l'ADPIC). Dorénavant, le créateur et le producteur sont intégrés dans le même schéma et placés sur le même plan. À l'heure actuelle, les droits exclusifs se multiplient, se recoupent et se fondent. Les concepts de droit de reproduction et de mise à disposition du public, de représentation, de distribution et droit de « communication au public » coexistent ainsi. En lisant attentivement les articles 2 et 3 de la directive 2001/29, on peut inférer que les droits génériques de reproduction et de communication au public sont attribués sans aucune distinction ni hiérarchie aux auteurs, interprètes et producteurs¹¹³. À partir du moment où les droits ne sont plus isolés dans des ensembles distincts, « toutes les conditions sont réunies

Mihály FICSOR, <u>Collective Management of Copyright and Related Rights</u>, Geneva, World Intellectual Property Organization, 2002, p. 17.

¹¹² P. GAUDRAT, <u>loc.cit.</u>, note 9, p. 285.

¹¹³ P. GAUDRAT, <u>loc.cit.</u>, note 9, p. 286.

pour que la plus value intellectuelle et son régime soient captés par l'investisseur/producteur »¹¹⁴.

Selon le professeur Sirinelli, un déplacement du « centre de gravité » de la titularité des droits peut être observé¹¹⁵. Dans le droit anglo-saxon, les prérogatives de l'auteur sont limitées par la pratique des contrats de « *work for hire* », qui réduit l'artiste au simple rôle de prestataire technique pour l'élaboration d'une œuvre. Il apporte sa contribution au maître d'œuvre qui est le producteur, dont lui seul est propriétaire de l'œuvre achevée. La logique marchande de ce raisonnement consiste à dire que, dès qu'il y a investissement, il doit y avoir protection.

La notion d'auteur est également mise à l'épreuve par la technologie numérique en raison du développement de la création salariée et du travail d'équipe qui met en avant un modèle collectif de production culturelle. Dans le domaine musical, le binôme traditionnel compositeur/interprète semble parfois remis en cause. En effet, on peut s'interroger sur la présence d'un interprète pour la musique électronique diffusée par des haut-parleurs sans intervention d'instrumentistes. Le technicien qui assure la diffusion n'est qu'un prestataire de services techniques. L'article L.212-1 du Code de la propriété intellectuelle¹¹⁶ distingue l'interprète de l'auteur en le définissant comme celui qui représente, chante, joue ou exécute une oeuvre. On déduit de cette définition que l'interprétation suppose l'existence d'une oeuvre et que la prestation de l'interprète doit être directement au service de la création, ce qui ne peut être le cas d'un simple technicien tel un preneur de son.

L'apport des auteurs devient un simple travail qualifié, l'ensemble du schéma étant reconstruit autour du droit exclusif du producteur. Ainsi, la titularité des droits exclusifs exercés par le droit d'auteur se déplace sous la coupole du producteur, personne non-auteur. L'effectivité des droits patrimoniaux traditionnellement attachés au droit d'auteur sont remis en cause. Le droit de reproduction, tel que défini au terme de l'article L. 122-3 du CPI, permet d'envisager la fixation matérielle par

116 Ci-après CPI.

¹¹⁴ P. GAUDRAT, <u>loc.cit.</u>, note 9, p. 290.

¹¹⁵ Intervention donnée lors de la Conférence de l'ALAI « Rethinking Copyright : a roadmap to the future of copyright », en mai 2004 à l'Université d'Ottawa.

numérisation. Or, le droit du producteur naît de la fixation qui est à son tour l'élément matériel de la reproduction accordé à l'auteur (article L. 122-1 et 122-3 CPI) et à l'interprète (L 212-3 du CPI). Le producteur doit donc, afin de faire naître son droit exclusif en *fixant* l'œuvre sur un support, se faire céder au préalable l'attribut de l'auteur et de l'interprète. Le droit de représentation, défini comme « la communication de l'oeuvre publique par un procédé quelconque » (article L. 122-2), permet de l'appliquer à l'environnement numérique. Toutefois, force est de constater qu'en pratique, du fait de la dématérialisation du support, le droit de représentation perd son sens dans l'environnement numérique ainsi que sa particularité par rapport au droit de reproduction. Ainsi, la frontière entre les droits s'amenuise et les législations englobent au fur et à mesure le tout sous l'appellation de « communication au public »¹¹⁷.

Concernant les mesures techniques, celui qui conduit l'invention au point de maturité jouit alors d'un monopole à l'abri duquel il peut rentabiliser sa mise. Il va de soi que si l'inventeur a conduit l'opération sur ses propres deniers, il bénéficiera du titre, en qualité de premier déposant. D'ailleurs, rien n'interdit qu'il puisse garder cette qualité alors même qu'il est financé par autrui. En revanche, dans les faits, celui qui finance et apporte le soutien logistique sans lequel l'opération est impossible se fera céder le droit au titre. La cession constitue alors une mutation définitive. Le lien entre l'acte créatif et le droit exclusif se dissout. En postulant que, dès le départ, le droit d'auteur était en opposition radicale avec le copyright, il a été possible de justifier le rapprochement du droit patrimonial de l'auteur à la conception anglo-saxonne. Le droit patrimonial de l'auteur, réputé pour l'occasion n'être qu'un droit de nature exclusivement économique, a permis d'éradiquer méthodiquement, texte après texte, toute spécificité du droit d'auteur.

Le phénomène de durcissement du droit d'auteur va à rebours de toute une série de tendances lourdes dans l'économie et la société. Selon une méthode qui a fait ses preuves depuis deux siècles, le droit exclusif permet, à la fois, de plaider le

¹¹⁷ G. DE BROGLIE, op.cit., note 6, p. 32.

préjudiciable manque à gagner qu'occasionne aux créateurs la copie privée et de réclamer les sommes prélevées sur les supports vierges. Ainsi par exemple, alors que le numérique facilite la réappropriation et la transformation de contenus, ce qui est le principe même de construction de la connaissance, les industries de contenu cherchent à empêcher toute transformation de cette nature.

B – Le bouleversement des systèmes d'exceptions

L'absence de corrélation entre formes de droits et exceptions se profile peu à peu. En conséquence, le « centre de gravité » se déplace également au regard des exceptions du droit d'auteur. Les utilisateurs n'interviennent plus.

Jusqu'à maintenant, toutes les armes traditionnelles ont voulu empêcher plutôt que d'encadrer l'utilisation des nouvelles technologies. La confiance dans l'utilisateur est éliminée. Même si le droit d'auteur survit (et il le fera) comment permettra-t-il de concevoir les régimes exceptions? Le test des 3 étapes créé par la Convention de Berne¹¹⁸, pour le droit de reproduction, vient de retrouver une nouvelle jeunesse (A). Cela risque, toutefois, de rendre difficile l'ajustement entre les possibilités techniques et commerciales et les objectifs juridiques traduits dans les exceptions (B).

1) Le rapprochement des systèmes d'exception : le test des 3 étapes

Le triple critère est devenu un élément pivot dans les conventions internationales en matière de droit d'auteur. L'accord ADPIC ainsi que les Traités de l'OMPI ont adopté le triple critère comme modèle général pour les limitations et exceptions contenues dans chaque instrument.

Dans les pays de tradition de droit d'auteur, le système légal des exceptions est qualifié de « fermé »¹¹⁹. L'étendue du monopole exclusif accordé à l'auteur est

Article 21 de la Convention de Berne pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques, [1972] 828 U.N.T.S. 221, signé le 9 septembre 1886 est révisé en dernière date à Paris, le 24 juillet 1971.

Olivier DE WULF, <u>Le Faire Use et les exceptions au droit d'auteur : aspects de droit comparé</u>, Mémoire de DEA de Droit Comparé, Université Paris II, 2002-2003, p. 17.

présentée de façon synthétique, alors que la liste des exceptions est, quant à elle, donnée de façon analytique. L'utilité d'une telle approche est que l'analyse limitative des exceptions est interprétée dans le sens de l'auteur et renforce donc la rédaction synthétique. Ceci a l'avantage de la prévisibilité et donc, d'une meilleure sécurité juridique pour le titulaire des droits. D'autre part, l'auteur conserve une place prépondérante dans la « balance des intérêts ». L'utilisateur ne voit donc pas naître de droits à son profit. Seuls les auteurs et les titulaires de droits voisins ont des « droits ». Une des conséquences est une lecture restrictive des exceptions par les tribunaux.

Le système d'exception utilisé dans les pays de copyright est dit « ouvert ». Dans ce système, la méthode analytique prédomine en ce qui concerne les droits d'auteur. Les États-Unis admettent l'existence d'une dérogation générale (« fair use ») aux droits d'auteur. Dans ce pays la théorie de la « balance des intérêts » fait prévaloir « l'intérêt public ». Le « faire use » apporte au modèle américain une souplesse qui n'est pas celle de la France. Il permet, tel un guichet ouvert, d'intégrer de nombreuses utilisations de l'oeuvre du moment que l'acte d'utilisation de l'oeuvre répond ou non à quatre conditions 120 :

- Quelle est la finalité de l'utilisation : commerciale ou privée ?
- Quelle est la nature de l'oeuvre : informative ou de fiction ?
- Quel est le volume de l'emprunt : important, faible, mesuré ?
- Quelles sont les conséquences de cet emprunt sur le marché de l'oeuvre ?

Il revient au juge de trancher ces questions au cas par cas. Ce système génère un manque de prévisibilité, tant pour l'ayant droit que pour l'utilisateur.

Le choix semble cornélien entre la construction trop fermée et une autre dont la souplesse est assortie d'incertitude. Cependant, face à des défis identiques, des réponses semblables ont été retenues¹²¹. Faudrait-il alors s'orienter vers un modèle

Laurier Yvon NGOMBE, <u>Le droit d'auteur français et le copyright américaine</u>, Étude comparative, Paris, Presses Universitaires Septentrion, 2000, p. 25.

Par exemple, en matière de reproduction « transitoire » ou encore en matière de droit de communication publique.

permettant un point d'équilibre raisonnable ? Le professeur Sirinelli a adéquatement résumé l'enjeu : « *trop de droit d'auteur tue le droit d'auteur* » ¹²².

Parallèlement aux systèmes d'exceptions vus plus haut, une unification semble se profiler au travers du test en 3 étapes.

L'article 9.1) de l'accord ADPIC exige que les membres se conforment aux articles premier à 21 de la convention de Berne, indépendamment du fait que le pays en question soit partie à la convention de Berne ou non. L'article 13 adopte la formulation, légèrement modifiée, des trois conditions de l'article 9.2) de Berne et dispose ce qui suit :

« Les Membres restreindront les limitations des droits exclusifs ou exceptions à ces droits à certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du détenteur du droit. » ¹²³

On peut donner comme première approche retenue la disposition sur l'usage loyal de l'article 107^{124} de la *Loi sur le droit d'auteur* des États-Unis d'Amérique de 1976. Cette disposition vise principalement, dans son application, le droit de reproduction, et cela même si tous les droits de l'article 106 sont concernés. À la différence de l'article 5 de la directive 2001/29 (voir ci-dessous), il s'agit d'une

Le fait qu'une œuvre ne soit pas publiée n'interdit pas en soi de conclure à un usage loyal si cette conclusion repose sur la prise en compte de tous les facteurs susmentionnés. »

¹²² Pierre SIRINELLI, audition devant la section du cadre de vie, 25 février 2004.

Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, annexe 1c aux accords de Marrakech instituant l'Organisation Mondiale du Commerce, conclu à Marrakech le 15 avril 1994, entré en vigueur le 1er janvier 1996.

¹²⁴ Selon notre propre traduction :

[«] Nonobstant les dispositions des articles 106 et 106A, l'usage loyal d'une œuvre protégée, y compris par reproduction sous forme d'exemplaires ou de phonogrammes ou par tous autres moyens prévus aux termes de ces dispositions, à des fins telles que de critique, de commentaire, de compte rendu d'actualité, d'enseignement (y compris la reproduction en de multiples exemplaires pour l'utilisation en classe), de formation ou de recherche, ne constitue pas une atteinte au droit d'auteur. Afin de déterminer si l'usage d'une œuvre dans un cas déterminé est loyal, les facteurs suivants doivent notamment être pris en considération :

¹⁾ le but et le caractère de l'usage, et notamment la nature commerciale ou non de celui-ci ou sa destination à des fins éducatives et non lucratives;

²⁾ la nature de l'œuvre protégée;

³⁾ le volume et l'importance de la partie utilisée par rapport à l'ensemble de l'œuvre protégée;

⁴⁾ l'incidence de l'usage sur le marché potentiel de l'œuvre protégée ou sur sa valeur.

disposition ouverte quant au but de la transaction ou de l'utilisation admissible même si certains buts précis sont indiqués à titre d'exemple. Cette disposition prévoit une approche au cas par cas assortie de lignes directrices.

De toute évidence, la loyauté ou toute autre caractéristique de l'usage devra être justifiée en fonction des principes directeurs énoncés dans les deux dispositions de la loi mais il s'agit de facteurs qui semblent correspondre davantage à la deuxième et troisième condition du triple critère.

La « loyauté » peut-elle constituer un élément d'appréciation suffisamment bien défini qui a un champ d'application et une portée pouvant convenir à la première condition du critère? À première vue, la réponse à cette question semblerait être négative : la « loyauté » est un élément d'appréciation qui n'est pas suffisamment clair pour satisfaire à la première condition du triple critère. À cet égard, on pourrait soutenir que la raison d'être de la première condition du triple critère est précisément d'éviter cette indétermination afin que l'on sache clairement à l'avance quel but poursuit une exception donnée.

En outre, il ne semble pas évident que la troisième condition, soit celui du « préjudice injustifié porté aux intérêts du titulaire des droits », soit achevée dans la section 107. D'une part, aucune allusion explicite n'est faite quant aux intérêts non pécuniaires des auteurs qui font partie du champ d'application de l'article 9.2) de la Convention de Berne, même s'ils ne ressortent pas de celui de l'article 13 de l'Accord ADPIC. De plus, rien n'est dit expressément dans la section sur le besoin de veiller à ce que le préjudice causé à l'auteur, qu'il soit d'ordre économique ou non, soit proportionné ou raisonnable.

Il est tout à fait possible qu'une application judiciaire de la section 107 se conforme naturellement au triple critère. Néanmoins, la disposition est libellée d'une manière trop générale et ouverte.

Le test des trois étapes, énoncé dans la directive européenne, provient de l'article 10 du Traité OMPI sur le droit d'auteur. En revanche, la directive communautaire du 22 mai 2001 prévoit, en plus du test, une liste de limitations aux

droits d'auteur et aux droits voisins. Les États membres ne sont donc pas autorisés à reconnaître une quelconque autre limitation que celles énumérées à l'article 5. L'article 5.5 quant à lui définit les conditions que devront remplir les exceptions énoncées de manière limitative dans l'article 5, il s'agit là du test en trois étapes.

Les exceptions peuvent concerner des cas spéciaux, elles ne doivent pas porter atteinte à l'exploitation normale de l'oeuvre ou autre objet protégé, et ne doivent pas causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire de droits.

Concernant le premier critère, les exceptions exprimées sous une forme générale sont donc exclues. Il est requis que le cas ait une application, un but particulier ou limité, qu'il soit détaillé avec précision et spécifiquement prévu. En outre, une exception doit être restreinte au sens quantitatif mais également au sens qualitatif. Sa portée doit être restreinte et son objectif exceptionnel ou reconnaissable.

Le second critère a pour objectif d'éradiquer le risque de parasitisme économique. L'exception est présumée ne pas porter atteinte à l'exploitation normale, dans le cas où sa portée ne constitue pas une concurrence aux utilisations économiques ne bénéficiant pas de ces exceptions.

Le troisième critère porte la notion de préjudice injustifié. Il ne faut pas que l'exception engendre pour les ayants droits un manque à gagner injustifié. Tant les effets réels que potentiels de l'exception seront pris en considération. Cette notion nécessite l'évaluation du coût économique de l'exception. Ainsi, si ces exceptions visées permettent à des tiers d'exploiter l'oeuvre de manière concurrente aux ayants droits ou si l'exercice d'une exception affecte le marché potentiel pour l'oeuvre, elle ne pourra pas être admise.

La directive européenne adopte une conception étroite de l'exception pour copie privée. Elle attribue également aux auteurs un plus grand contrôle sur l'exploitation de leurs oeuvres afin de lutter contre le piratage. Outre les exceptions obligatoires prévues pour les fournisseurs de services et les entreprises de télécommunications ¹²⁵, la directive prévoit des exceptions facultatives pour les États membres (article 5.2 et 5.3). L'exception pour copie privée s'entend de la copie « *par une personne physique*

-

¹²⁵ Article 5.1 la Directive 2001/29/CE.

pour son usage privé et pour des fins non directement ou indirectement commerciales ». A priori, cette définition permet de larges applications de l'exception pour copie privée. En pratique, il en va autrement. En effet, en prônant le recours au techniques anti-contournement, ce que la directive accorde d'un côté de manière plutôt large, elle le retire de l'autre en encourageant les systèmes de verrouillage consistant précisément à empêcher la copie des oeuvres.

Ambiguïté notable de la directive, celle-ci fait également partie de la loi française à présent en vue de modifier l'article L. 122-5 CPI. Ainsi, l'utilisateur devra, d'une part, avoir eu « un accès licite à l'oeuvre », ce qui implique que l'utilisateur qui aura neutralisé le verrou ne pourra pas bénéficier de l'exception. D'autre part, l'exception ne doit pas porter atteinte à l'exploitation normale de l'oeuvre et ne causer aucun préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire de droits sur cette oeuvre. Il semble donc que la France ait opté pour instaurer le test comme filtre pour le juge national. La question qui se pose est de savoir si le juge pourrait être tenu de supprimer toute exception ne satisfaisant pas, ou plus, aux conditions posées. En effet, en vertu de la hiérarchie des normes, le juge français peut priver de tout effet une disposition légale au motif de son incompatibilité avec la convention de Berne, les Traités OMPI ou encore la directive européenne. Cet aspect est synonyme d'insécurité juridique. Une personne qui accomplit un acte qui lui semble légitime au regard des conditions posées par le Code de la propriété intellectuelle pourrait se retrouver quelques temps plus tard accusée de contrefaçon parce que le texte qu'elle met en pratique a pour effet de nuire aux intérêts de l'auteur.

La doctrine¹²⁶ dénonce le manque d'objectivité de ces deux derniers critères. En effet, le critère de l'exploitation normale implique que soient prises en considération toutes les formes d'exploitation actuelles et futures de l'oeuvre. En conséquence, il sera toujours loisible d'arguer, pour le titulaire de droits, que l'exercice de l'exception de copie privée affecte le marché potentiel de l'oeuvre et porte donc atteinte à « l'exploitation normale de l'oeuvre ». De plus, l'environnement numérique, de par ses

G. COURTOIS, <u>loc. cit.</u>, note 57; D. GERVAIS, «Towards a new core international copyright norm: The reverse three-step test», <u>loc.cit.</u>, note 14; OMPI, <u>op.cit.</u>, note 7; Martin SENFTLEBEN, <u>Copyright</u>, <u>limitations and the three-step test</u>, La Haye, Kluwer Law International, 2004.

caractéristiques propres, pourrait constituer à lui seul « le préjudice injustifié ». Il règne donc un certain nombre d'équivoques quant au sens et à la portée de chacun de ces trois éléments. En outre, il peut s'avérer difficile de faire cohabiter la formule générale reposant sur le triple critère et les dispositions antérieures particulières de la convention de Berne. Selon le professeur Gervais¹²⁷, nous sommes en présence d'une inversion du test étant donné la place primordiale que prend le critère de l'atteinte injustifiée au droit d'auteur par l'utilisation.

Le système est fondé sur la nature de la transmission, c'est-à-dire l'utilisation. Le problème implique que les exceptions au droit sont définies en fonction de leurs effets et non de leur nature. Il y a donc une absence totale de corrélation entre la forme des droits et les exceptions.

2) L'utilité des mesures techniques : la fin du « market failure »

À l'origine, les exceptions ont été introduites dans l'arsenal législatif du droit d'auteur pour suppléer à l'incapacité de contrôler de manière effective et d'interdire certaines utilisations de leurs oeuvres. L'exception n'est donc pas un droit.

Les systèmes techniques permettent de bloquer l'accès des oeuvres qui ne seraient pas ou plus protégées et d'empêcher l'exercice normal d'une exception reconnue par la loi. Cela implique que les utilisateurs qui souhaiteraient effectuer une reproduction ou une communication publique dans le cadre des limitations de droits exclusifs ne pourraient le faire qu'on contournant la barrière technique. L'équilibre complexe en droits d'auteur entre protection et libre usage devient donc fragile. De nombreux États européens ont insisté pour que la directive sur la Société de l'information résolve cette question mais le résultat n'est pas clair¹²⁸. Les traités de 1996 imposent aux États membres de « prévoir une protection juridique appropriée et des sanctions juridiques efficaces contre la neutralisation des mesures techniques

128 Article 6.4 de la Directive 2001/29/CE.

¹²⁷ D. GERVAIS, <u>loc. cit.</u>, note 14, p. 32.

efficaces qui sont mises en oeuvre par les auteurs dans le cadre de l'exercice de leurs droits en vertu du présent traité et qui restreigne l'accomplissement, à l'égard de leurs oeuvres, d'actes qui ne sont pas autorisés par les auteurs concernés ou permis par la loi ». Cette extension du monopole de l'auteur vers l'accès à son oeuvre est étonnante. En effet, on peut s'interroger sur le fondement de la protection des mesures techniques. Est-ce bien le droit d'auteur dans son exercice qui se trouve ainsi renforcé ou ne protège-t-on pas surtout l'investissement consacré au développement et à l'utilisation de ces mesures techniques ?

En employant les techniques de gestion numérique des droits, les titulaires devront garder à l'esprit les exceptions et limitations dans les dispositions anticontournement, ainsi que les exceptions au droit d'auteur (dans l'Union européenne du moins). L'ajustement entre les possibilités techniques et commerciales des systèmes de gestion numérique des droits, d'une part, et les objectifs juridiques et politiques traduits dans les exceptions et limitations, de l'autre, s'annonce difficile.

À l'heure actuelle, l'extension considérable du champ de l'exploitation introduite par la mutation du critère (vers le test à trois étapes vu précédemment) fait passer « ce qui était hors limites à l'intérieur de l'orbite des exceptions » 129. On voit ainsi émerger une économie d'usage où l'usage illimité est accordé aux supports matériels alors que l'oeuvre numérisée se voit « potentiellement » octroyer un usage délimité.

Lors de l'élaboration du DMCA, le rapport entre l'utilisation des systèmes de gestion numérique des droits et les exceptions au droit d'auteur, a été longuement discuté dans la perspective de l'incorporation de la notion de contournement légitime – sur la base de l'usage loyal. La doctrine de « l'usage loyal » est si malléable et dépendante des circonstances que le Congrès a finalement décidé qu'il ne pourrait y avoir aucune exception générale aux dispositions anti-contournement au titre de l'usage loyal; toutefois, cette question se présente de nouveau en liaison avec un projet de loi actuellement en instance aux États-Unis.

•

¹²⁹ P. GAUDRAT, <u>loc. cit.</u>, note 10, p. 106.

La question de savoir, si les systèmes de gestion numérique des droits et les protections juridiques qui s'y rapportent tiendront suffisamment compte des exceptions et limitations légitimes, se précisera lors de la mise en œuvre progressive de ces systèmes et des lois nationales. Il semble peu probable que tout cas de copie à usage privé, de copie aux fins d'ingénierie ou de copie dans le cadre d'un usage loyal soit autorisé par un système de gestion numérique des droits ou un contrat spécifique. Il ne fait guère de doute non plus que la législation d'application des Traités de l'OMPI n'autorisera pas le contournement dans toutes ces situations. Des utilisations légitimes seront inévitablement entravées par les systèmes de gestion numérique des droits, par les contrats passés avec les titulaires et les distributeurs de contenu et par les lois qui s'y rapportent. Les utilisateurs et les gouvernements craignent que les contrats ne viennent finalement réduire à néant les exceptions ou limitations juridiques ou judiciaires aux droits¹³⁰.

Tel que vu dans le premier chapitre, les États-Unis et la Commission européenne ont élaboré des mécanismes réglementaires publics pour évaluer si et dans quelle mesure les techniques de contrôle d'accès entravent réellement certaines utilisations qui, sans être expressément autorisées par les titulaires de droits, sont considérées être un « usage loyal » ou des « exceptions » légitimes et appropriées au droit d'auteur. Néanmoins, les organismes de défense des consommateurs, les bibliothèques, les services d'archives et les établissements d'enseignement ont exprimé des préoccupations quant à savoir si ces processus ont une portée et un poids suffisants pour permettre de procéder en temps utile aux ajustements qui pourraient s'avérer nécessaires.

Pour l'instant, l'utilisateur ne peut, en pratique, bénéficier des exceptions, dès lors qu'il ne peut accéder à l'oeuvre protégée. Il y a donc rupture de la balance des intérêts entre les ayants droits et les utilisateurs. L'article 6.4 de la directive 2001/29 vise à rétablir cette balance. L'objectif de cet article est d'encourager les mesures

Voir, par exemple, Copyright Law Review Committee, Copyright and Contract (avril 2002): rapport australien récapitulant les exposés sur la prévalence, les effets et les opportunités des contrats qui prétendent passer outre les exceptions au droit d'auteur, disponible à l'adresse http://www.law.ecel.uwa.edu.au/ipcr339/CopyrightContractAct.pdf (dernière consultation le 15 avril 2006).

volontaires prises par les titulaires de droit, à défaut desquelles les États membres devront pour cette exception adopter les mesures appropriées pour assurer que, les titulaires de droit fournissent aux utilisateurs légitimes les moyens d'en bénéficier. On voit assez mal quelles formes prendront les « mesures appropriées ». La directive laisse sous-entendre que les exceptions créent une tolérance, elles introduisent des éléments de souplesse du monopole, elles permettent au bénéficiaire d'échapper aux poursuites en contrefaçon, mais elles ne revêtent pas de prérogatives positives dont l'auteur puisse exiger en justice la mise en oeuvre.

Ces mesures volontaires apparaissent comme la pierre angulaire du système et elles pourraient donc prendre la forme d'accord entre les titulaires de droit et d'autres parties concernées telles que les utilisateurs. L'utilisateur ne peut donc revendiquer directement l'application de l'article 6.4. L'Etat pourra intervenir dans des situations complexes s'il y a carence du titulaire de droit. La contrainte pourra-t-elle être suffisante pour inciter les titulaires à adopter des mesures volontaires sans pour autant affaiblir l'efficacité des protections techniques? À ce titre la France aurait pu marquer un grand pas avec son article sur l'interopérabilité. Malheureusement, ce dernier a vu son impact affaibli par le Conseil constitutionnel.

Ce déséquilibre entre création et usage, en faveur de la création, ne s'arrête pas là. Des tensions persistent : la jurisprudence nous le montre. Avec l'affaire *Groskster*¹³¹, il est possible de voir que le fardeau s'alourdit pour les innovateurs¹³².

En l'espèce, il s'agissait de savoir si et dans quelles conditions la société *Grokster* pouvait, du fait du développement et de la distribution de son logiciel, être tenue responsable des contrefaçons effectuées par ses utilisateurs. La Cour Suprême américaine devait donc préciser, au regard de la décision *Sony*¹³³, ce que les sociétés

¹³¹ Metro-Goldwin Mayer Studios, Inc., et al. c. Gokster Ltd, and Streamcast Networks, Inc. 545 U.S. (2005) [ci-après Grokster].

Voir Paul GANLEY, « The Internet, Creativity and Copyright Incentives» (2005) 10 Journal of Intellectual Property Rights, p. 188, http://ssrn.com/abstract=876910 (dernière consultation le 13 mars 2006); Olivier HUGOT, « Copyright et innovation technologique: de Sony à Grokster, avancées et faux pas de la Cour suprême », (2005) 239 R.L.D.I. 6; Alfred YEN, «Third Party Copyright Liability After Grokster », Boston College Law School Research Paper No. 90, http://ssrn.com/abstract=885544 (dernière consultation le 13 mars 2006).

¹³³ Sonv Corp. of America c. Universal City Studio, Inc, 464 U.S. 417 (1984) [ci-après Sony].

technologiques peuvent faire sans risquer des contentieux en raison des utilisations contrefaisantes faites par les utilisateurs de leurs produits.

La décision Sony a créé un safe harbor pour les innovateurs technologiques, établissant des conditions dans lesquelles leurs agissements ne donneront pas lieu à une responsabilité indirecte¹³⁴. Dans le cas où le produit est largement utilisé à des fins légitimes, la simple connaissance du potentiel d'utilisations contrefaisantes d'un dispositif n'est pas suffisant pour engager la responsabilité de son fabricant ou distributeur. Ce havre de sécurité juridique accordé aux innovateurs n'aura duré qu'une dizaine d'années. La seule décision concernant la responsabilité indirecte en matière de copyright a perdu en clarté avec la décision de la Cour Suprême concernant Groskter. Selon la Cour, « celui qui distribue un objet avec pour but de promouvoir son utilisation afin de contrefaire le copyright, tel que démontré par des manifestations claires ou d'autres actions positives pour encourager la contrefaçon, est responsable des agissements consécutifs contrefaisants des tiers » ¹³⁵. Bien que l'inactivité n'induit pas la culpabilité, la notion d'incitation est pour l'instant nébuleuse.

Le fardeau qui repose sur les innovateurs semble bien plus lourd que dans *Sony*. Que devra faire la société qui a inventé un moyen de crypter les communications entre les utilisateurs des réseaux *peer-to-peer*? L'incantation d'Apple « ne volez pas la musique », mise sur chaque Ipod, est-elle suffisante pour échapper à toute responsabilité?

Le droit d'auteur est-il encore lui-même ? Le défi est donc de reconnaître la réalité commerciale du droit d'auteur tout en légitimant la place de l'auteur par rapport au public. Afin d'assurer la place du droit d'auteur à l'ère numérique, ce dernier doit être maintenu et renouvelé. Le rôle de l'auteur doit être accentué au risque de se trouver face à une nouvelle version de la Loi de 1709 de la Reine Anne. Mais la réalité est toute autre, le nouveau visage du droit d'auteur se fait de plus en plus

135 Grokster, précité, note 131, p. 2.

Le safe harbor est une fiction juridique qui permet d'assurer l'absence de responsabilités si les règles clairement édictées ont été suivies. Cela permet de contrebalancer, dans un souci de sécurité juridique, les règles souvent floues de la responsabilité.

précis et nous convainc de sa métamorphose rondement menée. Peu à peu, nous nous orientons vers un exercice intégral des droits exclusifs.

La technologie serait-elle un substitut? Au nom de quoi ? Comment rendre compte à travers le prisme de la théorie économique des principales caractéristiques juridiques du droit d'auteur ? Le droit d'auteur est-il justifié économiquement ? Peut-on l'améliorer ? C'est ce que nous allons tenter de voir à présent (Partie 2).

PARTIE 2: La restauration du droit d'auteur à des

fins économiques

Il est difficile de savoir pour les autorités quand et comment intervenir afin d'assurer une intervention législative efficace. Il semblerait que le droit d'auteur soit devenu un instrument, supplanté par les intérêts économiques. L'analyse économique nous permettrait de soulever le voile et de nous éclairer sur l'évolution du droit d'auteur.

Lors de la première partie, nous avons examiné la règle de droit telle qu'on la connaît. L'analyse du cadre juridique ainsi détaillé ne doit pas s'arrêter là. Malgré une baisse d'intérêt à partir des années 80, l'analyse économique du droit continue de fournir aujourd'hui aux juristes une méthode afin de contourner le statisme des systèmes juridiques.

« Cette méthode vise donc à éviter le recours systématique aux règles de droit pour une analyse plus dynamique qui tient compte de la finalité des choix opérés dans le but de provoquer certains changements législatifs » ¹³⁶.

Dans les développements qui vont suivre, nous allons nous intéresser à l'analyse des droits de propriété et des externalités dans l'économie, externalités qui sont souvent présentées pour justifier la création des droits d'auteur.

Dans un premier temps, nous allons tenter de mieux comprendre les raisons et les conséquences économiques de l'existence du droit d'auteur dans l'économie de marché (Chapitre 1). Lors de cette étude, des rationalités sous-jacentes du droit d'auteur doivent être étudiées : les coûts de transaction et l'impact sur le concept du droit d'auteur en tant que propriété de marché.

Dans un deuxième temps, une fois ce portrait établi, nous allons tenter, lors d'une étude empirique de l'industrie musicale, de voir comment vont interagir le droit d'auteur et le droit de la concurrence dans le nouveau contexte juridique mondial (Chapitre 2). De cette mise en perspective nous pourrons nous demander si le monopole légitime conféré par le droit d'auteur ne peut être, aujourd'hui, remis en question.

_

¹³⁶ Bruno OPPETIT, *Droit et Modernité*, Collection Doctrine Juridique, Paris, PUF, 1998, p. 177.

Chapitre 1 : Interférences entre droit d'auteur et droit de marché

La protection du droit d'auteur a pour objectif originel l'enrichissement de la société en favorisant la création.

L'intérêt de l'approche économique par les droits de propriété réside dans le fait qu'elle soit ancrée dans la réalité du marché et qu'elle cherche à expliquer les problèmes posés à l'analyse classique de l'économie par les formes particulières d'organisation de la production. Ces problèmes sont notamment celui de la divergence entre le coût privé et le coût social de l'évolution de la structure juridique du droit d'auteur, et celui de la maximisation du profit plutôt que de l'utilité.

L'économie est un outil essentiel pour dégager les effets des règles légales ¹³⁷. La connaissance de ces effets est centrale pour comprendre les règles que nous avons et pour décider quelles règles nous devrions avoir. L'analyse économique du droit comprend trois volets ¹³⁸: d'une part elle permet de prédire les effets des règles de droit, d'expliquer pourquoi ces règles-là existent, et d'autre part de décider quelles règles devraient exister. Ce dernier volet est de loin le plus controversé. Dans un premier temps, nous allons tenter de voir s'il est possible d'optimiser le droit d'auteur (A). Une des conséquences d'une telle analyse est de dégager la vision actuelle de la propriété artistique dans le contexte du droit des marchés (B).

A - Comment optimiser le droit d'auteur

Le droit d'auteur, en tant que propriété intellectuelle, crée des droits exclusifs et cessibles. Le droit d'auteur réalise un compromis entre, d'une part l'incitation à créer, et d'autre part, la diffusion de la création. Ce compromis doit atteindre l'équilibre entre efficacité dynamique, qui favorise les créations, et efficacité statique, qui sollicite que la création soit utilisée par le plus grand nombre.

Avant d'entrer dans nos développements, Koelman souligne le fait que le contrôle parfait des droits n'existe pas¹³⁹.

¹³⁷ D. FRIEDMAN, op.cit., note 15.

¹³⁸ D. FRIEDMAN, op.cit., note 15, p. 15.

¹³⁹ K. KOELMAN, loc.cit., note 10, p. 606.

Selon Jessica Litman¹⁴⁰, la loi est faite pour une « efficacité » et non pour une « justice » afin de réparer une faille dans le marché. Il s'agit de voir si la loi va pouvoir y remédier. Pour y parvenir, certaines variables doivent être envisagées telles les externalités, les coûts de transactions et l'intérêt social. Avant de pouvoir considérer quelle loi est la plus optimale pour la protection du droit d'auteur (2), nous allons tout d'abord nous consacrer à l'analyse économique des droits de la propriété intellectuelle et de la copie numérique (1).

1) Analyse économique du droit d'auteur et de la copie

Le réalisme de l'approche économique a comme idée fondamentale, attribuable au départ aux travaux de Ronald Coase¹⁴¹, qu'à chaque étape de l'activité productive il existe des coûts de négociations et d'information. Cette étude cherche également à démontrer la supériorité dans la plupart des cas des mécanismes du marché et la plus grande efficacité des négociations volontaires entre agents économiques par rapport à une intervention excessive des organismes gouvernementaux dans l'économie. L'exercice de droits de propriété est assorti de coûts de transactions ainsi que d'un coût privé et social.

a. Droit de propriété et coûts de transactions

Les droits de propriété jouent un rôle fondamental dans l'organisation de l'activité économique : il permet en effet à tout agent économique de bénéficier de l'exclusivité des revenus qui peuvent être obtenus par l'utilisation ou la consommation du bien qu'il a produit. Les droits de propriété permettent également à l'agent économique de définir par l'intermédiaire d'un contrat les conditions dans lesquelles il sera prêt à renoncer à son bien, c'est-à-dire selon quelles exigences il sera prêt à effectuer le transfert de son titre de propriété. En somme, les droits de propriété

Ronald COASE, Le coût du droit – Présentation et traduction d'Yves Marie Morissette, Paris, PUF, 2000.

¹⁴⁰ J. LITMAN, <u>loc.cit.</u>, note 5.

définissent les relations entre individus pour tout ce qui touche à l'existence et à l'utilisation des biens.

Deux facteurs fondamentaux servent à expliquer la manière dont se structurent des échanges de biens dans l'économie : les droits de propriété et les coûts de transactions. Ces deux facteurs agissent simultanément pour produire la solution optimale lors de l'échange.

Le droit d'auteur voit sa portée limitée par les coûts de transactions. Les coûts de transaction sont les coûts de conclusion et de mise en œuvre des contrats.

Ainsi, les droits de propriété sont acquis et utilisés pour produire le résultat dont la valeur sur le marché sera la plus élevée possible. En outre, les coûts de transactions ont une incidence fondamentale sur l'utilisation des droits de propriété. Afin que les droits de propriété soient utilisés de la manière la plus efficace économiquement, il faut, au préalable, déduire les coûts occasionnés par les transactions impliquées découlant des conditions du contrat.

Selon l'analyse économique, il existe deux cas dans lesquels la théorie économique traditionnelle ne permet pas de répondre correctement aux problèmes rencontrés dans la réalité.

Le premier cas est celui où les solutions trouvées sur le marché ne correspondent pas à l'analyse marginale qui est censée garantir une situation d'équilibre optimal : le terme généralement utilisé pour décrire ce problème est l'« externalité ».

Le second cas est celui où la théorie économique traditionnelle ne tient pas compte de l'impact de l'atténuation des droits de propriété sur les biens privés, et où le comportement des firmes correspond plus au comportement « classique » qui consiste à maximiser le profit.

L'existence d'externalités est, dans le cas présent, expliquée par les coûts associés à l'élaboration, aux échanges et à la surveillance des droits de propriété. Ainsi, il existe des cas où la situation théorique d'équilibre obtenue sur un marché caractérisé par une concurrence pure et parfaite ne correspond plus à la valeur sociale

des biens échangés, et ce, à cause des coûts de transactions élevés ou de restrictions à l'échange imposées notamment par des régimes de droits de propriété gérés par des institutions publiques¹⁴². Les coûts de transactions peuvent par conséquent justifier des comportements s'écartant de la situation d'équilibre optimal pour la société. Alors que l'approche traditionnelle considère ces externalités comme des erreurs devant être rectifiées, dans le cadre présent, elles apparaissent justifiables et intégrées dans la réalité économique puisqu'elles sont dues aux stipulations de certains contrats entraînant des coûts de transactions élevés.

Les externalités pourront être intériorisées uniquement si des droits de propriété sont accordés, à condition que ces mêmes coûts n'empêchent pas un bon fonctionnement du marché. Le système de gestion numérique des droits est censé réduire ces coûts : la copie privée en tant qu'externalité se trouve intégrée au système. Théoriquement, il n'y aurait plus aucune raison de limiter le contrôle sur l'usage du bien numérisé. Au même moment, il devient ainsi possible d'étendre les droits, par un contrôle exclusif, sur un plus grand type d'usage et de façon beaucoup plus efficace. Ainsi, non seulement une licence sera exigée pour exécuter un acte exempté selon le droit d'auteur, mais le contrôle du détenteur des droits des usages effectivement faits concernera également des activités non couvertes par la limitation des actes. Il en va par exemple du simple accès à une œuvre technologiquement protégée.

Selon Pejovich¹⁴³, toute tentative pour rectifier ces externalités, que ce soit par la voie du marché ou par le processus politique, pourra occasionner pour la société des coûts plus importants que les bénéfices qui en sont attendus. L'intérêt est donc d'analyser plus minutieusement l'impact de l'atténuation des droits de propriété sur le comportement des agents économiques. Le fait de rejeter le postulat de la maximisation du profit permet de mieux comprendre les comportements multiples des intervenants.

Dans ce contexte, les externalités doivent être internalisées afin que le prix du marché reflète la vraie valeur sociale d'un bien. Si celles-ci sont positives alors le prix sera trop bas et la demande sera plus forte que l'offre. L'existence d'externalités

¹⁴² Nous entendons par là les sociétés de gestion collective.

Svetozar PEJOVICH, <u>The economic foundation of property rights: selected readings</u>, Cheltenham, UK, Edward Elgar Pub, 1997.

peut causer une faille dans le marché et mener à une intervention de l'autorité publique. Sachant que chaque utilisateur voit une valeur dans chaque information numérisée qu'il utilise, il serait normal que cet usage rémunère les détenteurs de droits.

Le droit de propriété se décompose en trois éléments : le droit d'utiliser un bien (l'usus), le droit de s'approprier les rendements d'un facteur (le fructus), et le droit de changer la forme et/ou la substance du bien (abusus). Ce dernier élément est crucial, car il permet à un individu de procéder librement à l'échange sur le marché, de transférer les droits ou une partie des droits sur le bien à un autre individu à un prix accepté de part et d'autre. Si les droits du propriétaire sont atténués, ses attentes concernant l'utilisation de son bien seront modifiées. Le bien n'est plus défini alors uniquement par sa capacité à produire ou à satisfaire un besoin, mais aussi par les caractéristiques juridiques concernant l'utilisation et l'échange éventuels du bien.

En conséquence, la modification de la structure juridique, concernant la détention et l'échange du bien, peut être considérée comme un changement dans le panier des biens disponibles et donc comme une redistribution du bien-être. Cette modification aura pour conséquence de mener à un nouveau point d'équilibre sur une nouvelle frontière du bien-être.

Ce phénomène a un rôle très important pour la vision à long terme de la tendance actuelle concernant la politique de droit d'auteur, et notamment pour la détermination du coût privé et du coût social.

b. L'analyse du coût privé et du coût social en termes de droits de propriété

Ce sujet constitue sans doute le principal attrait de l'approche par les droits de propriété de l'analyse économique. Il permet de remettre en question tout un secteur de l'activité économique pour lequel l'intervention des pouvoirs publics était jugée indispensable. Ce sont les travaux de Coase¹⁴⁴ qui ont permis d'analyser, sous un nouvel angle, des situations dans lesquelles les actions d'une firme entraînent des coûts et des gains privés moins élevés que les coûts ou les gains pour la société.

L'important est de trouver la solution la plus efficace économiquement, c'est-àdire celle où l'utilité dans son ensemble sera la plus élevée ou encore diminuera le moins possible.

Cette analyse est tout à fait applicable à la création littéraire et artistique. En effet, même s'il a pour objet d'encourager la création, le pouvoir de monopole engendré par ce système entraîne des coûts administratifs qui peuvent constituer un frein à la création. Dans ce cas, il faudra considérer uniquement les effets désirables du système des droits d'auteur. Il faut également prendre en considération l'effet néfaste sur l'économie, et voir si des alternatives existent ayant moins d'effets pervers sur son fonctionnement. Les œuvres servent de plus en plus souvent de référence à la production d'autres biens. Le débat sur la propriété artistique ouvre une discussion sur le développement de notre société.

L'analyse de Coase montre, d'une part, que l'allocation des ressources de production sera toujours la même dans un monde où les coûts de transactions sont nuls quelle que soit la position légale, et d'autre part, que le régime juridique aura une influence fondamentale sur l'utilisation des ressources de production dans un monde où les coûts de transactions sont positifs. Lorsque les coûts de transactions sont nuls, les stipulations contractuelles peuvent modifier les droits et les obligations des diverses parties de sorte que la valeur de la production totale soit maximisée.

Lorsque les coûts de transactions sont positifs, certaines de ces stipulations contractuelles deviennent trop coûteuses à établir, voire à mettre en pratique. Ces facteurs disparaissent en incitant les diverses parties à agir de telle sorte que la partie production soit maximisée. Ces facteurs dépendent du régime juridique qui déterminera quelles stipulations contractuelles doivent être adoptées afin de maximiser la valeur de la production totale.

¹⁴⁴ COASE, R., op. cit., note 124.

Selon Coase, le résultat final déterminé par les différents régimes juridiques n'est pas évident au premier abord et sera différent pour chaque cas. Dans cette optique il est possible d'émettre quelques doutes sur l'efficacité économique d'un régime juridique international qui accorde une protection identique à toutes les créations littéraires artistiques et qui ne tient pas compte des spécificités d'un produit et du marché qu'il vise.

Nous avons cherché à démontrer l'importance qu'il faut attacher à l'organisation et aux spécificités de chaque circuit économique, à comprendre l'écart entre la réalité et l'équilibre théorique observé dans un monde de concurrence pure et parfaite où les coûts de transactions sont nuls. Les coûts de transactions sont un élément déterminant pour expliquer l'organisation de l'activité économique. Les coûts de transactions sont directement liés aux droits de propriété qui structurent les échanges entre agents économiques.

L'analyse présentée jusqu'ici montre l'importance de droits de propriétés bien définis et facilement négociables pour garantir une plus grande efficacité économique. Toutefois, une question n'a pas encore été résolue : le marché des idées doit-il être traité différemment de celui des biens ?

c. L'analyse économique du choix du téléchargement illégal

Le *peer-to-peer* repousse des limites jusque-là jamais atteintes. Pourtant, l'étude de Xavier Greffe¹⁴⁵ recentre parfaitement la problématique autour de ce qui a toujours constitué le fond des industries culturelles : Où sont les liquidités ? Qui en contrôle la circulation ?

Le droit de reproduction peut être étudié économiquement sous deux perspectives : soit expliquer le copyright comme un encouragement ou alors dans le contexte des coûts de transactions. Quel que soit l'angle sous lequel on se place, le paradoxe reste le même : le déséquilibre entre l'encouragement à la création (soit la rétribution) et l'accès. Plus précisément, on peut observer une sous-production à

¹⁴⁵ X. GREFFE, op.cit., note 16, p. 164.

cause de l'insuffisance de la protection pour les producteurs et une sous-utilisation à cause de cette même protection (dans un marché de pouvoir).

La protection des systèmes de gestion numérique des droits apparaît comme étant une mesure collatérale permettant justement d'éviter d'affronter les difficultés économiques. À aucun moment il n'est question de justice. L'effet recherché de cette législation était de diminuer les coûts de transactions. À présent, cela va bien au-delà, en permettant une portée du droit d'auteur qui rappelle celle des imprimeurs. Il est impossible d'obtenir, au même moment, une efficacité maximale tant dans la production que dans la distribution. En effet, alors que l'efficacité requiert que le producteur reçoive le prix le plus élevé possible, le réseau de distribution va avoir pour objectif de ne rien faire payer à l'usager. Un équilibre doit être ainsi trouvé entre le gain pour la société de favoriser la créativité et la perte sociale de n'avoir aucun usage libre. Il est difficile de mesurer l'efficacité ou l'inefficacité des mesures techniques et de leur protection; de ce fait il devient quasiment impossible de distinguer avec certitude le niveau optimal d'exclusivité que le droit devrait ou doit conférer. Si l'on considère que nous sommes à ce niveau optimal, alors il peut être prévu comment le législateur devrait réagir face à un changement de circonstances 146.

En vue de simplifier une telle analyse, il nous faut partir du « dernier maillon de la chaîne ». Le comportement du consommateur doit être effectivement rationalisé au moment où il fait ses choix pour ensuite pouvoir en tirer les conséquences qui en résultent quant à l'allocation des ressources. L'objectif de cette démarche est de voir comment il est possible d'influer sur le choix du consommateur (en tant qu'agent économique).

Avant toute chose, il nous faut postuler et affirmer que le marché ne saurait fonctionner à la gratuité. «L'argument vaut de l'apprentissage selon lequel les internautes finiront par acheter sur le marché à force d'avoir expérimenté les produits sur Internet n'est rien moins que fallacieux »¹⁴⁷.

¹⁴⁶ R. POSNER et W. LANDES, « An economic Analysis of Copyright Law » (1989) 18, J. Legal Stud., p. 325-363.

¹⁴⁷ X. GREFFE, <u>op.cit.</u>, note 16, p. 164.

Le comportement de l'agent économique consommateur se situe entre deux limites. La première limite est constituée par un niveau du prix suffisamment fort pour rendre la copie utile. En considérant ce niveau, le consommateur décidera si le risque de sanction dépasse ou non l'économie qu'il ferait en téléchargeant illégalement. La deuxième limite se situe là où le prix est faible au point de rendre la copie illégale inintéressante. Face à la deuxième limite, le consommateur évaluera si copier illégalement vaut la peine de prendre le risque. Le choix peut se résumer entre le montant de la pénalité et le prix d'achat légal.

Xavier Greffe, lors de son étude, illustre¹⁴⁸ cette nouvelle limite de la manière suivante :

Tableau II : Facteurs déterminants le comportement illégal du consommateur

Soit Σ : le montant de la pénalité en cas de fraude	$\Sigma = 0$	$\Sigma = 5$	$\Sigma = 5$
Soit P : le prix d'achat légal	P = 10	P = 10	P = 2
Choix du consommateur	Σ < P	Σ < P	Σ > P

Dans le cas où $\Sigma < P$, le téléchargement illégal sera retenu car la probabilité de sanction peut être nulle ou encore le risque de fraude (5) expose à une pénalité inférieure au prix d'achat (10).

Si $\Sigma > P$, le bien qui peut être obtenu gratuitement sera payé car le paiement est raisonnable et le met à l'abri de tout risque de sanction.

Le système de pénalisation ne pourra être pleinement performant que lorsque le coût de la fraude sera élevé au point Σ optimal. Ce niveau peut être atteint si le montant des pénalités augmente ou si le taux de détection s'accroisse.

-

¹⁴⁸ X. GREFFE, op.cit., note 16, p. 165.

Il semblerait que l'individu soit plus sensible au facteur de détection qu'à celui de l'amende. Toutefois, afin d'élever la probabilité de détecter les fraudes, il faut tenir compte de l'élévation des coûts administratifs d'une telle procédure. Si, pour passer une pénalité de 5 à 10, il faut supporter une augmentation du coût de détection de 5 points ou plus, la fraude sera supprimée au prix d'un impôt additionnel équivalent ou supérieur. L'industrie culturelle risque de s'y brûler les ailes ; elle devra démontrer que l'on ne peut y arriver de manière moins onéreuse.

À ce titre, l'industrie culturelle a adopté une tactique en trois mouvements afin de tenter de modifier le comportement social des internautes : poursuites, législation, persuasion. Sans aller trop loin, la loi ne fait partie que d'une stratégie plus vaste. Elle n'est plus une fin, un préalable à la vie en société, mais un moyen afin de changer l'image de la société. Mais alors peut-on déterminer une loi optimale en matière de copyright ?

2) Quelle loi est optimale pour la protection du droit d'auteur ?

Les coûts d'une mise en œuvre de la législation peuvent s'avérer très élevés. Selon Kamiel Koelman, la solution choisie était prévisible, « as there are fewer printers than bookshops, it is cheaper to control printers than it is to detect infringements of the exclusive right of distributing a work »¹⁴⁹. Selon le professeur Friedman, nous tendons vers un niveau de protection bien au-delà de ce que le droit d'auteur est supposé prodiguer. Les mesures de contournement sont illégales selon certaines lois ; cela veut donc dire que nous retournerons dans le monde de 1900 où les détenteurs de droits pouvaient se protéger sans l'aide du droit de reproduction. Aussi le problème serait-il moins de savoir si la propriété artistique doit être protégée ou non, plutôt que de savoir jusqu'à quel point elle doit l'être pour que la loi soit optimale (b). L'analyse économique des copyrights a érigé un cadre théorique qu'il est nécessaire d'aborder, afin de voir jusqu'à quel point les producteurs ont intérêt à

¹⁴⁹ K. KOELMAN, op. cit., note 10, p. 9.

voir leur propriété protégée et jusqu'à quel point il convient que cette propriété soit limitée afin que les producteurs n'abusent pas de leur position de monopole (a)¹⁵⁰.

a. Les intérêts respectifs des producteurs et des consommateurs

Le droit d'auteur peut être protégé soit par le marché (par une entente entre les agents économiques) soit par la loi. Dans les deux cas, la maximisation du bien-être social doit être un objectif de base. Comme nous l'avons vu précédemment, si la protection légale atteint un niveau maximum, alors l'intérêt des auteurs et producteurs sera amélioré mais celui des consommateurs se dégradera. À l'inverse, le marché numérique peut rendre difficile la situation des auteurs et améliorer celle des consommateurs. Il s'agit donc de trouver cet équilibre entre les intérêts en présence.

La première analyse de la loi optimale sur le droit d'auteur est le fait de Arnold Plant en 1934¹⁵¹. Son étude a pour objectif de découvrir si un système sans copyright a une influence sur la création. À son époque, il s'agissait de savoir si l'industrie du livre serait amenée à disparaître en l'absence de protection légale. Pour ceux qui font de l'écriture leur profession, la carence de protection induirait le recours au patronage ou au mécénat. Selon Plant, la loi sur le copyright n'est pas nécessaire pour stimuler la créativité. Pour lui, la protection accordée devrait être la plus courte possible, c'est-à-dire durant la période où la plupart des ventes sont réalisées. Une fois cette phase écoulée, le marché pourrait par lui-même mettre fin à la vie des livres sans succès.

En 1966, Hurt et Schuchman ont, dans leur étude¹⁵², considéré tant les enjeux d'ordre moral qu'économique. Ils considèrent que les copyrights ne constituent pas véritablement une incitation à la création. Plus encore, ils estiment que les incitations monétaires au moyen de mécanismes fiscaux d'aide aux revenus des auteurs seraient plus profitables. Dans leur étude, ils abordent également la question de savoir si les copyrights sont le moyen le plus économique de mettre des barrières à l'entrée des pirates. Les coûts de mise en oeuvre et d'application de la loi sont supérieurs à des

¹⁵⁰ X. GREFFE, op.cit., note 16, p. 59.

Arnold PLANT, «The economic aspects of copyrights in books» (1934) 1/2, Economica, p. 167-195.

Robert HURT et Robert SCHUCHMAN, «The economic rationale of copyright» (1966) 56, American Economic Review, p. 431.

moyens que l'éditeur pourrait mettre en oeuvre. Hurt et Schuchman estiment que le producteur dispose d'autres moyens pour prévenir le piratage, en fournissant par exemple des services personnalisés aux consommateurs.

La contribution de Breyer¹⁵³ s'inscrit dans le cadre d'un débat législatif sur la durée des droits d'auteur dans le système de protection américain en 1970. En l'occurrence, la question était de savoir si l'on devait substituer le système existant, où la protection d'une durée de 28 ans était suivie d'une option pour une prolongation supplémentaire de 28 ans, à un système (tel qu'en Europe) où la protection portait sur toute la durée de vie de l'auteur plus une période de cinquante ans. Revenant sur un argument déjà développé par Plant, Breyer constate que l'effet de la durée de vie « économique » des livres est souvent de l'ordre de trois ans. Une protection trop longue alourdit donc les coûts de transactions sans inciter véritablement la créativité.

Selon la tendance générale, Novos et Waldman¹⁵⁴ contribuent à une analyse défavorable des effets des lois sur le copyright. Selon leur thèse, les consommateurs sont d'autant plus incités à copier illégalement que les prix sont élevés et que les possibilités de téléchargement sont nombreuses. D'autre part, l'actif culturel présente une composante intangible et une composante tangible. Seule la deuxième peut faire l'objet d'une exclusion. Compte tenu de cet état de fait, ils considèrent que les copyrights peuvent engendrer une sous-production et une sous-qualité. En effet, en raison d'un prix de monopole élevé, les consommateurs achètent moins, alors même que ceux-ci seraient disposés à payer un prix supérieur au coût marginal mais inférieur au prix de monopole. Face à cette tendance, le producteur sera, à son tour, incité à réduire la qualité de ses biens. L'analyse faite par Novos et Waldman est la première à prendre en compte le coût du copiage par rapport au coût légal du bien. Toutefois, la théorie de Landes et Posner¹⁵⁵ est celle qui a le plus contribué à l'analyse actuelle des droits de la propriété intellectuelle. Un auteur ou producteur n'aura intérêt à produire une oeuvre que si le revenu attendu est net du coût de fabrication des copies et supérieur à son coût d'expression. Le coût d'expression est celui qu'il

155 W. LANDES et R. POSNER, loc.cit, note 146.

Stephen BREYER, « The uneasy case for copyright: A Study in copyrights in books, Photocopies and Computers programs » (1970) 84 Harv. L. Rev. 281-351.

¹⁵⁴ Ian NOVOS et Michael WALDMAN, «The effects of increased copyrights protection: An analytic approach » (1984) 92/2, Journal of Political Economy, p. 236-246.

faut supporter pour mettre au point une œuvre. Si E(R) est le revenu escompté, Cp le coût des copies et Ce le coût de créativité, l'oeuvre ne sera produite que s'il on a :

$$E(R) - Cp > Ce$$

Le pirate, au contraire, n'a pas de coût d'expression à supporter :

$$E(R) - Cp > 0$$

Nous avons déjà vu que les pirates eux-mêmes doivent supporter certains coûts de violations de la loi (Cv). Ce coût peut-être faible compte tenu des probabilités d'être sanctionné. Aussi faut-il considérer la condition suivante :

$$E(R) - Cp > Cv$$

Toute augmentation du copyright a deux effets contraires. Elle incite à l'augmentation et à la diminution des revenus nets de la production de biens culturels. En effet, le créateur doit payer des droits sur tous ces emprunts au créateur précédent pour réaliser sa propre création.

La théorie de Koboldt¹⁵⁶ part du comportement de celui qui copie pour savoir quelle serait l'influence des lois sur ses propres choix. Le coût de production d'une copie, soit k, doit être envisagé par la loi pour conduire alors à faire varier le niveau de k. Si la valeur de l'original (k') est inférieure à k, alors les copies illégales seront exclues du marché. Toutefois, les producteurs d'originaux risquent d'adopter une attitude monopolistique. C'est pourquoi les pressions doivent être maintenues pour éviter de tels comportements ; le copyright doit alors être supérieur à k et maintenu à un niveau limite du copyright k''.

Le copyright doit donc être à la fois suffisamment faible et suffisamment fort par rapport à k. On doit avoir :

Plus la substituabilité entre l'original et les copies sera parfaite, plus k' sera élevé.

La théorie de la croissance endogène, utilisée par Xavier Greffe dans son ouvrage¹⁵⁷, énonce l'idée que, malgré un manque à gagner pour le producteur par

¹⁵⁶ Christian KOBOLDT, « Intellectual Property and optimal Copyright Protection » (1995) 19 Journal of Cultural Economics, p. 131-155.

¹⁵⁷ GREFFE, X., op.cit, note 16, p. 59.

l'absence d'une protection suffisante, ce producteur peut bénéficier de retombées de la mise sur le marché d'autres oeuvres. En effet, la diversité stimule les goûts artistiques. L'oeuvre peut ainsi susciter un intérêt croissant et élargir, de ce fait, le marché des biens artistiques. La première conséquence d'une protection affaiblie de la propriété artistique est de rendre moins onéreux les investissements pour d'autres oeuvres dans l'avenir. Le flux d'innovation est ainsi garanti par un coût d'utilisation diminué des oeuvres.

Un autre effet de l'existence de nouveaux biens est l'accommodation du consommateur à l'achat de ses biens. Cela induit une possibilité d'extension des marchés car le consommateur augmentera son pouvoir d'achat réel. Pour le producteur initial comme pour tous les autres, la consommation de tels biens se trouve ainsi renforcée. Il a été prouvé par le passé que l'accès à la lecture gratuitement a suscité un intérêt croissant pour les lecteurs, un intérêt qui se manifeste encore à l'heure actuelle pour l'édition littéraire.

Le cas de la copie illégale perturbe non seulement le rapport entre le producteur/éditeur et ses copieurs mais également la relation entre l'auteur et le producteur. Nous avons déjà envisagé précédemment que l'intérêt du copieur est fonction de la menace qui pèse sur lui. Nous allons aborder à présent le prix d'accès à l'œuvre.

Le producteur va tenter de modifier le comportement du copieur en fixant un prix au-dessus de son coût marginal, mais en deçà de ce qu'il pourrait espérer si le degré de protection était absolu. À l'heure du numérique, les périodes au cours desquelles l'éditeur fait apparaître l'oeuvre sur le marché et la période au cours de laquelle la copie illégale va effectivement apparaître sont quasiment concomitantes¹⁵⁸. Le prix doit donc être défini de façon optimale dès le départ. Les prix doivent être raisonnables, de sorte que l'exploitation du marché de la copie illégale puisse se partager avec celui du marché légal. En effet, la copie illégale présente également des coûts. Dans cette hypothèse, l'original et les copies sont supposés parfaitement substituables. Le pirate potentiel devra évaluer son coût

Harry Potter en est le meilleur exemple. Alors que le livre a été préservé de toute diffusion avant sa sortie mondiale, quelques heures à peine après celle-ci, le livre était déjà scanné et diffusé sur le réseau. Il en va de même pour l'adaptation cinématographique.

d'entrée, c'est-à-dire le prix pour acquérir le bien, mais également son risque de sanction¹⁵⁹.

En conséquence, il faut rechercher le degré de protection optimal. Des graphiques détaillés et des formules pertinentes ont été ébauchés afin de modéliser les copyrights¹⁶⁰. La difficulté reste toutefois de confronter les variables suivantes : le niveau de protection, le prix de la copie, le nombre de copies et le coût marginal. Il est en effet problématique de réunir sur un schéma « papier » une vision à la fois statique et dynamique de l'économie des copyrights. Toutefois, seules ces variables permettent de discerner un début de réponse.

Le nombre de copies est fonction du prix de la copie et du niveau de protection accordée à l'offre. Le coût marginal pour le producteur ou le pirate varie en fonction de certains facteurs déjà vus : cette donnée n'est donc pas statique mais dynamique. Si l'on considère β comme le niveau de protection accordé à l'œuvre, il varie entre 1 – la protection maximale et 0 – la protection nulle. Il faut préciser que la protection inclut la durée, l'efficacité et le coût d'une telle protection. Soit ρ le prix de l'œuvre originale, soit q la quantité de copies produites variant de 0 à 1 (que l'origine soit légale ou illégale), nous devons considérer la fonction $q(\rho)$ qui détermine le marché de la demande de copies de l'oeuvre. La fonction $q(\beta)$ illustre l'influence du niveau de protection sur la quantité de copies produites : plus la protection sera élevée, moins grand sera le nombre de copies. Une dernière variable doit être considérée, soit le coût marginal de la copie cm, c'est-à-dire le coût de fabrication de la dernière unité vendue de cet objet. Ce coût varie en fonction des coûts respectifs de la copie légale et illégale, mais aussi selon le type d'œuvre en cause. Rappelons que pour la copie légale, les coûts administratifs doivent être pris en considération en plus du coût de production et de rémunération de l'auteur. Le coût d'une copie illégale doit tenir compte de son coût d'investissement, de son coût d'entrée sur le marché et celui de la

159 Coût de la violation (Cv) + Coût technique.

Pour nos développements, les ouvrages suivants ont été source d'inspiration: W. LANDES et R. POSNER, op.cit., note17, p. 75; GREFFE, X., op.cit., note 16, p. 61; Richard WATT, Copyright and Economic Theory, Cheltenham (Grande-Bretagne), Edward Elgar, 2000.

sanction éventuelle. Le schéma suivant doit être considéré comme « actif » car la fonction *cm* varie verticalement.

Figure 1 : Variables déterminants la protection optimale par le droit d'auteur

La forme linéaire de chacune de ces fonctions est une simplification. L'intérêt du consommateur pirate est que le prix de l'original soit très élevé ou très faible. En effet, si le prix est très élevé, il restera alors une forte demande à satisfaire, et cela même si le coût d'entrée est élevé pour le pirate également. Si le prix est trop faible, bien que la demande à satisfaire soit moindre, le coût d'entrée sur le marché est réduit d'autant. Cela permet de gonfler les profits sur le segment restant.

Pour simplifier la compréhension du schéma, considérons 4 points A,B,C,D.

Au point A, le prix de l'original est relativement bas, ce qui maintient à la baisse le nombre de copies. Au point D, le coût élevé de l'original provoque l'apparition d'une quantité élevée de copies.

Au point B, le niveau de protection de l'oeuvre relativement faible favorise la prolifération de copies. Au point C, le niveau de protection élevé permet de maintenir le nombre de copies relativement bas.

L'éditeur a donc intérêt à pratiquer un prix raisonnable (K') combiné à une protection raisonnable alors que le copieur a intérêt à ce que le prix de l'original soit cher ou faible. Si le producteur souhaite une protection maximale, alors son prix devra être élevé étant donné que son coût marginal sera d'autant plus haut. Les copies inonderont alors le marché. Un niveau raisonnable de la protection (K'') devrait être retenu en conséquence. Le producteur pourra ainsi anticiper quelle quantité il peut raisonnablement prévoir de vendre (K).

b. Quelle définition optimale du droit d'auteur?

En résumé, au coeur de l'analyse économique repose l'objectif de maximisation de la valeur nette qui est tirée de la production et de la consommation d'oeuvres de création. Les lois sur le droit auteur contribuent de deux manières au fonctionnement du marché des oeuvres. Tout d'abord, ces lois clarifient les droits de propriété qui rattachent de telle manière que des oeuvres de création puissent être transigées plus aisément sur le marché et cela, sans conflit de titularité. Ensuite, économiquement, les lois sur le droit d'auteur distinguent les intérêts divergents des créateurs et des utilisateurs en identifiant certains équilibres entre les incitatifs réels ou potentiels à la création et l'habilité concurrente des utilisateurs à exciter ces mêmes créations. « Attendre le juste équilibre entre l'accès et l'incitation à la création constitue la problématique fondamentale du droit d'auteur » 161. L'analyse économique du droit d'auteur a pour objectif de déterminer le niveau de protection susceptible de résoudre la problématique coûts/bénéfice. Les bénéfices permettent de procurer une augmentation de revenus en faveur des créateurs et donc, d'accroître l'incitatif nécessaire à la création de nouvelles oeuvres. Les coûts des inconvénients d'un tel niveau de protection accrue sont : premièrement, une augmentation des coûts de création d'oeuvre compte tenu du degré relatif d'emprunts aux oeuvres préexistantes, deuxièmement, la limitation de l'accès aux oeuvres par ceux qui seraient privés de puissance, et enfin troisièmement, l'augmentation des coûts de surveillance et

¹⁶¹ W. LANDES et R. POSNER, loc.cit., note 146, p. 326.

d'administration liés aux besoins accrus de la gestion numérique des droits, de contrats privés, ou du système judiciaire.

Toute problématique coûts/bénéfices se résout par la détermination d'un niveau d'activité reflétant l'équivalence entre les bénéfices marginaux et les coûts marginaux. Le bénéfice net du droit d'auteur ne pourra donc être optimal qu'en cas d'équivalence entre les bénéfices marginaux et les coûts marginaux résultant de l'augmentation du niveau de protection. Le seul bénéfice issu de l'augmentation du niveau de protection de droit d'auteur est l'augmentation de la création. Aucune logique ne saurait donc justifier l'augmentation des niveaux de protection s'il s'avérait que celle-ci n'avait pas pour effet de stimuler la création d'oeuvres. Un des aspects particuliers de l'analyse économique du droit d'auteur est qu'elle ne privilégie pas les droits des créateurs sur ceux des utilisateurs. La valeur marginale d'un dollar est donc traitée de manière strictement équivalente, que celle-ci bénéficie aux créateurs ou qu'elle bénéficie aux utilisateurs.

Un des enjeux essentiels de la loi est de savoir quelle est la pénalité effective que l'on devrait imposer aux pirates. Le pirate crée un bénéfice, en menaçant les comportements monopolistiques, et suscite un coût, en privant le créateur de ses revenus. Il y a donc une quantité optimale de pirates en vue d'assurer le bien-être de l'utilisateur et du créateur¹⁶². L'existence d'une loi de protection fait en sorte que les pirates doivent supporter un coût additionné à celui de la simple production. Le résultat d'ensemble préconise plutôt des droits limités et par contre très fortement protégés¹⁶³. La loi optimale n'a donc pas pour objectif d'éradiquer tout piratage mais de créer cet équilibre idéal entre innovation et rémunération.

B-Le droit d'auteur : une propriété de marché

La numérisation du support signifie-t-elle la fin de la propriété ? Bien que l'on puisse répondre par la négative, cette assertion doit être justifiée par un examen des

¹⁶² R. WATT, op.cit., note 160, p. 68, p. 158.

François LEVEQUE et Yann MENIERE, Économie de la propriété intellectuelle, Paris, La Découverte, 2003, p. 75; W. LANDES, et R. POSNER, op.cit., note 17.

traits actuels de la propriété artistique¹⁶⁴. Les droits de propriété sont une institution nécessaire au bon fonctionnement d'une économie de marché. La théorie économique a démontré que les droits de propriété fournissent des incitations à la gestion prudente des ressources rares, et à l'invention des meilleures utilisations.

Selon Posner, le marché des idées doit être régulé tant que le coût de cette régulation est inférieur au bénéfice que l'on peut en attendre. Le coût de cette régulation comprend la sphère sociale lorsqu'il y a restriction de la circulation des idées et les coûts liés aux erreurs de régulation. D'autres auteurs prennent le contrepied de Posner. Bien qu'il ne soit pas évident que la propriété des idées doive s'analyser comme celle des biens, le problème de la propriété artistique actuelle vient de ce que le copyright a été reconnu non pas comme un droit de propriété mais pour garantir la rémunération de la créativité.

Sans vouloir figer le droit de propriété dans ses formes spécifiques, la conception économique de la propriété intellectuelle semble prendre le pas sur la conception classique (1). Une propriété utile et vouée à circuler semble ainsi prédominer (2).

1) Ressemblance et dissemblances de la propriété artistique au regard de la conception générale de la propriété

Certaines objections ont été traditionnellement faites à la propriété intellectuelle envisagée comme propriété ordinaire ; la controverse semble s'être décantée. Au terme d'une évolution, la qualification et la nature de droits de propriété sur des biens incorporels semblent admises.

La majorité des spécialistes en la matière voit, dans ces droits de la propriété intellectuelle, un droit de propriété plein de nuances reflétant des conceptions diverses. Ainsi, une certaine doctrine 165 rattache la propriété intellectuelle à la propriété de droit commun en s'appuyant sur la notion de valeur économique à

¹⁶⁴ Ejan MACKAAY, « L'économie des droits de propriété émergents sur l'Internet » (1997) 9/3 C.P.I. 281-300.

Jean-Michel MOUSSERRON, « Valeur, bien, droit » dans <u>Mélanges Breton Derrida</u>, Paris, Dalloz, 1991, p. 282.

laquelle est assimilé le bien objet de propriété. D'autres encore ont une conception dualiste du droit d'auteur, combinant droit de propriété et droit de la personnalité ¹⁶⁶. Ejan MacKaay propose, quant à lui, une analyse économique de la propriété. L'auteur envisage en effet la propriété intellectuelle comme « une espèce » de propriété car « si elle présente certains traits communs avec la propriété classique sur les biens matériels, elle s'en distingue aussi dans ces aspects essentiels » ¹⁶⁷. Le droit d'auteur est un droit de propriété, et même « la plus sainte des propriétés », selon Lamartine, mais un droit de propriété de nature singulière, notamment en raison de son objet immatériel.

Toutefois, selon Alexandra Abello¹⁶⁸, la nature immatérielle de l'objet, si elle peut affecter le régime d'un droit, n'affecte pas la nature de droits de propriété. Si certains ont pu penser que « *le droit de propriété sied mal à l'impalpable* » ¹⁶⁹, cela résulte essentiellement de l'image que la propriété reflète sur la possession. Un raisonnement pourrait renverser une telle proposition. Toujours selon Alexandra Abello:

« Si l'on doit dire qu'il ne peut plus y avoir de véritable propriété sans possession, alors la propriété est conditionnée par la possession, ce qui la rend plus fragile. Dès lors, une propriété qui fait l'économie de la possession pourra être analysée comme plus puissante. [...]En matière de propriété intellectuelle, à l'égard de laquelle la possession matérielle n'a en principe pas de sens, le droit ne se trouverait pas diminué par l'absence dans cet objet de dépendance, le droit serait donc plus fort. »¹⁷⁰

La propriété intellectuelle apparaît telle une propriété en avance sur son temps et sur la propriété ordinaire. De ce point de vue, sans que disparaisse la cohérence, la théorie de la propriété est mise à l'épreuve. Au contraire, on gagne en cohésion puisque l'on révèle une nouvelle adhérence commune à tout objet de propriété.

167 E. MACKAAY, «La propriété intellectuelle et l'innovation - Analyse économique des droits »
 (2003) 119, Dr. et pat., p. 63.
 168 Alevandra APELLO «La contraction»

169 D. TERRÉ - FORNACCIARI et Marie-Anne FRISON – ROCHE, « Quelques remarques sur le droit de propriété », <u>Vocabulaire fondamental du droit</u>, Archives de philosophie de droit, Sirey, 1990, tome 35, p. 239.

¹⁷⁰ A. ABELLO, <u>loc.cit.</u>, note 168, p. 344.

¹⁶⁶ Frédéric POLLAUD-DULIAN, Le droit d'auteur, Paris, Economica, 2005.

Alexandra ABELLO, «La propriété intellectuelle, une propriété de marché», dans FRISON-ROCHE, M-A. (dir.), <u>Les régulations économiques : légitimité et efficacité</u>, coll. «Thèmes et Commentaire», Paris, Dalloz, 2004, p. 342.

La propriété intellectuelle présente une particularité structurelle qui n'est pas sans rappeler le modèle féodal de propriété. Cette particularité permet de concevoir la propriété comme un instrument économique plutôt que comme l'achèvement de l'individualisme juridique.

Si l'on conjugue « propriété » et « besoins », la propriété devient par nature un instrument. De ce fait, le non-usage n'est plus admissible : ne pas faire usage de son bien va à l'encontre de sa fonction instrumentale. Le « besoin » englobe à la fois celui qui permet de retirer un avantage financier du droit de propriété, c'est-à-dire le besoin de la personne individuelle, et celui qui procure un bien-être à la société dans son ensemble à l'égard de l'activité de la personne individuelle.

Toutefois, il faut faire preuve de circonspection.

« En effet, si l'objet en question n'est plus utile, le droit devient moins fort et contestable. Les contours du droit passent alors par l'usage. Si l'usage est moins légitime et l'utilité décroît, la propriété est moins forte. De plus, une fois que l'on a pensé la propriété par rapport aux besoins de son titulaire, il faut penser aux tiers qui ont aussi des besoins. [...] Outre que, cette théorie révèle une certaine modernité, elle permet de constater que lorsque cette finalité disparaît parce que le but ou la fonction disparaît ou diminue, il est légitime que la propriété disparaisse. »¹⁷¹

Cette alliance entre propriété et besoin révèle ainsi une certaine instrumentalisation du droit de propriété. A ce titre, il apparaît pertinent de s'arrêter un instant sur le régime féodal en tant que régime économique. Pour une même terre, les droits de chasse pouvaient être détenus par des tiers tout en coexistant avec les droits concernant les produits de la terre conservés par les propriétaires. La propriété était donc concédée selon les nécessités de chacun. Le régime féodal de la propriété dévoilait un système élaboré, pragmatique et complexe, fait de rentes et d'utilités multiples. En ce sens, la propriété intellectuelle s'en rapproche très fortement. En effet, de façon similaire, une même chose peut être l'objet de plusieurs maîtrises, par plusieurs personnes et à plusieurs titres. Nous sommes en présence de propriétés simultanées.

Le caractère temporaire est compatible avec une propriété plénière, en ce sens la propriété intellectuelle et le droit de la propriété britannique se ressemblent. En

-

¹⁷¹ A. ABELLO, <u>loc.cit.</u>, note 168, p. 354.

effet, le système britannique permet au propriétaire d'un bien immobilier de concéder un droit temporaire mais d'une durée assez longue sur son bien foncier. Ce contrat est perçu, selon la conception anglaise, comme un contrat de vente¹⁷². Le titulaire de ce droit pourra, s'il le désire, mettre le bien en location. La différence de nature n'a pas de conséquences pendant cette durée. Certes, la propriété intellectuelle n'est pas identique à la véritable propriété, mais ses spécificités n'engendrent pas de conséquences le temps que dure la propriété.

Le caractère temporaire du droit de propriété intellectuelle marque l'émergence d'une conception générale de la propriété utile. Le droit d'auteur est un droit économiquement efficace du fait de cette utilité.

2) Une propriété utile et vouée à circuler

Selon Marie-Anne Frison-Roche¹⁷³, l'économie de marché n'a jamais signifié l'absence de droit et cela même dans la conception la plus minimaliste de l'encadrement juridique de l'économie. Un marché, en tant que système d'échanges, « renvoie aux principes libéraux de libre accès pour les offreurs, de compétition possible entre eux, de liberté des demandeurs d'acquérir, l'ensemble supposant la liberté contractuelle et la propriété privée » 174. L'existence de la propriété publique n'est pas exclue pour autant. L'économie de marché est donc née du droit et demeure encadrée par ces instruments ainsi que ses exigences.

L'économie de marché recentre l'intérêt autour de la valeur du bien¹⁷⁵. La maîtrise de la chose, en tant que premier élément de définition d'une propriété de marché, est le préalable nécessaire au rendement de cette valeur. Pothier, dans son analyse de la propriété féodale, rappelle que celui qui a le domaine utile était

Cette forme de propriété est appelée « leasehold » par opposition à la conception classique, « freehold » qui octroie un droit de propriété libre et perpétuel.

M-A. FRISON-ROCHE, « Définition du droit de la régulation économique » dans FRISON-ROCHE, M-A. (dir.), <u>Les régulations économiques: légitimité et efficacité</u>, coll. « Thèmes et Commentaire », Paris, Dalloz, 2004, p.7.

^{&#}x27;'' <u>ld.</u>, p. 9

Marthe TORRE-SCHAUB, <u>Essai sur la construction juridique de la catégorie de marché</u>, Paris, L.G.D.J., 2002.

considéré comme le véritable propriétaire alors que le seigneur n'avait que le domaine éminent¹⁷⁶. Jouir signifie bien plus qu'avoir le titre de propriété.

L'exclusivité assure la circulation des biens au bénéfice des tiers. Ainsi, l'exclusivité est utile, elle est centrale en propriété intellectuelle. Mais on ne peut fonder la nature de la propriété sur l'exclusivité si celle-ci signifie exclure. C'est le propre du droit de la propriété industrielle d'être fondée sur le partage. La valeur de l'œuvre ne vaut que si elle est diffusée. La propriété intellectuelle est donc davantage tournée vers les tiers, même si elle n'est pas faite pour les tiers mais pour le titulaire. Le marché englobe tous les intervenants économiques et crée une interdépendance entre eux.

En outre, le marché repose sur la circulation des biens. La propriété ne doit pas être figée, la propriété ne vaut que si elle est exploitée. L'utilité est donc intégrée à la conception économique de la propriété intellectuelle.

Cette vision révèle l'enjeu de la régulation ; un équilibre entre les utilités doit être atteint. Les utilités ainsi coexistent sur le marché à l'égard du titulaire, à l'égard de tout tiers et à l'égard de la collectivité dans son ensemble. Ainsi, le défi pour la propriété intellectuelle est de satisfaire toutes les utilités en présence.

Les économies nationales sont interdépendantes au point que les règles juridiques le sont également. Les biens échangés deviennent de plus en plus complexes : peu d'objets aujourd'hui proposés ne s'accompagnent pas d'un droit de propriété intellectuelle. La richesse actuelle provient de l'accroissement qualitatif de la production et de la diversité. Désormais, il devient incongru d'évoquer le développement de l'économie libérale sans songer à l'innovation.

Lors de leur étude, les propriétés intellectuelles ne doivent pas être pensées différemment des autres propriétés physiques selon William Landes et Richard Posner¹⁷⁷. Selon ces auteurs, étant donné qu'il s'agit toujours de prérogatives que l'on s'échange sur des marchés, les théories économiques ordinaires doivent être appliquées de la même façon. Le libre-échange interfère donc avec la propriété

 ¹⁷⁶ D. TERRÉ - FORNACCIARI et Marie-Anne FRISON – ROCHE, op.cit., note 169, p. 243.
 177 W. LANDES et R. POSNER, op.cit., note 17.

intellectuelle, tout comme la concurrence. En prenant appui sur ces interférences, plusieurs sortes d'articulation peuvent être conçues. Les interférences sont factuelles alors que les articulations sont érigées. En vertu de cette conception, la libre concurrence a toujours été posée comme principe, et le monopole en vertu d'une propriété intellectuelle, l'exception. La conséquence de cette articulation entre un principe et une exception est politique : la politique doit mener une action à long terme au moyen de règles. L'articulation traduit une hiérarchie de valeurs au bénéfice du principe ; ceci implique une réduction du champ de l'exception.

Ce passage obligé par la politique pour construire des interférences entre propriété intellectuelle et droit des marchés suscite une tentation manifeste de l'OMC, qui s'octroie un rôle pour allier libre-échange et développement économique. Les juges américains dans l'affaire Napster¹⁷⁸ ont également succombé à la tentation. En réalité, il s'agissait de résoudre d'une manière économiquement rationnelle et juridiquement satisfaisante la controverse séculaire entre marché monopolistique et marché concurrentiel.

Certains faits économiques doivent être exposés afin de faciliter la compréhension de cette affaire. Marta Torre-Schaub¹⁷⁹ explique que pour le droit américain du copyright, il s'agissait de savoir comment régler le problème des coûts fixes posés par les biens communs. La loi américaine sur le copyright a résolu cette question en accordant au créateur de l'oeuvre un droit limité à l'exclusion. Ce droit d'exclusion donne au créateur un certain pouvoir de monopole qui devrait couvrir les coûts fixes de l'investissement sans être pour autant sujet aux forces destructrices de la libre concurrence. Toutefois, ce droit exclusif ne permet pas un contrôle absolu lorsque le bien est non-rival ou non-exclusif, c'est-à-dire lorsque le consommateur a eu accès à l'œuvre sans passer par le créateur ou par son contrôle. Les créateurs protégés par un droit de copyright peuvent difficilement contrôler tous les usages et

¹⁷⁸ A & M Records, Inc. c. Napster Inc 114 F. Supp. 2d 896 (ND Cal. 2000), revised in part, 239 F. 3d 1004 (CAF 2001).

M. TORRE-SCHAUB, « La place de l'analyse économique dans le droit américain du copyright. L'affaire NAPSTER, entre usage légitime, le droit à exclure et pouvoir de marché », dans FRISON-ROCHE, M-A. (dir.), <u>Droit et économie de la propriété intellectuelle</u>, coll. « Droit et économie », Paris, L.G.D.J, 2005, p. 385.

toutes les distributions de leur création lorsque leur bien se pose comme non rival et non exclusif. C'est précisément sur cette faille de la loi du copyright, concernant les mécanismes classiques de distribution, que les marchés alternatifs « gris » ou « noirs » sont venus se nicher.

En évaluant l'atteinte au marché de la musique sur Internet, les experts ont su faire fléchir les juges en faveur des titulaires du copyright. L'analyse économique du droit a donc été essentielle dans l'affaire Napster.

Le juge ne pouvait considérer qu'il y avait violation du copyright seulement dans le cas où Naspster faisait un usage commercial des fichiers protégés. En l'occurrence, il n'était pas évident qu'il y avait effectivement usage commercial. C'est pourquoi les juges ont eu recours à l'analyse du dommage au marché au moyen d'expertises économiques. Ces expertises se sont donc penchées sur la quantité d'oeuvres téléchargées, l'existence ou non du bénéfice financier et la question de licence d'exploitation. Napster alléguait que les demandeurs avaient uniquement un monopole sur le marché des CD qui ne pouvait être étendu à un autre marché : celui de la distribution en ligne. Les juges n'ont pas accepté qu'il puisse y avoir plusieurs marchés pertinents, ils ont fait prévaloir la virtualité de la création du marché MP3 par les demandeurs. En occultant ainsi tout abus de marché, il ne pouvait donc y avoir eu de cession tacite de licence d'exploitation. L'analyse du droit de la concurrence est inachevée et insatisfaisante sur ce point précis.

L'argument soulevé par les défendeurs concernant l'abus d'usage et l'abus de monopole a été mis de côté. Selon Napster, les deux abus des demandeurs constituaient des pratiques anticoncurrentielles étant donné que cela pouvait restreindre l'accès à des œuvres non enregistrées. La troisième question étudiée était celle de l'impact sur la libre concurrence, ce qui impliquait l'analyse du dommage aux marchés.

Le dernier élément qui a permis aux juges de conclure à une violation du copyright est l'impact sur le pouvoir de marché des demandeurs. À ce titre, les rapports des experts économiques ont eu une grande importance. Ces derniers devaient démontrer que le pouvoir de marché des titulaires de copyright était affaibli, voire en danger. Le rapport Olkin établissait que 87,1 % des fichiers de musique

appartenant aux titulaires de copyright étaient utilisés sans autorisation au travers de Napster. Bien que le rapport Jay divergeait concernant les chiffres, il concluait également à la violation de la loi du copyright. Selon l'expert Jay, Napster avait fait naître une concurrence sur le marché des titulaires du copyright. Les deux rapports concluent que « le comportement des usagers et de Napster, apportant des produits de substitution dans des circonstances qui font qu'il y a une différence très importante dans les prix, fait qu'il semble rationnel de conclure qu'il existe un comportement caractérisant l'existence d'un marché noir ». Le rapport Fader soutenait au contraire que Napster avait donné naissance à de nouveaux marchés de musique digitale et encourageait la vente sur le marché légal. Au final, les juges ont privilégié l'idée que Napster érigeait des barrières à l'entrée du marché du téléchargement digital de musique pour les demandeurs.

Au regard de ce cas d'espèce, sommes-nous en droit de nous demander si l'objectif premier est de protéger le copyright ou le pouvoir de marché ? L'argument de la libre concurrence des demandeurs a été écarté sans plus d'explication. À l'époque, la possibilité d'un marché concurrentiel constituait un danger inenvisageable pour les demandeurs. Depuis, l'interaction entre le droit d'auteur et la concurrence s'est accrue avec la mondialisation, et nous voyons se dessiner un nouveau modèle de marché du téléchargement légal (Chapitre 2).

Chapitre 2 : L'interaction entre le droit d'auteur et la concurrence à l'épreuve de la mondialisation

Le problème d'ajustement entre l'économie de marché et la régulation est issu de la non coïncidence entre les territoires de la normativité juridique et les marchés économiques dont on voudrait réguler le fonctionnement. Cette explosion des territoires est associée au phénomène de la mondialisation. Selon Marie-Anne Frison Roche¹⁸⁰ il y a un rapport dialectique entre régulation et mondialisation. Au même moment où les procédés de régulation sont eux-mêmes affaiblis parce que les régulations publiques ont perdu les frontières à l'intérieur desquelles elles se déployaient, les comportements devraient être mieux encadrés. Ce phénomène est désigné souvent comme la nécessité d'une « régulation de la globalisation ».

La globalisation, en ce qu'elle désigne l'explosion de la mobilité internationale, est un phénomène déjà connu par l'empire romain. Il en découle un phénomène d'interdépendance car le pays qui apparaît dominant devient également dépendant des pays conquis. C'était le cas pour Rome, aujourd'hui c'est le cas des États-Unis.

Cette mobilité est reliée à la concrétisation du droit. La nature du droit ne se trouve pourtant pas heurtée car le tangible et l'intangible sont encore distincts. La difficulté vient de la virtualité de cet espace où circulent les immatériels. Le droit, ne pouvant plus se saisir de la chose, a été repensé en tant qu'outil du néo-mercantilisme intellectuel (A). Malgré cela, la régulation a suivi son cours et l'on voit se profiler une nouvelle concurrence sur le marché du téléchargement légal (B).

A – La marchandisation du droit d'auteur

Le noyau dur du droit d'auteur s'est déplacé vers un centre de gravité plus marchand. Ainsi, une logique d'investissement semble avoir pris le pas sur celle de l'innovation (A). Le marché de la création semble être en pleine transformation. L'industrie musicale serait —elle le chef de file de ce nouvel état de fait ? L'étude de

Pour approfondir la question voir : M-A. FRISON-ROCHE, (dir.), <u>Les risques de régulation</u>, coll. « Thèmes et Commentaire », Paris, Dalloz, 2005.

l'industrie musicale s'avère être des plus pertinentes en ce que cette dernière a tout fait pour s'armer juridiquement afin de conserver ses acquis (B).

1) La logique d'investissement domine la logique d'innovation

L'investissement est une source essentielle pour la propriété intellectuelle. Toutefois, l'objectif d'innover a toujours été le leitmotiv de la propriété intellectuelle. L'article 1, section 8, clause 8 de la Constitution des États-Unis pose le principe de la prééminence du progrès sur les créateurs :

«The congress shall have power...To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to authors...the exclusive Right to their respective Writings.»

Le droit d'auteur représente la dette que contracte la société envers un créateur qui fournit, en contrepartie, la jouissance de son oeuvre. Réciproquement, la créance que l'auteur possède sur la société s'accompagne de l'obligation de lui être profitable¹⁸¹. L'intérêt économique doit inciter le créateur à plus et mieux produire. Par conséquent, le droit d'auteur est un préalable nécessaire à l'accroissement de la production et de la consommation culturelle.

À l'heure actuelle, la création dans une logique d'innovation n'est plus. La logique d'investissement mène le jeu. La valeur du contenu est dorénavant appréciée du seul point de vue de la rentabilité et du profit. La reconnaissance d'une propriété intellectuelle se conçoit à partir du contenu et non plus de l'expression. L'investissement s'est avéré aux yeux de certains comme une « valeur à défendre » le l'expression. Certains investissements méritent ainsi d'être protégés contre un comportement parasite. Le parasitisme est la reconnaissance par le juge que certaines pratiques sont indues. Ainsi, ce mécanisme a été utilisé pour protéger le système de diffusion cryptée de télévision de Canal + en Belgique le l'expression n'est possible subrepticement, un droit sui generis de se défendre. Cette assertion n'est possible

¹⁸² P. GAUDRAT et M. VIVANT, op.cit., note 93, p. 38.

¹⁸¹ B. EDELMAN, op.cit., note 2, p. 214.

¹⁸³ Il n'existe pas en Belgique une loi permettant d'invoquer un droit privatif comme en France.

qu'au regard de l'analyse faite des droits d'auteur. Dans une tradition séculaire, le droit d'auteur tente d'élaborer un équilibre entre intérêt du créateur, intérêt de l'exploitant et intérêt du public. Comme il a été analysé dans la première partie de cette étude, le paradigme propriétaire se recentre autour des seuls intérêts de l'exploitant. Philippe Gaudrat et Michel Vivant discernent parfaitement ce phénomène :

« En substance : on sacralise officiellement les principes et, dans un même temps, on les neutralise, dans l'attente du moment où l'on pourra les éliminer définitivement et sans résistance. » 184

La multiplication des droits exclusifs sur l'investissement et l'accumulation des prérogatives décisives autour de l'investisseur constituent les deux axes de cette stratégie. On entend par accumulation, la superposition des prérogatives sur la tête d'un seul et même intervenant : le producteur/éditeur. Ces prérogatives sont de trois dimensions : les droits voisins, les droits cédés par les créateurs, les droits en tant qu'investisseur. Comme il a déjà été dit, ces trois dimensions se recoupent et se fondent. En effet, le pouvoir de contrôle de l'accès est désormais entre les mains du producteur.

La rémunération indirecte sur le support vierge a permis à l'exploitant d'étendre son ascendance sur la plupart des supports numériques par le biais du droit des producteurs de bases de données. L'également, il ne peut y avoir de sites Internet, d'oeuvres multimédia, sans bases de données. L'investisseur a donc réussi à créer sa propre assiette de rémunérations, distincte de celle du droit d'auteur le moment, le créateur n'a pas encore été évincé. Il détient toujours le pouvoir d'autoriser la numérisation de l'oeuvre et son inscription dans une base de données. Toutefois, Internet ne peut être cloisonné sans territoires, le marché ne peut donc pas être segmenté. Pour cette raison, la rémunération forfaitaire de l'auteur tend à se généraliser.

Il n'y a rien d'illégitime à ce que l'investissement soit protégé. L'enjeu est de savoir, encore une fois, à quel point et sur quels fondements il doit l'être. Il

¹⁸⁴ P. GAUDRAT et M. VIVANT, op.cit., note 93, p. 41.

Pour approfondir la question voir : P. GAUDRAT et M. VIVANT, op.cit., note 93, p. 41.

¹⁸⁶ Sur la base des sommes prélevées sur les supports vierges.

semblerait que le droit de la concurrence permette de « réguler » cet aspect, dans une certaine mesure.

Contrairement à la loi canadienne, la loi antitrust américaine ne contient aucune disposition traitant de l'interrelation des deux régimes de droit. Le sujet a cependant fait l'objet de décisions des tribunaux américains¹⁸⁷. Bien que les décisions ne concluent aucune présomption de violation des lois antitrust découlant de l'exercice de droit d'auteur, un courant jurisprudentiel minoritaire estime le contraire¹⁸⁸. En raison de cette divergence, le département américain de la justice a publié des lignes directrices¹⁸⁹. Trois grands principes peuvent ainsi être dégagés. En premier lieu, afin de déterminer toute violation aux lois antitrust, la propriété intellectuelle est comparable à toute forme de propriété. En deuxième lieu, la propriété intellectuelle n'est pas présumée conférer la puissance commerciale susceptible de donner lieu à l'application du droit antitrust. Enfin, il est reconnu que la concession des droits de propriété intellectuelle permet aux entreprises d'ajouter des facteurs de productivité complémentaires ayant des effets pro concurrentiels.

L'article 32 de la Loi sur la concurrence canadienne vise spécifiquement les agissements qui, liés à la concession de droit de propriété intellectuelle, ont pour objet « d'indûment limiter, restreindre ou empêcher la fabrication ou le commerce un produit ou d'en augmenter le prix ». Disposition rarement invoquée par le Commissaire, elle n'a jamais été interprétée par les tribunaux.

Les articles 78 et 79 concernent l'abus de position dominante dans le but d'empêcher l'entrée ou la participation accrue sur le marché d'un concurrent ou d'éliminer un concurrent. Ces articles ont été invoqués à deux reprises. Dans l'affaire

U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, «Antitruts Guidelines for the Licensing of Intellectual Property» (1995), http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/0558.htm (dernière consultation le 19 avril 2006).

¹⁸⁷ Voir: United States v. Grinnell Corp., 384 U.S. 563, 571 (1966); United States v. Aluminum Co. of America, 148 F.2d 416, 430 (2d Cir. 1945).

¹⁸⁸ Voir Jefferson Parish Hospital District No. 2 v. Hyde, 466 U.S. 2, 16 (1984) (dans son dictum il exprime l'idée que si un produit est protégé par un brevet, "it is fair to presume that the inability to buy the product elsewhere gives the seller market power"; au contraire pour O'Connor, J., concurring: "[A] patent holder has no market power in any relevant sense if there are close substitutes for the patented product."). Voir aussi Abbott Laboratories v. Brennan, 952 F.2d 1346, 1354-55 (Fed. Cir. 1991) (aucune présomption d'un pouvoir de marché du fait d'un droit de propriété intellectuelle), certiorari contré, 112 S. Ct. 2993 (1992) ainsi que Digidyne Corp. v. Data General Corp., 734 F.2d 1336, 1341-42 (9th Cir. 1984) (un pouvoir économique est présumé découler d'un copyright), certiorari contré, 473 U.S. 908 (1985).

NutraSweet¹⁹⁰, Le Tribunal a estimé que les pratiques contractuelles de la société avaient eu pour effet de créer des barrières à l'entrée et de préserver la position dominante. Dans l'affaire Télédirect¹⁹¹, bien que le Tribunal ait conclu que la tentative d'étendre son droit de propriété intellectuelle peut constituer un abus de position dominante, elle ne l'a pas retenu dans les faits. En l'espèce, l'octroi sélectif d'une licence constitue une prérogative du titulaire de droits ; il s'agit là d'un simple exercice de son droit. Dans le même sens, l'affaire Warner Music 192 a permis au Tribunal de refuser l'octroi d'une licence obligatoire à BMG pour lui permettre de reproduire des enregistrements musicaux pour ses ventes par l'entremise d'un club de commande postale de disques. Selon le Tribunal, l'article 75 de la Loi ne s'applique pas au simple exercice d'un droit de propriété intellectuelle. Les droits d'auteurs ne sont pas des « produits » au sens de l'article 75. Selon la décision, « le droit accordé par le législateur d'exclure autrui est fondamental en matière de propriété intellectuelle et ne peut être jugé anticoncurrentiel » 193. Cette position est regrettable car il semblerait qu'à l'heure actuelle l'enjeu se situe précisément au niveau de la position dominante et des ventes liées. Au regard de cette jurisprudence, il est possible de conclure que seul l'article 32, rarement utilisé, est susceptible de s'appliquer à l'exercice des droits de la propriété intellectuelle 194.

En Europe, la Cour de Justice des Communautés européennes a reconnu progressivement l'applicabilité des règles communautaires de la concurrence aux droits intellectuels. L'affaire *Deutsche Gramophon*¹⁹⁵ a permis, pour la première fois, d'appliquer la distinction existence/exercice du droit de propriété au domaine de la libre circulation des marchandises. La Cour observe que ce droit de propriété est porteur d'un risque de cloisonnement des marchés. Lors de cette affaire, la Cour a

¹⁹⁰ Canada c. NutraSweet Co., (4 octobre 1990), 32 C.P.R. (3d) 1, p. 34.

¹⁹¹ Canada c. TéléDirect Inc., (26 février 1997), 73 C.P.R. (3d) 1.

¹⁹² Canada c. Warner Music Canada Ltd., (18 décembre 1997), 78 C.P.R. (3d) 321.

¹⁹³ Canada c. Warner Music, précité, note173, p. 15.

D'ailleurs les lignes directrices émises en 2001 vont dans le même sens: « Document de consultation sur les questions de droit d'auteur à l'ère numérique » produit par la Direction de la politique de la propriété intellectuelle - Industrie Canada et la Direction de la politique droit d'auteur- Patrimoine Canadien, le 22 juin 2001. À la lecture de ce document, il est évident que l'article 32 demeure un recours d'exception.

¹⁹⁵ Deutsche Gramophon, CJCE, 8 juin 1971, aff 78/70, Rec CJCE 1971, p. 487.

consacré la théorie de l'épuisement du droit d'auteur et des droits voisins afin d'éviter des distorsions entre les marchés nationaux.

Les droits d'auteur permettent également d'abuser d'une position dominante. La Cour a posé comme principe, lors de Parke Davis 196 et d'EMI Records 197, que posséder un monopole ne signifie pas automatiquement détenir un marché. Toutefois, en 1995, la Cour a eu l'occasion d'inclure une dérogation. Ainsi, un monopole détenu sur un marché peut être condamnable sur la base de l'article 82 du Traité des Communautés européennes quand il donne à l'entreprise le pouvoir d'empêcher l'accès à un autre marché dérivé ou voisin. Selon cette logique, on pourrait faire un parallèle entre le marché cybernétique et le marché traditionnel. Le principe de coexistence du droit d'auteur et du droit des marchés a fait l'objet d'aménagements tant du point de vue des ententes (article 81) que des monopoles (article 82). Concernant l'article 81, ces aménagements sont restés souples quant au droit d'auteur, pour les marques et les brevets l'encadrement s'est révélé plus rigide. En revanche, une application évolutive et extensive de l'article 82 a permis à la Cour de prolonger la jurisprudence Magill¹⁹⁸ au marché primaire avec l'Ordonnance du Président du TPICE¹⁹⁹. Dans cette affaire, le titulaire d'un droit d'auteur s'est vu obligé, par une décision de la Commission, d'accorder une licence d'exploitation à ses concurrents directs qui intervenaient sur le même marché. Il semblerait que le droit d'auteur soit devenu un simple droit à rémunération face au droit de la concurrence, il est vidé de sa substance.

Mais il ne s'agit là que d'un symptôme. Selon le Professeur Caron, l'objet du droit d'auteur est démesurément étendu, ce qui rend de nombreux principes inapplicables. Le fait de protéger par la propriété littéraire et artistique des informations brutes ne peut que provoquer des décisions de la Commission comme en l'espèce. L'application du droit de la concurrence semble intervenir face à une dénaturation du droit d'auteur, au moment même où cet équilibre fragile entre

¹⁹⁶ Parke Davis, CJCE, 26 février 1968, aff 24/67, Rec CJCE 1968, p. 82.

¹⁹⁷ EMI Records c. CBS United Kingdom, CJCE, 15 juin 1976, aff 51/75, Rec CJCE 1975, p. 1473.

Magill TV Guide c. ITP, BBC et RTE, CJCE, 6 avril 1995, affaires jointes C-241/91 et C-242/91. La Cour de Justice a jugé dans cette affaire qu'il n'existait pas de droit d'auteur car celui-ci était utilisé comme « un instrument de l'abus », à un point que cela le faisait sortir du champ spécifique du droit d'auteur.

¹⁹⁹ IMS Health Inc c. Commission, CJCE, 26 octobre 2001, aff T-184/01, Rec CJCE, p. 3193.

l'intérêt de la création et de la société est rompu. Il est vrai que la décision de la Commission aurait été inquiétante si l'œuvre concernée avait été un film ou une œuvre musicale, mais on ne sait jamais jusqu'où peut aller le phénomène de contagion.

Le droit d'auteur n'accorde pas de vrai monopole pour la simple raison qu'il n'est pas possible pour le détenteur des droits d'empêcher ou de gêner l'entrée sur le marché d'un concurrent par des substituts. En outre, le détenteur doit tenir compte des prix pratiqués par les concurrents. Les produits ne sont pas identiques, néanmoins ils se partagent un marché et l'attention du consommateur. C'est pourquoi on peut qualifier la situation actuelle de façon plus adéquate, selon Robert Merges, de « concurrence monopolistique » 200. L'augmentation des prix affecte le niveau de consommation et d'utilisation. C'est pourquoi limiter l'objet du droit d'auteur devient essentiel, cela permet de contenir le pouvoir des détenteurs dans ses frontières.

Il peut arriver que l'économie de marché nécessite une organisation spécifique en raison de la particularité du secteur concerné. Il n'est donc pas contradictoire pour une économie libérale d'être l'objet de régulation dès l'instant où on ne peut se contenter de l'offre et de la demande, dont le principe demeure acquis. À ce titre, les États-Unis ont vu leur économie faire l'objet d'intervention réglementaire de façon relativement précoce. Comparativement, le droit de la concurrence agit au coup par coup afin de ramener à l'ordinaire des comportements déviants. Toutefois, le droit de la concurrence contient également des mécanismes juridiques issus du processus de régulation. À ce titre, la théorie des facilités essentielles est une façon jurisprudentielle d'arriver à un système de régulation. Ce mécanisme organise *a posteriori* l'accès des tiers à des réseaux d'infrastructure monopolistique²⁰¹.

La loi française du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques illustre cette volonté d'équilibre. La régulation renvoie un droit qui demeure politique par la prise de position qu'il exprime. La régulation, traditionnellement propre au droit public, s'immisce peu à peu là où les pouvoirs unilatéraux sont exercés,

Robert MERGES, « The New Institutional Economics » (2000) 53, Vanderbilt L. Rev., p. 1859.
 Nous allons étudier leur application concrète concernant le téléchargement légal un peu plus loin.

notamment au sein des industries culturelles. Sans pouvoir renvoyer à un corpus de règles, la régulation demeure une façon de parler du droit. À ce titre, l'analyse de l'industrie musicale permet de cerner concrètement les effets de la régulation.

2) Cas de l'industrie musicale : organisation industrielle

« La globalisation a acquis valeur de paradigme » écrit André-Jean Arnaud²⁰². L'industrie musicale montre le meilleur accomplissement de ce processus. En 2001, cinq majors²⁰³ occupaient 76% du marché mondial de la musique enregistrée et concentraient près de 96% des ventes²⁰⁴. Cette proportion semble être la même depuis le milieu des années 80. Le point commun entre les quatre premières compagnies est leur ancienneté, tandis que Vivendi Universal n'apparaît qu'à la fin des années 1990, reprenant notamment les activités musicales de Philips.

En 2003, face à la montée de la concurrence et du piratage, Sony et Bertelsmann fusionnent leurs branches musicales. Sony BMG est désormais d'un poids équivalent à Vivendi Universal sur le marché musical. Depuis la fusion des activités musicales de Sony et Bertelsmann, ces majors ne sont plus que quatre²⁰⁵. La réduction du nombre d'acteurs coïncide avec un affaiblissement de leur position sur le marché, moins en terme de parts de marché que de résultats financiers. Les majors occupent en effet toujours une position plus que dominante sur le marché du disque. Mais ce marché a nettement rétréci ces dernières années dans toutes les zones géographiques.

Certes, il existe des producteurs indépendants, mais ces derniers sont également soumis aux exigences de la distribution qui veut optimiser son rendement. Les distributeurs indépendants limitent leurs catalogues afin de minimiser les risques.

²⁰⁴ Topi TALONEN, « Disruptive Technologies and The Music Industry » (2003) Présentation Power Point, Telecommunication Softawre and Media Laboratory, Helsinki.

²⁰² André-Jean ARNAUD, <u>Entre modernité et mondialisation</u>. <u>Cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État</u>, coll. « Droit et société », Paris, LGDJ, 1998.

²⁰³ BMG, EMI, Warner Music, Sony, Vivendi Universal.

Warner Music et EMI avaient envisagé de fusionner en 2000. Les deux majors auraient pu former la société détenant le plus de droits d'enregistrement au monde. La Commission européenne avait ouvert une enquête antitrust sur cette fusion. L'abandon du projet n'a pas permis à la Commission d'approfondir la question.

Cette situation conduit les producteurs indépendants à passer des accords avec les majors pour leur confier la mise en place et la valorisation de leurs enregistrements.

Internet est, pour les maisons de disques, le seul moyen d'assurer une visibilité exhaustive, opportunité que la distribution traditionnelle n'est plus en mesure d'offrir. Si l'on fait un retour dans le passé, on peut observer qu'en 130 ans d'existence, la musique enregistrée a fait face à au moins six grands bouleversements technologiques. Depuis l'invention du phonographe, puis du gramophone, l'industrie musicale a connu de très nombreuses évolutions technologiques, qui ont, à chaque fois, permis et accompagné sa croissance. À l'essor de la radio, inventée avant la Première Guerre mondiale, fait suite la généralisation du disque, inventé dès le 19ème siècle, mais dont le modèle technologique a tardé à s'imposer. Dans l'Entre-deuxguerres se développe le 78 tours, remplacé en 1947 par le 33 tours. Le magnétophone est inventé en 1935 et c'est l'invention de la cassette par Philips en 1964 qui permet la démocratisation de ce produit, véritable précurseur de toutes les formules de musique mobile. Puis vient le tour du CD (1983), complété par le minidisque, au moment où l'arrivée d'Internet bouleverse l'industrie musicale (1992).

Les succès industriels se sont toujours accompagnés d'une intense activité artistique. Philips et Sony se sont battus sur le terrain industriel. Parallèlement, les deux entreprises ont respectivement développé une importante activité de production musicale. Après le point marqué par le Néerlandais avec la cassette audio, les deux entreprises sont à égalité pour la paternité du CD. À partir des années 1980, Sony reprend la main d'abord avec le walkman, puis, au début des années 90 avec le minidisque, dernière évolution technologique à provenir du giron de l'industrie musicale.

Les surfaces de vente ne sont pas extensibles ; pourtant le nombre de références commercialisées ne cesse d'augmenter. Cela s'explique pour deux raisons. Tout d'abord, la qualité artistique des oeuvres produites importe peu, les directeurs artistiques recherchent des produits calibrés. La radio, principal réseau de distribution et de diffusion, joue le rôle d'arbitre dans ce domaine. La stratégie marketing consiste à tester le contenu auprès d'un panel d'auditeurs. Tout titre ne retenant pas l'intérêt de

l'auditeur dès les premières secondes d'introduction est supprimée de la liste de programmation.

En outre, les grandes et moyennes surfaces ont provoqué la disparition des disquaires par leur concurrence tarifaire. Aujourd'hui, 55 % des ventes de disques en France sont réalisées par ces grandes surfaces. Les grands spécialistes tels que la FNAC, Virgin Megastores et Extrapole détiennent 30 % du marché²⁰⁶. Sur Internet il est plus difficile d'estimer avec précision le volume du marché à l'instant t. Les enseignes de la grande distribution semblent avoir pris le train en marche. Chacun développe son propre site Internet pour vendre de la musique tel que Wal Mart.

Ainsi, la concentration des intervenants sur le marché s'accompagne d'une convergence des produits sur le marché. Les distributeurs et les producteurs veulent minimiser leurs risques et optimiser leurs rendements, c'est pourquoi les catalogues d'oeuvres se concentrent sur les produits qui présentent le moins de risque.

Tous les domaines de la culture sont atteints par le même phénomène : une dichotomie de la production semble se profiler. Il y a donc les succès d'un côté, et le reste des produits de l'autre. Que ce soit le domaine de l'édition des livres, de celui de la musique ou encore du cinéma, aucun n'échappe à cette tendance. Il est possible d'observer que l'offre de films explose et le nombre de copies par film augmente. Corrélativement, le public en salle diminue et se concentre sur quelques succès.

Les majors du disque travaillent sur des titres qui se vendent en général à plus de 50 000 exemplaires. La crise conjoncturelle rencontrée par l'industrie musicale accentue cette polarisation autour des succès. L'existence de producteurs indépendants peut compenser ce déséquilibre, mais les réseaux de distribution misent également sur de forts tirages. Ainsi, le phénomène de concentration s'explique par le rôle joué des majors et de la distribution. L'industrie de l'édition musicale a donc, petit à petit, pris le contrôle de la « chaîne des valeurs »²⁰⁷. Les éléments suivants sont inclus dans cette chaîne : la création de contenu, la production, la fabrication, la vente

²⁰⁶ Christophe LE COURTOIS, « L'industrie musicale face au nouvel environnement technologique » (1999) www.etudiants.ch/upload/documents/ (dernière consultation le 20 septembre 2006).

OCDE, « Contenus numérique haut débit : la musique », Rapport non classifié du Groupe de travail sur l'économie de l'information de décembre 2004: www.oecd.org/dataoecd/11/54/34992262.pdf (dernière consultation le 24 avril 2006), p. 41.

et le marketing, la distribution, la vente en gros et de détail. Les majors disposent d'un réseau mondial de filiales en mesure de gérer les ventes, la distribution et le marketing.

Il est possible de conclure que le secteur importe peu et que, les pouvoirs de marché se situent au niveau de la maîtrise de la distribution. En raison de l'économie d'échelle qui accompagne l'accroissement de la taille des marchés²⁰⁸, le niveau de concentration est bien plus élevé au niveau de la distribution que de la production musicale. Les coûts de distribution ne sont, en effet, amortis que lorsque les quantités sont importantes. C'est pourquoi les majors contrôlent entièrement la chaîne des valeurs par une forte intégration verticale²⁰⁹.

Cette « polarisation entre des produits à audience mondiale et des produits destinés à des aires plus restreintes »²¹⁰ repose sur deux axes. Tout d'abord, il est impossible d'évaluer les chances de succès d'un bien culturel. En revanche, grâce à des études économétriques menées a posteriori sur les produits, il est possible de déterminer un certain nombre des ingrédients de la réussite²¹¹. Malgré cela, l'incertitude persiste du fait que les biens culturels ne soient pas substituables. La prise de risque reste un élément déterminant. Il est essentiel que les quelques produits qui génèrent des profits compensent les pertes occasionnées par le lancement de tous les autres²¹². L'industrie musicale, pour gérer la crise, a décidé de démultiplier les titres proposés pour augmenter les chances de gagner des marchés²¹³. Afin que l'investissement soit rentable, le produit doit conquérir le marché mondial et susciter des « retombées multidimensionnelles »²¹⁴. Ainsi, le marché des produits dérivés est essentiel pour assurer la rentabilité de l'investissement. Les majors ont fait preuve de

²⁰⁸ Françoise BENHAMOU, <u>L'économie de la culture</u>, Paris, La découverte, 2003.

²⁰⁹ T. TALONEN, op.cit., note 204, p. 12-14.

²¹⁰ F. BENHAMOU, « Les fondements économiques du droit d'auteur à l'épreuve de la mondialisation » dans VIVANT, M., (dir.) <u>Propriété intellectuelle et mondialisation</u>. <u>La propriété intellectuelle estelle une marchandise?</u>, coll. « Thèmes et Commentaire », Paris, Dalloz, 2004, p. 58.

Voir notamment Arthur DE VANY et David WALLS, « Uncertainty in the Movie Industry : Does Star Power Reduce the Terror of the Box Office » (1999) 34, Journal of Cultural Economics, p. 285.

²¹² F. BENHAMOU, op.cit., note 210, p. 58.

²¹³ C'est ainsi que 90% des unités musicales vendues sont des nouveaux albums. Voir : T. TALONEN, loc.cit, note 204, p. 9-11.

F. BENHAMOU, op.cit., note 210, p. 59.

leur capacité d'adaptation en ayant recours à leur stratégie traditionnelle de l'intégration verticale²¹⁵. Ceci a pour conséquence de brouiller les frontières entre les supports : le livre, la musique, le film, la télévision font partie d'un même rendement. Disney a fait de la déclinaison des biens sa spécialité : « Le Roi Lion » a affiché 310 millions de dollars de recettes en salle et 700 millions en produits dérivés²¹⁶. Les sources de profits se diversifient, la sortie en salle n'amortit que 40 % des coûts de production et de distribution du film. La sortie du film « Le Seigneur des Anneaux » a fait grimper la vente de livres de 400 % en un an selon Houghton Mifflin, l'éditeur américain du *Seigneur des Anneaux*²¹⁷. La concentration des marchés en est la conséquence inéluctable. Certes, ce phénomène n'est pas nouveau mais s'accélère et transcende les frontières et les supports. La complexité de la production culturelle engendre des coûts de transactions élevés. Cette concentration permet d'internaliser les transactions et de mieux les amortir. Par exemple, le rapprochement de l'industrie du film et de la vidéo permet d'optimiser les ressources de chacun.

Le réel danger suscité par les mesures de protection technique est le pouvoir d'isolement des marchés. Cet isolement n'est plus seulement géographique, mais également temporel et d'usage. L'avantage de ces nouveaux droits profite en premier lieu à l'économie américaine, et cela au détriment des consommateurs européens. En effet, la part de marché de films américains diffusés par la télévision européenne représentait 71,4 % en 2004²¹⁸, tandis que la France atteignait uniquement 2,4 % et l'Allemagne 1,6 %. L'Union européenne est donc nettement importatrice dans le domaine audiovisuel et cinématographique. La domination économique permet d'asseoir une domination culturelle.

On peut conclure que la préservation de l'identité culturelle d'un pays passe par l'existence de structures de production et de diffusion. Pour assurer l'expression d'une culture, il faut non seulement protéger les personnes créatrices mais également

²¹⁵ Il s'agit là de la relation de plus en plus « soudée » entre producteurs et distributeurs.

²¹⁶ Charles RIOU et Mathieu PERONA, « L'économie du star-system » (2002) Exposé réalisé dans le cadre d'un séminaire « E post-industrielle » de D. COHEN.

http://www.theonering.net/perl/newsview/8/999813271 (dernière consultation le 20 septembre 2006)

Observatoire européen de l'audiovisuel « Tendances du marché mondial du film » (2005) FOCUS : www.obs.coe.int/online_publication/reports/focus2005.pdf.

donner la possibilité de s'exprimer à celui qui en ressent le besoin ou la volonté. L'efficacité de telles structures suppose que les investissements soient réalisés et rentabilisés, que les sociétés de production soient maintenues opérationnelles, que les professions soient préservées, que les canaux de diffusion soient alimentés. La production doit donc être incitée de manière industrielle selon Thomas Paris²¹⁹.

« C'est en cela que les deux modes de création sont complémentaires : pour avoir des oeuvres d'auteurs, il faut des structures efficaces, mais pour avoir des structures efficaces, il faut produire des oeuvres industrielles. »²²⁰

Selon l'auteur, deux modes de protection simultanée devraient être envisagés. Le premier, le copyright, serait destiné aux oeuvres industrielles faites par des réalisateurs-techniciens ou des compositeurs-techniciens. Le second, proche du droit d'auteur, assurerait une protection des oeuvres à l'origine desquelles il y a vraiment un auteur qui demande à s'exprimer. Cette idée de cohabitation ou de conciliation semble intéressante ; il s'agit alors de prendre le meilleur des deux. Il existe tout de même un risque évident. Les investisseurs peuvent toujours obliger les créateurs à adopter le premier modèle au détriment du second.

Peut-on croire que la concurrence peut remédier à une situation qui relève du domaine de la souveraineté culturelle ?

B – La construction d'un marché de téléchargement légal et l'ouverture de la concurrence

Les analyses en termes de manque à gagner ne peuvent s'appuyer sur les seules pertes de chiffre d'affaires. Par ailleurs le téléchargement n'est pas sans attraits propres qui en expliquent le succès. La crise rencontrée par l'industrie musicale s'explique par la convergence de quatre facteurs. Premièrement, l'industrie a imposé des prix particulièrement élevés en regard des coûts de production du matériel²²¹.

²²⁰ T. PARIS, <u>op.cit.</u>, note 19, p. 203.

²²¹ Le CD s'est avéré moins coûteux à fabriquer et à distribuer que le disque vinyle.

_

²¹⁹ T. PARIS, op.cit., note 19, p. 202.

Ensuite, on peut observer une saturation relative de la demande, on n'achète pas indéfiniment des disques. D'ailleurs, que serait devenue la vente de *singles* si elle n'avait pas été dynamisée par l'invention des CD ? Tout se passe comme si le déclin commencé en 1984 avait été retardé de 20 ans. Troisièmement, il n'est pas facile de mesurer l'offre. En termes purement quantitatifs néanmoins, le nombre de nouveautés plafonne, voire régresse légèrement durant les années 1990²²². Enfin, un dernier facteur n'est que rarement envisagé : l'attrait de nouveaux produits ou services qui détournent la demande de la consommation de services musicaux. Si, en 2004, les quantités vendues de *singles* baissent de 21,4 %, celles de films augmentent de 17,1 %²²³.

De ce fait, les modèles théoriques imaginés par certains économistes visionnaires²²⁴ deviennent de plus en plus une réalité. Internet est un instrument qui tend a priori à créer les conditions d'un marché de concurrence pure et parfaite que l'on ne trouve que dans les manuels de théories micro économiques. L'Internet peut rendre l'information de marché disponible et transparente sans coût de telle sorte que la principale force de friction qui empêchait l'avènement de la concurrence pourrait disparaître. Internet a pour première conséquence d'intensifier la concurrence dans l'amélioration de la circulation de l'information et également de modifier les modes d'organisation des entreprises et le périmètre de leur activité.

La catégorie de marché, comme simple rencontre d'une offre et d'une demande, protégée par un monopole en faveur de l'auteur, se déplace vers la catégorie de marché en concurrence. Il convient aussi de constater une évolution dans les différents déplacements que les règles de marché et les règles du droit d'auteur ont dû subir ces dernières années. Malheureusement, la frontière du monopole du droit d'auteur est devenue perméable.

-

Jean-Marc BOURREAU et Benjamin LABARTHE-PIOL, « Crise des ventes de disques et téléchargements sur les réseaux peer-to-peer : le cas du marché français » (2005), p. 16 : http://egsh.enst.fr/bourreau/Recherche/crise.pdf (dernière consultation le 25 avril 2006).

Chiffres de la SNEP: www.disqueenfrance.com
 Steven MEDEMA, The legacy of Ronald Coase in economic analysis, Aldershot, UK, Edward Elgar, 1995.

Le marché de l'industrie du disque a été dominé pendant de nombreuses années par quelques entreprises très puissantes, qui détenaient les clefs du succès artistique et de la réussite commerciale. Aujourd'hui, l'industrie musicale est confrontée à un phénomène à double face selon qu'il est légal ou non : le téléchargement. Tous deux ne menacent pas de la même manière ses intérêts, mais attaquent ensemble la suprématie des majors. Le téléchargement répond en effet à un nouveau comportement du consommateur.

Une analyse plus en profondeur du secteur musical révèle que c'est au-delà du droit d'auteur qu'il faut scruter les tendances fortes. L'industrie musicale tente de surmonter la crise en faisant évoluer l'environnement économique et en adaptant le cadre juridique du secteur. Ceci aboutit aux prémices d'un marché du téléchargement légal de musique et à une guerre concurrentielle des standards.

1) Les enjeux économiques de la musique sur Internet et les frictions avec le droit de la concurrence. De nouveaux acteurs sur le marché.

Internet constitue lui-même un marché. Il s'agit là d'une « place de marché » ²²⁵. Les places de marché représentent un phénomène ambivalent du point de vue de la concurrence. Elles ne sont ni pro- ni anti-concurrentielles. Elles sont à la fois bonnes pour la concurrence et peuvent devenir très mauvaises en cas d'abus. Il est évident que les places de marché représentent un facteur d'efficience incroyable, un lieu virtuel où les coûts de transactions n'existent pas ou sont réduits au minimum et où l'offre et la demande peuvent se rencontrer très vite. De ce point de vue, il est évident que si les places de marché ne sont peut-être pas en elles-mêmes anticoncurrentielles, elles peuvent donner lieu à des pratiques anticoncurrentielles. À ce sujet, une adaptation des règles du droit de la concurrence devrait être envisagée. En effet, il est très difficile de prouver l'entente sur les places de marché. Toutefois, il est souvent possible d'observer les comportements parallèles sans avoir la preuve d'une concertation. Jusqu'à présent, le parallélisme de comportements n'a jamais constitué

.

²²⁵ Robert SAINT –ESTEBEN, « Les opérateurs du marché (rapprochements, concentrations...) », dans Jacqueline DUTHEIL de la ROCHERE, (dir.), <u>La concurrence dans la société de l'information</u>, Paris, Panthéon-Assas, 2002, p. 100.

un indice suffisant. Dans le cas d'Internet, sera-t-il encore possible de maintenir un tel raisonnement ? Il n'est pas certain.

Aujourd'hui, les secteurs du droit d'auteur sont en train d'échapper au microcosme culturel : on observe un rapprochement avec d'autres secteurs à l'économie plus classique. Le téléchargement de la musique sur Internet est caractérisé par l'interaction constante de divers secteurs d'activité qui jalonnent le développement et la distribution des produits²²⁶. Nous avons ainsi :

- les fournisseurs de contenus (par exemple l'œuvre musicale...),
- les fournisseurs d'outils de programmation (logiciel d'exploitation, de navigation, d'animation, d'interface etc...),
- les fabricants de support (CD-ROM, DVD...),
- les représentants de plate-forme (Macintosh, PC, Unix...),
- les responsables de la création de normes d'encodage, de compressions audio et vidéo et autres (MPEG, JPEG...),
- les éditeurs et les distributeurs,
- les distributeurs de services (entreprise de cabinet de téléphone...),
- les passerelles (fournisseurs Internet, fournisseurs de services en ligne...),
- les fournisseurs de logiciels d'exploitation ou fureteurs (Microsoft Explorer...).
- les fournisseurs d'outils de recherche,
- les fabricants des équipements utilisés par les consommateurs (ordinateurs, accessoires...).

Du point de vue de l'organisation structurelle, l'industrie culturelle doit créer des alliances stratégiques avec l'industrie du multimédia et de la distribution. Cette convergence confronte de plein fouet le droit d'auteur aux principes de l'économie de marché. La stratégie principale est de s'imposer dès le départ comme acteur dominant. Cela nécessite un investissement initial très important, c'est pourquoi se sont les grandes entreprises qui sont le plus concernées. Cette tactique permet de minimiser le

²²⁶ Johanne DANIEL, « Propriété intellectuelle-Concurrence-Multimédia : Voyage au cœur d'un kaléidoscope virtuel » (2002), Robic : http://www.robic.com/cpi/Cahiers/09-3/02DanielW97.htm (dernière consultation le 19 avril 2006).

risque lié à l'apparition de nouveaux standards concurrents. Il est, en effet, préférable de garder ses amis proches de soi, et ses ennemis encore plus proches.

Ces alliances stratégiques peuvent revêtir plusieurs formes. Il est ainsi possible de dégager six types de coopération²²⁷:

- les licences croisées;
- les ententes marketing, de distribution et de vente;
- les ententes en vue du développement conjoint de produits ;
- les joint-ventures;
- les consortiums : et
- les alliances stratégiques.

La plupart du temps, ces alliances ont un effet positif sur l'économie et le progrès technologique. En général, ce sont les effets horizontaux qui sont les plus craints; viennent ensuite seulement les effets conglomérats et les effets verticaux²²⁸. Il semblerait qu'Internet inverse cette tendance. L'affaire Microsoft en est un bon exemple. Robert Saint - Esteben souligne trois préoccupations concernant les effets verticaux. La première la crainte est du « gate keeper ». c'est-à-dire celui qui va contrôler l'accès au marché, comparé à celui qui détient une technologie de lecture de la musique en ligne. La seconde s'attache à l'accroissement excessif des avantages du « premier entrant ». La troisième, et non des moindres, est l'effet de réseau. Cette préoccupation s'intéresse aux problèmes liés à la masse et à la captivité des abonnés, par exemple.

L'interopérabilité est le fait que plusieurs systèmes, qu'ils soient identiques ou radicalement différents, puissent communiquer sans ambiguïté et opérer ensemble. Ce mécanisme est considéré comme vital dans de nombreux domaines, et plus particulièrement en informatique. Le monde numérique a mis en œuvre des matériels divers et variés dans des réseaux très hétérogènes tout en évoluant aux côtés d'une multitude de logiciels. Tous ce systèmes et supports doivent pouvoir interagir sans heurts. L'interopérabilité est la capacité qu'ont deux systèmes informatiques

²²⁷ <u>Id.</u>, p. 18. ²²⁸ R. SAINT –ESTEBEN, <u>loc.cit.</u>, note 225, p. 89.

différents à savoir travailler ensemble. Ceci n'est pas toujours le cas étant donné que ces éléments sont produits par des constructeurs divers, avec des méthodes variées, et qu'ils répondent à des besoins ou des marchés spécifiques. Ils peuvent être interopérables s'ils parlent le même langage, ou s'ils comprennent les mêmes formats de fichier. Prenons le format des documents Word. Personne, mis à part Microsoft, ne connaît réellement la structure interne des fichiers .doc. Personne n'a d'ailleurs officiellement le droit de l'utiliser. Ainsi les autres traitements de texte ne peuvent pas le relire correctement, comme c'est le cas pour OpenOffice. Ce système ne permet donc pas l'interopérabilité avec d'autres systèmes. Ceci a pour conséquences que Word vous est imposé et que si Word disparaît, vos fichiers sont eux aussi perdus. On dit que Word utilise un format propriétaire ou encore, fermé.

À l'image de Word, les DRM sont des formats fermés. Cela n'est pas anodin. En effet, si les éditeurs parviennent à vendre leur système à un fournisseur de contenu, ils obligent du coup tous les clients de ce fournisseur à utiliser leur lecteur. L'absence d'interopérabilité vous ôte tout choix. À ce stade, la préoccupation est de savoir si dans 10 ans, notre musique sera ou non encore lisible.

Pourtant, certains DRM, tels que l'OpenDocument, reposent sur des standards ouverts. C'est donc un choix de l'éditeur et du fournisseur de contenu.

Dans le cas de figure où l'on utilise Linux, l'impasse est complète. La structure "code ouvert" du logiciel libre interdit, en principe, d'y intégrer des formats propriétaires. En effet, les petits secrets ne tiennent pas bien longtemps quand les sources sont visibles par tous. Donc pour Linux, et tout open source, la standardisation est essentielle. Cela n'a rien d'évident d'autant plus l'on sait que l'ampleur prise par le système d'exploitation libre n'enchante guère certains éditeurs. Ils ont, là aussi, tout intérêt à ne pas jouer la carte de l'interopérabilité.

La solution consisterait à définir une norme, que chaque élément « implanterait » dans son propre fonctionnement. Cette norme jouerait un double rôle. D'une part, elle est un indicateur de la façon dont le dialogue entre les différents éléments doit s'opérer. D'autre part, elle cristallise les besoins de ce dialogue ; elle est également une passerelle de communication, qui va pouvoir éventuellement s'adapter aux besoins changeants des éléments. La norme est alors proche d'une interface. En

effet, le standard fixé peut tant stimuler la création qu'engendrer un effet contraire en érigeant des barrières à l'entrée de nouveaux joueurs. Par exemple, la tentative de lier la vente d'un produit ordinaire à la vente d'un produit protégé par un droit d'auteur pourrait être interdite si le fournisseur est dominant dans le marché des produits clés. Les mesures de protection technique ne sont pas compatibles entre elles. L'ensemble des sites de téléchargement plaide pour une convergence des données informatiques en référence au projet MI3P mis en place par la RIAA, l'IFPI, la CISAC et le BIEM²²⁹. L'objectif de ce programme, approuvé en mars 2005, est de développer une identification intégrée et un système de description qui permettrait à toutes les parties de la chaîne de valeurs de l'industrie de la musique d'interopérer dans un environnement commercial automatisé. Dans l'intervalle, un nouveau forum, CORAL, créé en 2005, œuvre au niveau technique²³⁰. Chaque acteur du marché y voit un bénéfice opérationnel, à court terme, dans leurs relations avec leurs partenaires. Des technologies incompatibles sont considérées pénaliser la croissance du contenu numérique haut débit. Toutefois, si l'adoption de standards peut présenter des avantages, elle n'est pas sans risques. L'innovation peut s'en trouver entravée, de même que la différentiation entre produits.

Comme l'a souligné Ilkka Rhanasto: «If a company has the capability of integrating and combining new features into its product faster and better than anyone else, investment may gain a substantial competitive edge on the market »²³¹. La société en question peut ainsi acquérir une position dominante. Si elle verrouille sa technologie alors il peut y avoir abus. C'est la raison pour laquelle Virign Mega a attaqué Apple devant le Conseil de la concurrence français pour abus de position dominante dans la mesure où le système de DRM Fairplay ne peut être utilisé qu'avec le baladeur MP3 Ipod. Les propriétaires de matériel Apple ne sont donc pas libres d'acheter à la concurrence, et Apple est accusé de verrouiller le marché. Le Conseil de la concurrence ayant débouté VirginMega, l'enjeu concurrentiel des plates-formes de téléchargement dépend donc du pôle de fabrication des baladeurs. Il semble donc que

²³¹ I. RAHNASTO, op.cit., note 13, p. 157.

²²⁹ http://www.mi3p-standard.org/
²³⁰ Pour de plus amples informations : www.coral-interop.org

la concurrence doive être « administrée ». À ce stade, la doctrine de l'interopérabilité et la théorie des « facilités essentielles » prennent de l'ampleur.

L'interopérabilité peut être mise en perspective par le concept « d'interconnexion », déjà existant, utilisé dans le domaine des télécommunications. Ce dernier pose des conditions techniques et financières fondamentales pour assurer le décloisonnement effectif du marché. L'interconnexion consiste en des prestations réciproques offertes par deux exploitants du réseau. Il s'agit alors d'une liaison physique et logique de deux réseaux ouverts au public. Au sens large, l'interconnexion est également utilisée pour désigner l'accès d'un prestataire de services à un réseau. En ce sens, alors que l'interconnexion agit au niveau du réseau, l'interopérabilité intervient dans la sphère technologique. L'offre d'interopérabilité devrait comporter des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires²³².

«Intellectual property rights related to standards are important because as a consequence of standardization they may derive market power that they did not have before. There are various practices that are used as a strategy to maximize the impact of intellectual property. These practices are of interest from a practical strategy perspective and from a broader policy perspective. »²³³

Nous l'avons compris, certains éditeurs de logiciels ont tout intérêt à pousser le secteur du disque vers le tout DRM car ils s'assurent ainsi un marché « captif ». Et ce, au moment même où les marges de ces éditeurs sont menacées. Nous nous orientons peu à peu vers un nouveau modèle économique d'exploitation des œuvres.

²³³ I. RAHNASTO, <u>op.cit.</u>, note 13, p. 187. Pour approfondir cette question voir dans le même ouvrage les pages 156 et suivantes.

Les règles d'interconnexion sont actuellement contenues dans une directive propre aux réseaux de télécommunications: Directive 97/33 du Parlement européen et du Conseil du 30 juin 1997 relative à l'interconnexion dans le secteur des télécommunications en vue d'assurer un service universel et l'interopérabilité par l'application des principes de fourniture d'un réseau ouvert (JOCE L 199 du 6.07.1997). Toutefois, il est prévu de remplacer les dispositions existantes par une nouvelle directive commune à tous les réseaux de communication électronique: proposition de directive du 12 juillet 2000, COM (2000) 384.

2) Vers un nouveau modèle économique d'exploitation des œuvres

L'intérêt n'est pas de faire une revue de l'ensemble des acteurs mais plutôt d'essayer d'appréhender différentes expériences de modèles économiques divers. Ainsi, nous verrons tour à tour, les systèmes fournis par iTunes²³⁴ d'Apple, la plateforme de P2P Wippit²³⁵ issu de l'alliance entre EMI et BMG, pour enfin s'attarder sur un distributeur de contenus qui alimentent plusieurs services à la demande : OD2²³⁶.

Le système instauré par Apple montre que la compatibilité est l'enjeu fondamental. Le logiciel iTunes, lancé par Apple pour les ordinateurs Mac, a été l'objet d'un succès dès 2003²³⁷, permettant à la société d'accroître ses revenus de 33%²³⁸. Ce logiciel est intégré sur chaque ordinateur vendu et propose la bande de titres de téléchargement pour une somme forfaitaire en format AAC. Ce service concerne plus de 700 000 titres que l'internaute peut ensuite classer dans une bibliothèque spécifique ou stocker sur un baladeur MP3 adapté : le iPod. Les fichiers téléchargés sont associés à un DRM appelé Fair Play framework. Le site Internet d'Apple met à disposition des renseignements sur la possibilité de lire les fichiers téléchargés sur plusieurs ordinateurs. Il semblerait que l'objectif premier ne soit pas de mettre en place des techniques extrêmement sophistiquées de gestion numérique des droits mais plutôt de miser sur l'adaptation du comportement des consommateurs. À ce titre, la lecture du contrat²³⁹ que vous signez tacitement en utilisant les services d'iTunes se révèle très pertinente. Il est dit de façon expresse que vous ne pouvez utiliser ce que vous avez acheté qu'à des fins personnelles et non commerciales, et non à des fins de redistribution, de transfert, de cession ou de sous-licence. En d'autres termes, il est interdit de revendre le contenu acheté sur iTunes, ni de le donner, ni de le léguer à ses enfants. Un peu comme pour un logiciel, vous ne

²³⁴ iTunes, <u>www.appele.com/itunes/</u>

²³⁵ Wippit, http://wippit.com

²³⁶ OD2, <u>www.ondemanddistribution.com</u>

Voir l'annexe 1 pour voir le schéma. Le mini iPod, lancé en 2004, a été en rupture de stock à San Francisco après seulement dix jours de commercialisation.

²³⁸ IFPI, <u>Digital Music Report</u>, (2005), Londres: http://www.ifpi.org/site-content/library/digital-music-report-2005.pdf (dernière consultation le 19 avril 2006), p. 16.

www.appele.com/fr/support/itunes/legal/terms.html

possédez plus qu'un droit d'utilisation, "volatile" qui plus est. Il est stipulé, toujours dans le même contrat, que notre droit peut être retiré, ou changé de nature, au bon vouloir du fournisseur, et ce de manière rétroactive.

Le concept de «Digital Hub », que tente d'imposer Apple en vendant à la fois le matériel, le software et le service, est clairement une stratégie qui permet de dominer le marché. Apple détient plus de 40 % du marché des baladeurs MP3, et 70 % du marché de la vente de musique en ligne avec plus de 200 millions de titres vendus en un an²40. Même si Apple se concentre aujourd'hui sur la musique, tout laisse penser que la firme entend bientôt s'attaquer à d'autres secteurs comme le film et la vidéo. L'iPod sert effectivement de « produit d'appel » vers le monde Mac, et convainc les consommateurs de s'équiper chez Apple. L' iPod diffuse ainsi un « halo » : les détenteurs d'un iPod équipés en PC sont prêts à acquérir un ordinateur Apple, et simultanément des détenteurs d'un PC ne possédant pas d'iPod sont prêts à se « convertir ».

Microsoft n'a pas tardé à réagir. Il a lancé simultanément sa nouvelle version Windows Media Player (le système propriétaire de lecture de fichiers musicaux et vidéo) et MSN Music. Le tarif est identique à celui d'Apple, le service est globalement similaire, et son format est compatible avec la plupart des baladeurs. Il n'en reste pas moins que le système n'est pas compatible avec les lecteurs iPod, qui représente le gros du marché. Apple n'a pas commis la même erreur, puisque iPod et iTunes sont compatibles avec les PC sous Windows. Apple conserve donc son avantage du doublé gagnant : logiciel plus matériel.

Réservé pour l'instant aux utilisateurs britanniques, la plate-forme Wippit se met directement en concurrence avec iPod sur sa page d'accueil : « 60 000 tracks, yours to keep for just 50£ (that's twelve Ipods worth for you) ». La plate-forme héberge les fichiers musicaux sur une base annuelle. Le partage de fichiers s'effectue via le P2P lorsque l'ensemble des internautes a stocké les morceaux achetés sur leur PC. En revanche, il est impossible d'utiliser cette plate-forme pour des morceaux

Ces chiffres se confirment d'après plusieurs sources: http://www.aventure-apple.com/chrono/0303.html; http://www.radio-canada.ca/radio/techno/commentaires-52885.shtml (dernière consultation le 15 septembre 2006).

téléchargés à partir de réseaux tels que Kazaa et eDonkey. Le catalogue de BMG est disponible pour 30 livres. En contrepartie le téléchargement illimité est accordé ainsi que le transfert de l'ordinateur vers un baladeur (Mac et Linux sont exclus). Toutefois, l'utilisateur ne pourra graver les morceaux que trois fois sur CD. En plus du même dispositif pour EMI, ce dernier a également négocié la possibilité d'achat à l'unité de titres de son catalogue, à 50 pences le morceau²⁴¹, en dehors de l'abonnement mensuel ou annuel.

OD2²⁴², société européenne, a comme intérêt principal de compiler des contenus d'artistes de labels différents et de les faire distribuer sur Internet. Les partenaires de OD2 offrent également des services « accessoires », comme par exemple celui de suivre les ventes en continu ou de fournir des informations détaillées aux magasins en lignes ou aux labels. La liste de l'ensemble de leurs clients en Europe, apparente sur la page d'accueil, démontre le potentiel de réussite et de généralisation d'un tel modèle.

Sony a également lancé, en 2004, son propre site de téléchargement : Sony Connect²⁴³. Sony possède également des contenus, le logiciel de juke-box SonicSatge, et le système de DRM Sony Open Magic Gate. Pour contrer les parts de marché d'Apple, Sony a récemment mis sur le marché sa console multimédia PSP. Sony saisit ainsi l'occasion de reconquérir le secteur des baladeurs numériques. En quatre jours, 100 000 exemplaires ont été vendus en France, et 185 000 en trois jours au Royaume-Uni.

Il semblerait donc que les producteurs de musique aient à se soumettre à l'industrie de l'informatique²⁴⁴. Toutefois, Universal Music a lancé son propre site de téléchargement²⁴⁵ qui nécessite toutefois le logiciel Windows Media Player, alors même que son catalogue est déjà diffusé sur OD2, iTunes, et VirignMega.

245 www.ecompil.fr

_

²⁴¹ En réponse aux 99 cents par titre sur ITunes.

²⁴² http://www.ondemanddistribution.com/fre/home/home.asp

Sony Connect, http://musicstore.connect.com

²⁴⁴ Pour voir la chaîne des valeurs de la musique numérique voir l'annexe X.

Selon Tariq Krim nous sommes les témoins d'une guerre des standards, l'intérêt du fabricant étant d'intégrer le consommateur dans une plateforme logicielle propriétaire²⁴⁶.

Les jalons juridiques pour l'émergence d'une économie d'usage sont posés. Alors que le support matériel permet un usage illimité, l'oeuvre numérisée permet de délimiter l'usage qui en est fait. Ainsi, le prix payé pour acquérir une oeuvre se transforme en un prix pour l'accès et l'utilisation. La gestion numérique permet aux titulaires de droit un contrôle étroit et paramétrable de la diffusion du contenu. Ce système permet de déterminer la durée d'utilisation, le nombre de copies, sur quel support elles peuvent être faites ou encore combien de fois l'oeuvre pourra être écoutée. Ainsi, le diffuseur détermine unilatéralement les conditions contractuelles au consommateur. Cette fragmentation de la consommation annonce une profonde mutation des réseaux numériques. L'évolution ne s'arrêtera pas là. D'ici quelques années, le concept d'oeuvre risque de s'effacer au profit des prestations de services.

La distribution à la demande a déjà fait son apparition. Le système Song on Demand (SoD), tout comme celui de Video on Demand (VoD), permet à un utilisateur de choisir le programme de son choix à n'importe quel moment de la journée. Cette personnalisation du service en ligne ouvre de nouveaux horizons. D'ailleurs, les services «pay per view », offerts sur le câble et le satellite, se multiplient. Les canaux programment, comme une salle de concert ou de cinéma, le film en boucle à des heures déterminées pour lequel le consommateur paye une séance. Le lancement d'un catalogue regroupant des milliers de films est proche.

Toutefois, les coûts de mise en place du réseau et des infrastructures de débit doivent être d'abord diminués. De plus, les dissensions entre distributeurs et exploitants concernant la mise en place des mesures techniques de protection de diffusion en ligne doivent être surmontées. Au terme de ces enjeux, la frontière entre la représentation et la reproduction d'une oeuvre risque d'être englobée sous un «droit

²⁴⁶ Tarik KRIM, <u>Le peer to peer un autre modèle économique pour la musique</u>, étude remise le 16 juin 2004 à l'ADAMI: http://www.irma.asso.fr/article.php3?id_article=87 (dernière consultation le 10 mars 2006), p. 63.

unique d'exploitation numérique »²⁴⁷. Selon Pierre Yves Gautier, l'exploitant du site Internet et le titulaire de droit conviendront d'une concession « en bloc » de l'ensemble des droits d'auteur détenu par le concédant.

Talonen Topi²⁴⁸ fait une schématisation intéressante du marché du téléchargement à l'heure actuelle. Selon lui, il se divise en quatre univers.

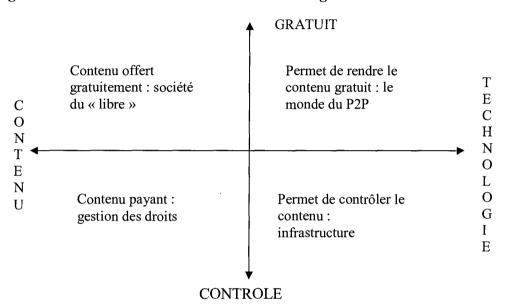


Figure 2 : Schématisation du marché du téléchargement

Chaque site Internet de téléchargement, chaque intervenant se positionne différemment sur ce schémas selon qu'il permet ou non de télécharger gratuitement, ou encore sous conditions. Ce schéma illustre avec pertinence que la concurrence est faite pour rester, chacun évoluant d'une sphère à l'autre au gré des intérêts.

Les ventes mondiales de musique ont reculé de 16% en 5 ans, passant de 39,7 milliards de dollars à 33,6 milliards de dollars en 2005²⁴⁹ selon les chiffres publiés par la Fédération internationale de l'industrie phonographique. Parallèlement, les recettes issues du téléchargement légal ont triplé, générant 1,1 milliard de dollars. Les ventes des supports physiques ont reculé de 8 % en volume. Les « singles » ont vu

-

²⁴⁷ Pierre Yves GAUTIER, Juris-Classeur Propriété littéraire et artistique, 1997, Fasc. 1165, n° 34.

²⁴⁸ T. TALONEN, op.cit., note 204, p. 26 et suivantes.

²⁴⁹ IFPI, <u>Digital Music Report</u>, (2006), Londres: http://www.ifpi.org/site-content/library/digital-music-report-2006.pdf (dernière consultation le 19 avril 2006), p. 16.

leur part progresser de 75 %, en partie parce que ce format se décline dorénavant prioritairement sous la forme digitale.

Le virage semble donc amorcé, l'offre payante de musique en ligne fait sa place. Sans grande surprise, les majors ne semblent pas mener le marché. Les distributeurs traditionnels de disques, les fabricants informatiques et les fournisseurs d'accès ont tous développé des logiciels d'offre légale de musique.

Les sites distribuant légalement de la musique concluent des accords de licence avec les producteurs et les sociétés de perception des droits afin d'utiliser les catalogues. Les producteurs/éditeurs et les sociétés de perception des droits sont ensuite rétribuées par des états de compte. Il s'agit là d'un système de rémunération traditionnel. L'harmonisation des standards, soit l'interopérabilité de tous les formats entre industrie musicale, industrie informatique et industrie de fabrication des appareils de lecture doit être la prochaine étape. Des sites permettent d'offrir à titre gratuit des oeuvres sur la toile, cela permet d'assurer une promotion qui n'est pas assurée par les majors. Ces sites peuvent agir de manière isolée ou encore via la syndication. En général, ce sont de petits labels alternant entre musiques d'avantgarde et de domaines plus classiques qui permettent d'ouvrir un portail vendant de la musique en ligne tout en instaurant un partenariat de promotion avec les majors en vue de faire des études de marché pour leur compte, par exemple.

Ces dernières années, à l'opposé de la syndication, on a remarqué une progression de l'autoproduction. Internet encourage l'artiste à diffuser immédiatement et globalement son œuvre. Ce média est polymorphe et offre de nombreuses possibilités. En outre, l'interactivité d'Internet en fait un média de proximité, permettant d'établir un lien privilégié et permanent avec le public. La portée d'Internet a toutefois des limites. Les bénéfices que ce média peut apporter dépendent de la fréquentation du site. À ce titre, la communication est fondamentale lors d'une telle stratégie. Internet ne révolutionne pas la chaîne des valeurs, mais à un budget équivalent il apporte une plus-value évidente.

Un exemple de sites répondant à cette logique est Xphases²⁵⁰ qui regroupe un certain nombre de groupes de rap indépendants français. Ce site présente l'actualité

-

²⁵⁰ http://xphases.levillage.org

des sorties, des extraits de titres à télécharger gratuitement et un catalogue de vente par correspondance de leur CD. Au bout de cinq années d'existence, Xphases obtient en moyenne 5000 connexions par semaine et se trouve sollicité pour faire des partenariats de promotion même pour des artistes déjà lancés. L'artiste aura tendance à s'inscrire sur des sites de « regroupement » plutôt que d'ouvrir son propre site qui risque de ne pas lui accorder la visibilité recherchée.

La fédération internationale de l'industrie phonographique a publié un rapport sur la musique numérique en février 2005 qui présente des statistiques réconfortantes. Selon les estimations, les téléchargements légaux en un an ont été multipliés par plus de 10 aux États-Unis et en Europe, et le nombre de fichiers musicaux illégaux circulant sur les réseaux P2P aurait sensiblement baissé. Une tendance favorable semble donc s'amorcer.

Il paraîtrait également que les réseaux P2P évoluent vers des modèles plus compatibles avec le droit d'auteur. Ainsi, la plupart des principaux systèmes d'échanges P2P se sont reconvertis dans de nouvelles applications licites de la technologie. Le fondateur de Napster a récemment créé Snocap, un service en ligne qui identifie et légalise fichiers musicaux échangés. Snocap constituera un élément clef de Mashboxx²⁵¹, un service d'échanges permettant aux usagers de chercher des morceaux de musique en ligne qui circulent sur différents réseaux P2P. Le créateur de Kazaa, N. Zennström, a, quant à lui, mis sur pied un service téléphonique gratuit basé sur le P2P : Skype.

Toutefois, le trafic illicite n'est pas prêt de s'arrêter : d'autres technologies ont pris le relais parmi lesquelles E-mule, E-donkey, BitTorrent.

La réponse la plus adaptée à l'essor du téléchargement gratuit est sans aucun doute le paiement en ligne. On a vu la souplesse et la simplicité qu'apporte le téléchargement : il n'est pas impossible de s'appuyer sur ces nouveaux services permis par Internet pour canaliser la demande latente plutôt que pour l'étouffer juridiquement. D'ailleurs, si les majors avaient été véritablement attentives à cette

²⁵¹ Fondé par l'ancien patron de Groktser: W. Rosso.

révolution technologique, elles auraient pu numériser leur catalogue bien plus tôt pour le proposer à la vente en ligne, anticipant le besoin du consommateur. Cette solution n'aurait peut-être pas été optimale du point de vue du consommateur si l'on considère que la centralisation de l'offre permet d'économiser sur les coûts de transaction. En même temps, les moteurs de recherche sont suffisamment performants pour orienter le consommateur vers les meilleures sources.

Actuellement, selon l'IFPI²⁵² il existe plus de 230 sites proposant d'acheter de la musique numérique, dont plus de 150 en Europe. Certains de ces sites sont purement nationaux, proposant le répertoire propre à un pays. D'autres sites sont mondialement connus. Différents acteurs s'implantent désormais sur le marché de la musique payante, ce qui montre que personne ne connaît *ex ante* ce que sera la figure du marché de demain.

Une bataille médiatique et juridique s'est déroulée au cours de l'automne 2005 entre, d'une part, les principales majors, soutenues notamment par le distributeur Virgin et, d'autre part, Apple. Le litige porte sur le prix de vente des titres musicaux au moment où les contrats de licence entre Apple et les majors devaient être renouvelés. Tandis qu'Apple Music Store a bâti son succès sur une tarification simple et facilement mémorisable (0,99 centimes par titre), les majors souhaitent pouvoir définir une politique de prix permettant de valoriser les nouveautés et de solder les fonds de catalogue. Ce conflit est fortement emblématique : Apple est aujourd'hui leader sur le marché et aucune maison de disque ne peut se passer d'être présente sur son site de vente. De l'autre côté, les majors, si elles s'entendent, pourraient avoir un tel poids sur le marché de l'édition musicale qu'Apple Music Store disparaîtrait si plusieurs d'entre elles rompaient conjointement leur contrat de licence.

L'attitude de Virgin dans cette affaire s'explique assez facilement : tandis qu'Apple utilise sa plate-forme musicale comme une vitrine de son savoir-faire informatique, les distributeurs classiques vivent de cette activité et doivent donc en dégager des marges sensiblement plus conséquentes.

²⁵² IFPI, <u>Digital Music Report</u>, (2005), Londres: http://www.ifpi.org/site-content/library/digital-music-report-2005.pdf (dernière consultation le 19 avril 2006), p. 3.

Cette querelle sur le prix apparaît comme un premier signe de reprise en main par l'industrie musicale de son propre avenir. Après avoir donné le sentiment de subir, elle s'investit à nouveau dans les problématiques de distribution et de rémunération, et tente, à poids égal avec les autres acteurs, d'influencer le modèle économique émergent de la musique en ligne, qui pèse déjà 6 % de son chiffre d'affaires (lequel a quadruplé sur les neuf premiers mois de 2005 par rapport à la même période de l'année précédente). L'imprécision des chiffres montre les difficultés à cerner un marché nouveau ; leur orientation prouve que, passée la période d'abattement consécutive à l'effondrement des ventes de CD et à l'explosion du téléchargement illégal, l'industrie musicale est aujourd'hui prête à rebondir.

Même si un album est disponible dans son intégralité, les internautes ne téléchargent que les titres qui les intéressent. En d'autres termes, le marché du téléchargement de musique en ligne s'oriente à l'heure actuelle vers une complémentarité avec la vente de disques en ligne. Le concept de l'album est remis en question.

Nous sommes actuellement dans une phase de transition. On se bouscule à l'entrée. Les détaillants commencent à distribuer la musique en ligne et les maisons de disques ont la ferme intention de s'approprier ce marché. Or, les maisons de disques sont plus aptes à mettre en valeur leurs artistes en associant la diffusion de la musique à des documents exclusifs sonores, textuels, graphiques, ou vidéos. Elles bénéficient donc d'un avantage concurrentiel déterminant mais sauront-elles en tirer profit ? La future structure n'est pas encore bien définie. Certaines maisons de disques ont opté pour le développement de leur propre site, d'autres prévoient de s'associer pour réunir leurs catalogues.

L'enjeu du téléchargement en ligne est d'établir une relation de fidélisation avec l'internaute. Les stratégies de marketing vont devoir se spécialiser pour le marché on line. L'internaute devra pouvoir trouver facilement ce qu'il recherche et accéder à la musique rapidement. On peut ainsi supposer que les sites seront améliorés, ne se limitant pas à une distinction des genres Rock, Rap, Musique Classique. Par une

démarche de « cross selling », l'internaute pourra être incité à découvrir ce qu'il ne connaît pas, mais qui serait susceptible de lui plaire. Les vendeurs de disques constatent en effet que le consommateur est de moins en moins fidèle à un seul genre musical, mais s'ouvre progressivement à toutes les musiques. Si l'internaute ne trouve pas rapidement ce qu'il recherche, il se connectera à un autre site. En résumé, le marketing, la convivialité du site, et l'ubiquité sont essentiels pour assurer l'avenir d'un modèle d'affaire dans le monde numérique.

CONCLUSION

Face au piratage, des solutions techniques ont été trouvées, des solutions juridiques ont été apportées. Mais suffiront-elles ? D'un point de vue technique, les pirates montrent toute leur habileté à contourner les nouveaux modes de protection. Ce que la technique peut faire, la technique peut le défaire. Sur le plan juridique, les lois font preuve d'un réel pragmatisme en n'accordant une protection que dans la mesure où elles peuvent être mises en oeuvre. Le droit, conscient de ses limites, pourrait donc finir par admettre l'existence de mode d'exploitation des oeuvres qu'il n'est pas possible de supprimer. Pour l'instant, cela est loin d'être le cas. Une nouvelle logique prédomine : la protection optimale et maximale est devenue la priorité pour l'industrie culturelle. Pourtant la protection en peut être absolue. La gestion numérique des droits apparaît d'autant plus dangereuse qu'elle sous-entend que si vous ne fraudez pas encore, vous le ferez un jour. En quelque sorte, avec les DRM, vous êtes déjà coupable.

Le professeur Buydens et Madame Dusollier anticipent le risque, « la menace qui plane aujourd'hui sur la propriété intellectuelle, prise dans une croissance et une complexification qui pourrait lui être fatale » est qu'elle « (se dissolve) par addition », qu'elle disparaisse « dans l'excès de soi »²⁵³. Quoi qu'il en soit, la question qui se pose autour du droit d'auteur n'est pas celle de l'adaptation de cet environnement aux principes fondamentaux, mais celle des outils à mettre en place pour qu'il continue à remplir ses fonctions. En effet, Internet malmène la vision romantique de la création mais ne remet pas en cause le système de droits d'auteur en tant que cadre générateur de coordination pour les activités de création. C'est peut-être là son salut.

De leur côté, les majors doivent affronter une difficulté de taille, un problème autrement plus grave que le téléchargement illégal. Aussi vrai que la photo digitale change le visage des industries qui s'y rattachent, l'ère numérique condamne tout aussi simplement les maisons de disque. Autrefois, ce disque octroyait à la musique, de façon intrinsèque, la rareté nécessaire à sa valeur. À l'ère numérique, cette

²⁵³ M. BUYDENS et S. DUSOLLIER, loc.cit., note 7.

production n'a plus rien de rare; produire équivaut à dupliquer et dupliquer ne vaut rien. On aurait pu très sainement profiter de cette aubaine pour placer l'indice de rareté sur la création elle-même, sur l'artiste en somme. Mais cela reviendrait à court-circuiter cette industrie toute puissante qui n'y tient évidemment pas. Une nouvelle rareté fait ainsi sa place : la rareté de l'écoute rendue possible grâce aux DRM.

L'activisme des acteurs engagés n'est pas innocent. Le lobbying, et le mot n'est pas trop faible, se manifeste selon Michel Vivant²⁵⁴ sur la scène macrojuridique et microjuridique. Les intervenants de l'industrie continueront à faire du lobby auprès du législateur et à mener des actions. Mais cela ne fait que retarder un processus inéluctable. La preuve, les acteurs de l'industrie du disque s'organisent et instaurent d'autres moyens de capter la valeur qu'ils créent. Les stratégies d'alliance et le phénomène de concentrations provoquent une remise en cause fondamentale de l'organisation traditionnelle du secteur et du métier. Les transformations profondes de la filière musicale suscitée par la montée en puissance de l'Internet ont commencé. Les modèles économiques qui vont s'imposer ne sont pas encore certains. La course technologique n'a pas encore donné de gagnants. Il est peu probable que les armes techniques et juridiques suffisent à lutter contre ce qu'on appelle la piraterie, et qui sera peut-être demain considéré comme une pratique normale. Dans tous les cas, cette forme de diffusion des oeuvres conduira à l'émergence d'une économie parallèle qui restera marginale, mais nécessaire. L'environnement numérique et la gestion numérique des droits vont pouvoir faciliter effectivement la formation d'un marché concurrent. Le passage d'un monopole à un marché concurrentiel ne se fera pas spontanément.

La propriété des sociétés dans les domaines de l'édition de livres, de cinéma, de la vidéo et de l'enregistrement sonore reçoit relativement peu d'attention sur le plan des politiques comparativement à la propriété de sociétés médiatiques. Les secondes sont traitées de façon plus stricte par des règlements. Ceci ne risque pas de durer bien longtemps.

NABHAN, V., Mélanges, Montréal, Yvon Blais, Hors série, Cahiers de la Propriété intellectuelle, 2004, p. 403

Depuis la première émission de musique enregistrée à la radio, une lutte incessante a sévi pour le contrôle du milieu. Il y a dix ans, le terme Internet nous faisait sourire. Aujourd'hui, l'Internet fait partie de nos outils de travail, de nos espaces de loisirs, bientôt de nos habitudes de consommation. Internet fait doucement converger vers lui l'informatique, la radio, la télédiffusion et les télécommunications. La convergence est le sujet de toutes les interrogations.

L'industrie informatique a tiré des profits très importants de l'essor du téléchargement. Elle l'a fait en l'absence de l'industrie musicale. Pour avoir perdu la manne, cette dernière se tourne vers les instruments législatifs et contraignants. Une fracture entre les acteurs du marché se profile. Pour assurer son avenir, l'industrie musicale doit veiller à restaurer une image dégradée par des années d'opposition au progrès technologique. Elle commence également à renouer avec le progrès technologique, et reprend la main dans la bataille de l'innovation. En effet, le MP3 n'est certainement pas l'aboutissement de l'histoire des supports de musique. Plus nécessaire que jamais, l'industrie doit accepter qu'une part du marché lui échappe, comme lui échappaient naguère les cassettes enregistrées ou les CD gravés. Mais seule une industrie forte peut accepter la zone grise d'un secteur illégal. Warner Music France semble avoir saisi cette opportunité face à des perspectives de croissance sur le marché de la musique inexistantes. En association avec Orange, un opérateur de téléphonie français, Warner Music s'est mis à vendre des produits dérivés d'enregistrements sonores tels que la sonnerie, le fond d'écran en passant par des téléchargements de singles ou de clips vidéos en exclusivité. Warner et Orange sont allés jusqu'à créer un nouveau produit : « le fun tone » qui consiste à remplacer la tonalité habituelle sur la musique d'attente lors d'un appel su son téléphone cellulaire par la musique de son choix. Grâce à ces nouvelles opérations mercantiles, la filiale française affiche une croissance de 25% en parts de marché avec des revenus qui ont triplé²⁵⁵.

A ce sujet voir l'arteile de presse paru le 29 août 2006 dans le Figaro : http://www.lefigaro.fr/ medias/20060829.FIG000000208 warner music france tout pour le numerique.html (dernière consultation le 2 octobre 2006).

Au 21^{ème} siècle, la musique ne fait pas progresser la technologie, elle domestique l'innovation, exactement comme elle l'a fait 100 ans plus tôt concernant le phonographe. Les médias se disputent l'attention du public, le schéma des affaires devient plus que jamais fondé sur l'aspect pratique et le prix. En comptant sur le copyright, la protection et les modèles traditionnels vont perdre²⁵⁶. Modifier la loi n'est pas une solution pour préserver un modèle d'affaire. Selon Joan Feignbaum de l'Université de Yale, la meilleure protection technique est l'amélioration du modèle d'affaire²⁵⁷. Il est possible d'aller jusqu'à dire que la nouvelle économie est d'ores et déjà une réalité pour les industries culturelles, actuellement à la recherche d'une maturité technique et de modèles économiques viables. Ainsi, les gagnants de l'économie de l'information seront ceux qui auront su occuper une place centrale dans les nouveaux marchés numériques et contrôler à leur profit les mécanismes structurant l'économie de l'information.

Le « big bang » de la propriété intellectuelle a eu lieu, mais une question récurrente persiste : les profits générés par les services paieront-ils les investissements nécessaires à la mise en place des réseaux ? En d'autres termes, le contenu rentabilisera-t-il le contenant ? Des coûts exorbitants ont dû être avancés pour installer les structures adaptées. L'enjeu stratégique de la guerre se situe à cet endroit précis. Le contenu génère en effet des flux économiques indispensables en termes d'amortissements. Cet aspect conditionne la réalité des autoroutes de l'information dont l'enjeu s'était pourtant voulu, au départ, plus altruiste.

²⁵⁶ T. TALONEN, op.cit., note 204, p. 39.

²⁵⁷ Allocution lors d'une conférence à l'Université de Berkeley sur les DRM.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES ET RECUEILS

ALAI, <u>La mise en œuvre des droits d'auteur</u>, <u>le rôle de la législation nationale en droit d'auteur</u>, Congrès de Berlin juin 1999, Munich, Adolf Dietz, 2000.

ARNAUD, A-J., <u>Entre modernité et mondialisation</u>. <u>Cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État</u>, coll. « Droit et société », Paris, LGDJ, 1998.

BENHAMOU, F., L'économie de la culture, Paris, La découverte, 2003.

CACHARD, O., <u>La régulation internationale du marché électronique</u>, Paris, LGDJ, 2002.

COASE, R., <u>Le coût du droit – Présentation et traduction d'Yves Marie Morissette</u>, Paris, PUF, 2000.

DUSOLLIER, S., <u>Droit d'auteur et protetion des œuvres dans l'univers numérique</u>, Bruxelles, Larcier, 2005.

DUTHEIL de la ROCHERE, J. (dir.), <u>La concurrence dans la société de</u> l'information, Paris, Panthéon-Assas, 2002.

EDELMAN, B., <u>Droit d'auteur</u>, <u>Droits voisins</u>: <u>droit d'auteur et marché</u>, Paris, Dalloz, 1993.

EINHOM, M., Media, technology and copyright: integrating law and economics, Cheltenham, UK, Edward Elgar, 2004.

FARCHY, J., Internet et le droit d'auteur, Paris, CNRS, 2003.

FICSOR, M., <u>Collective Management of Copyright and Related Rights</u>, Geneva, World Intellectual Property Organization, 2002.

FRIEDMAN, D., <u>Law's order: what economics has to do with law and why it matters</u>, Princeton University Press, 2000.

FRISON-ROCHE, M-A., (dir.), <u>Droit et économie de la propriété intellectuelle</u>, coll. « Droit et économie », Paris, LGDJ, 2005.

FRISON-ROCHE, M-A., (dir.), <u>Les régulations économiques : légitimité et efficacité</u>, coll. « Thèmes et Commentaire », Paris, Dalloz, 2004.

FRISON-ROCHE, M-A., (dir.), <u>Les risques de régulation</u>, coll. « Thèmes et Commentaire », Paris, Dalloz, 2005.

GAUTRAIS, V., (dir.), <u>Droit du commerce électronique</u>, Montréal, Thémis, 2002.

GORDON, W. et R. WATT, <u>The Economics of Copyright</u>, Cheltenham (Grande-Bretagne), Edward Elgar, 2003.

GREFFE, X., Économie de la propriété artistique, Paris, Economica, 2005.

HUGENHOLTZ, P.B., The Future of Copyright in a Digital Environment, La Haye, Kluwer Law International, 1996.

KRASILOVSKY, W. et S. SHEMEL, <u>This Business of MUSIC</u>, New York, Billboard Books, 2003.

LANDES, W. et R. POSNER, <u>The Economic Structure of Intellectual Property Law</u>, London, The Belknap Press of Harvard University Press, 2003.

LECOMTE, D., <u>Les normes et les standards du multimédia: XML, MPEG-4 et 7, MPEG-21, JPEG 2000, MP3, Web3D, WAP...et les autres, Paris, Dunod, 2000.</u>

LESSIG, L., Code and Other Laws of Cyberspace, New York, Basic Books, 1999.

LEVEQUE, F. et Y. MENIERE, <u>Économie de la propriété intellectuelle</u>, Paris, La Découverte, 2003.

LEVY, J-P., Histoire de la propriété, Paris, PUF, 1972.

LITMAN, J., <u>Digital copyright: protecting intellectual property on the Internet</u>, Amherst, N.Y., Prometheus Books, 2001.

LUCAS, A., J. DEVEZE et J. FRAYSSINET, <u>Droit de l'informatique et de l'Internet</u>, Paris, Thémis, 2001.

LUCAS, A., Le droit d'auteur et numérique, Paris, Litec, 1998.

LUCAS, A. et H-J. LUCAS, <u>Traité sur la propriété littéraire et artistique</u>, Paris, Litec, 2001.

MEDEMA, S., <u>The legacy of Ronald Coase in economic analysis</u>, Aldershot, UK, Edward Elgar, 1995.

MERGES, R. et J. GINSBURG, (dir.) <u>Foundations of Intellectual Property</u>, New York, Foundation Presse, 2004.

MERGES, R., P. MENELL et M. LEMLEY, <u>Intellectual Property in the new technological age</u>, Gaithersburg, NY, Aspen Law & Business, 2000.

NABHAN, V., <u>Mélanges</u>, Montréal, Yvon Blais, Hors série, Cahiers de la Propriété intellectuelle, 2004.

NGOMBE, L-Y., <u>Le droit d'auteur français et le copyright américaine</u>, Étude <u>comparative</u>, Paris, Presses Universitaires Septentrion, 2000.

NGUYEN DUC LONG, C., La numérisation des œuvres, Paris, Litec, 2001.

OPPETIT, B., Droit et Modernité, Collection Doctrine Juridique, Paris, PUF, 1998.

POLLAUD-DULIAN, F., Le droit d'auteur, Paris, Economica, 2005.

PEJOVICH, S., <u>The economics of property rights: towards a theory of comparative systems</u>, Boston, Kluwer academics Publishers, 1990.

PEJOVICH, S., <u>The economic foundation of property rights: selected readings</u>, Cheltenham, UK, Edward Elgar, 1997.

PARIS, T., Le droit d'auteur : l'idéologie et le système, Paris, PUF, 2002.

PELISSIER, A., Possession et meubles incorporels, Paris, Dalloz, 2001.

PUTTMANS A., <u>Droits intellectuels et concurrence déloyale</u>, pour une protection <u>des droits intellectuels par l'action en concurrence déloyale</u>, Bruxelles, Bruylant, 2000.

RAHNASTO, I., <u>Intellectual Property Rights</u>, <u>External Effectes</u>, <u>and Anti-trust Law</u>, Oxford University Press, 2003.

SENFTLEBEN, M., Copyright, limitations and the three-step test, La Haye, Kluwer Law International, 2004.

STROWELL, A. et E. DERCLAYE, <u>Droit d'auteur et numérique : logiciels, bases de données, multimédia</u>, Bruxelles, Bruylant, 2001.

TAKEYAMA, L., W. GORDON et R. TOWSE, (dir.) <u>Developments in the Economics of Copyright</u>, Cheltenham (Grande-Bretagne), Edward Elgar, 2005.

TORRE-SCHAUB, M., Essai sur la construction juridique de la catégorie de marché, Paris, LGDJ, 2002.

TRUDEL, P., F.ABRAN, K. BENYEKHLEF et S. HEIN, <u>Droit du cyberespace</u>, Montréal, Thémis, 1997.

VIVANT, M., (dir.) <u>Propriété intellectuelle et mondialisation</u>. <u>La propriété intellectuelle est-elle une marchandise?</u>, coll. « Thèmes et Commentaire », Paris, Dalloz, 2004.

WATT, R., <u>Copyright and Economic Theory</u>, Cheltenham (Grande-Bretagne), Edward Elgar, 2000.

WEKSTEIN, I., <u>Droits voisins du droit d'auteur et numérique</u>, Jurisclasseur, Litec, 2002.

THESES, MEMOIRES, EXPOSES

BADIANE, L., <u>Les mesures techniques de protection: un délicat compromis,</u> mémoire de DESS Droit du multimédia et de l'informatique, Université Paris II, 2004, [non publié].

BOMSEL, O., <u>Digital Content Distribution Systems</u>, Séminaire sur la distribution digitale des contenus à l'École des Mines de Paris, 2006, http://www.cerna.ensmp.fr/cerna_numeriques/prog/Seminar.htm (dernière consultation le 24 avril 2006).

COURTOIS, G., <u>1991 - 2001</u>, <u>10 ans de directives communautaires en droit d'auteur : bilan et perspectives</u>, Mémoire de DESS droit du numérique et des nouvelles techniques, Université Paris I, 2003, [non publié].

DE RICHOUFFTZ, J., <u>L'impact de la dématérialisation sur la filière musicale et plus généralement sur le droit d'auteur</u>, Mémoire de DESS Droit du Multimédia et de l'informatique, Université Paris II, 2002-2003, [non publié].

DE WULF, O., <u>Le Faire Use et les exceptions au droit d'auteur : aspects de droit comparé</u>, Mémoire de DEA de Droit Comparé, Université Paris II, 2002-2003, [non publié].

DUTAT, M., <u>La remise en cause du monopole des producteurs de phonogrammes à l'ère numérique</u>, Mémoire de DESS droit du multimédia et des systèmes d'information, Université Robert Schumann Strasbourg, 2003, [non publié].

EL OUAZZANI, K., <u>L'impact des technologies numériques sur l'industrie de la musique</u>, Mémoire de HEC Montréal, 2003, [non publié].

GEFFROY, A-G., Economic Analysis of Copyright Laws and DRMs, Séminaire sur la distribution digitale des contenus à l'École des Mines de Paris, 2006, http://www.cerna.ensmp.fr/cerna_numeriques/prog/Seminar.htm (dernière consultation le 24 avril 2006).

GUDMUNDSSON, R., <u>La justification économique des droits de la propriété intellectuelle</u>, thèse de doctorat, Université Paris I, 1998, [non publié].

LACKER, J., <u>Les œuvres en ligne en droit comparé : droits américain et français</u>, Mémoire de DESS Droit Numérique et des Nouvelles Technologies, Université Paris I – Paris XI, 2003, [non publié].

LE COURTOIS, C., <u>L'industrie musicale face au nouvel environnement technologique</u> (1999) <u>www.etudiants.ch/upload/documents/</u> (dernière consultation le 20 septembre 2006).

PERRIN, E., <u>La gestion des DRM en perspective</u>, mémoire de DESS de Droit et Pratique du Commerce électronique, Université Paris V, 2004, <u>www.droit-tic.com</u> (dernière consultation le 13 mars 2006).

RIOU, C. et M. PERONA, <u>L'économie du star-system</u>, Exposé réalisé dans le cadre d'un séminaire « E post-industrielle » de D. COHEN, École Normale Supérieure, 2002.

TALONEN, T., <u>Disruptive Technologies and The Music Industry</u>, Présentation Power Point, Telecommunication Software and Media Laboratory, Helsinki, 2003.

RAPPORTS ET LIGNES DIRECTRICES

BULTE, S., <u>Rapport intérimaire sur la réforme du droit d'auteur</u>, Ottawa, Comité permanent du patrimoine canadien, mai 2004.

BUREAU DE LA CONCURRENCE, <u>Propriété intellectuelle : Lignes directrices</u> <u>pour l'application de la loi</u>, Gouvernement du Canada, 2000, en ligne : <u>http://concurrence.ic.gc.ca</u>

DE BROGLIE, G., <u>Le droit d'auteur et Internet</u>, Rapport du groupe de travail de l'académie des sciences morales et politiques présenté en juillet 2000, en ligne : http://www.asmp.fr/sommaire6/gpw/droitdauteur/rapport.pdf (dernière consultation le 10 mars 2006).

CHANTEPIE, P., <u>Mesures techniques de protection des œuvres et DRMS</u>, Étude remise à l'Inspection Générale de l'Administration des Affaires Culturelles le 8 janvier 2003, en ligne: <u>http://www.culture.gouv.fr/culture/cspla/Mptdrms.pdf</u> (dernière consultation le 28 mars 2006).

- INDUSTRIE CANADA, <u>Document de consultation sur les questions de droit d'auteur à l'ère numérique</u>, Ottawa, Direction de la politique de la propriété intellectuelle Industrie Canada et la Direction de la politique droit d'auteur- Patrimoine Canadien, juin 2001.
- FAD RESEARCH INC., <u>La transformation de la distribution de la musique</u>: <u>Les effet des technologies numériques sur l'industrie de la musique</u>, réalisé pour le ministère du Patrimoine canadien, Direction générale du film, de la vidéo et de l'enregistrement sonore, mars 2004.
- IFPI, <u>IFPI: 06</u>, <u>Digital Music Report</u>, (2006), Londres, en ligne: <u>www.ifpi.org/site-content/library/digital-music-report-2006.pdf</u> (dernière consultation le 19 avril 2006).
- IFPI, <u>Digital Music Report</u>, (2005), Londres, en ligne: http://www.ifpi.org/site-content/library/digital-music-report-2005.pdf (dernière consultation le 19 avril 2006).
- IFPI, <u>Digital Music Report</u>, (2006), Londres, en ligne: http://www.ifpi.org/site-content/library/digital-music-report-2006.pdf (dernière consultation le 19 avril 2006).
- HORN, P., E. MAXWELL et S. CRAWFORD, <u>Promoting Innovation and Economic Growth: The Special Problem of Digital Intellectual Property</u>, (2004) Rapport du Digital Connections Council of the Committee for Economic Development, en ligne: http://www.ced.org/docs/reports/report_dcc.pdf (dernière consultation le 21 le point avril 2006).
- KRIM, T., <u>Le peer to peer un autre modèle économique pour la musique</u>, Étude remise le 16 juin 2004 à l'ADAMI, en ligne : http://www.irma.asso.fr/article.php3?id_article=87 (dernière consultation le 10 mars 2006).
- LE FORUM DES DROITS SUR L'INTERNET, <u>Peer-to-peer: Quelle utilisation pour quels usages?</u>, Synthèse du forum de discussion publiée le 20 juin 2003, http://www.foruminternet.org.
- MULLER, M., <u>Les droits d'auteur</u>, Rapport du Conseil Économique et social présenté au nom de la section du cadre de vie, le 23 juin 2004, http://www.irma.asso.fr/article.php3?id_article=86 (dernière consultation le 10 mars 2006).
- OCDE, <u>Peer to peer Networks in OECD Countries</u>, prépublication du chapitre 5 du rapport de l'OCDE « Perspectives des technologies de l'information 2004 », <u>www.oecd.org/dataoecd/55/57/32927686.pdf</u> (dernière consultation le 24 avril 2006).

OCDE, <u>Contenus numérique haut débit : la musique</u>, Rapport non classifié du Groupe de travail sur l'économie de l'information de décembre 2004, www.oecd.org/dataoecd/11/54/34992262.pdf (dernière consultation le 24 avril 2006).

OBSERVATOIRE EUROPÉEN DE L'AUDIOVISUEL, <u>Tendances</u> <u>du marché mondial du film</u>, FOCUS 2005, en ligne: <u>www.obs.coe.int/online_publication/reports/focus2005.pdf</u> (dernière consultation le 19 avril 2006).

OMPI, Études sur les limitations et les exceptions au droit d'auteur et aux droits connexes dans l'environnement numérique, Comité permanent du droit d'auteur et des droits connexes, Genève, 23 au 27 juin 2003.

OMPI, <u>Tendances récentes dans le domaine de la gestion numérique des droits</u>, Comité permanent du droit d'auteur et des droits connexes, Genève, 3 au 5 novembre 2003.

RUSHTON, M., <u>Impact économique de la ratification des Traités OMPI sur le régime de la copie privée</u>, Rapport réalisé pour le ministère du Patrimoine canadien, juin 2002.

U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE AND THE FEDERAL TRADE COMMISSION, Antitruts Guidelines for the Licensing of Intellectual Property, 1995, http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/0558.htm (dernière consultation le 19 avril 2006).

VAN GRASSTEK COMMUNICATIONS, <u>Trade-related Intellectual Property Rights</u>: <u>United Stated Trade Policy</u>, <u>Developing Countries and the Uruguay Round</u>, Étude faite pour la CNUCED, 1990.

ARTICLES DE DOCTRINE ET ALLOCUTIONS DE COLLOQUES

ABBOTT, F., « Distributed Governance at the WTO-WIPO: an evolving model for open-architecture integrated governance » [2000] J. Int'l Econ. L. 63-81.

AITMAN, D. & JONES, A., « Competition Law and Copyright: Has the Copyright Owner Lost the Ability to Control his Copyright? » [2004] Eur. I.P. Rev. 137-147.

ANDERSON, R. et N. GALLINI, « La politique de concurrence et les droits de la propriété intellectuelle dans l'économie du savoir » (1998) 9, University of Calgary Press.

BAKER, S., P. LICHTENBAUM, M. SHENK et M. YEO, «E-products and the WTO» (2001) 35, Int'l Law. 20.

BENABOU, V-L., « Puiser à la source du droit d'auteur » (2002) 192 R.I.D.A. 2.

BIRNHACK, M., « Global Copyright, Local Speech » (2006), en ligne: http://ssrn.com/abstract=888297 (dernière consultation le 13 mars 2006).

BOURREAU, J-M. et B. LABARTHE-PIOL, « Crise des ventes de disques et téléchargements sur les réseaux peer-to-peer : le cas du marché français » (2005) : http://egsh.enst.fr/bourreau/Recherche/crise.pdf (dernière consultation le 25 avril 2006).

BOURQUE, S., « Un conflit qui s'amorce : le droit de la concurrence et la propriété intellectuelle » (2000) 138, R. du B. 1-42.

BREYER, S., « The uneasy case for copyright: A Study in copyrights in books, Photocopies and Computers programs » (1970) 84 Harv. L. Rev. 281-351.

BRUNET, F., « Commerce électronique et droit de la concurrence » (2004) 27, Petites Affiches, 45.

BUYDENS M. et S. DUSOLLIER, « Les exceptions droits d'auteur dans l'environnement numérique : évolutions dangereuses » (2001) chron. n° 22, Communication Commerce électronique, p. 11.

CABRERA BLAZQUEZ, F.J., « Regulación de la copia privada a nivel europeo y jurisprudencia reciente en materia de redes P2P » (2005) Allocution lors du congrès international <u>Copia Privada y Paratería de Obars Protegidas por el Derecho de Autor</u>, Université de la Rioja.

CARON, C., « Le droit d'auteur à l'abri de l'ouragan du droit communautaire de la concurrence » (2002) 67, Communication-Commerce Electronique,.

CARRIER, M., «Cabining Intellectual property through a property paradigm» (2004) 54, Duke L. J. 1.

CARRIÈRE, L., « L'adhésion du Canada à l'OMC et les modifications conséquentes aux lois canadiennes de propriété intellectuelle » (2001), en ligne : http://www.robic.com.

CHAMPEAU, G., « Licence de diffusion culturelle : légalisons le P2P », publié le 29 mars 2004 : http://www.epuisDROIT.fr .

COASE, R., « The Problem of Social Cost » (1960) 3, J. L. & Econ. 1-44.

COLANGELO, A., « Copyright Infringement in the Internet Era: the challenge of MP3s » [2002] Alta. L. Rev.

COULAUD, M., « Droit d'auteur et téléchargement de fichiers ou le désaccord parfait ? » (2006) 12, R.L.D.I. 47.

COULAUD, M., « Libres propos sur les enjeux économiques et juridiques de l'industrie musicale face aux évolutions technologiques » (2005) 2, R.L.D.I. 8.

COTTER, T., « The Precompetitive Interest in Intellectual Property Law » [2005] Wash. & Lee L. Rev., Paper No. 25, http://ssrn.com/abstract=870307 (dernière consultation le 13 mars 2006).

DANIEL, J., « Propriété intellectuelle-Concurrence-Multimédia : Voyage au cœur d'un kaléidoscope virtuel » (2002), en ligne : http://www.robic.com/cpi/Cahiers/09-3/02DanielW97.htm (dernière consultation le 19 avril 2006).

DAVIDSON, M., «Geographical Restraints on the Distribution of Copyright Material in a Digital Age: Are they Justified? » (1996) 9, Eur. I. P. Rev. 477.

DAVIES, C., « WIPO Treaties – The New Framework for the Protection of Digital Works » (1997) 94, Communications Law, 46.

DE VANY, A. et D.W. WALLS, «Uncertainty in the Movie Industry: Does Star Power Reduce the Terror of the Box Office» (1999) 34/4, Journal of Cultural Economics, 285.

DORION, A., « Le déclin de l'emprise américaine ? Divergences entre le droit de la concurrence et celui de la PI dans le cinéma » (1997), en ligne : http://www.robic.com/cpi/Cahiers/09-2/03DorionW97.htm (dernière consultation le 22 avril 2006).

DOUGLAS, G., « Copyright and Peer-to-Peer Music File Sharing: The Napster Case and the argument against legislative reform » (2004) 11, Murdoch U.E.J.L. 1: www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v11n1/douglas111nf.html (dernière consultation le 22 juin 2004).

DUSOLLIER, S., « Le défi du droit face au commerce électronique : les initiatives de l'Union européenne » (2000) 5, Systèmes d'information et management, 1.

DUSOLLIER, S., « Incidence et réalité d'un droit de contrôler l'accès aux oeuvres en droit européen » (2000) 18, Cahiers du CRID Le droit d'auteur : un contrôle de l'accès aux œuvres, 44.

ESPINEL, V.A., « Music Distribution over the Internet: United States Copyright Law and the WIPO Performances and Phonograms Treaty » [1998] Ent. L. Rev. 49.

ETHIER, W., « Intellectual property rights and dispute settlement in the World Trade Organization » (2004) 7/2, J. Int'l Econ. L. 449-458.

FRANKEL, S., « The WTO's Application of 'The Customary Rules of Interpretation of Public International Law' to Intellectual Property » (2005) 46 Virginia Journal of International Law, http://ssrn.com/abstract=795986 (dernière consultation le 13 mars 2006).

GANLEY, P., « Surviving Grokster: Innovation and the Future of Peer-to-Peer » (2006) 28/15, Eur. I. P. Rev., http://ssrn.com/abstract=876614 (dernière consultation le 13 mars 2006).

GANLEY, P., « The Internet, Creativity and Copyright Incentives » (2005) 10, Journal of Intellectual Property Rights, 188, http://ssrn.com/abstract=876910 (dernière consultation le 13 mars 2006).

GAUDRAT, P., « Réflexions dispersées sur l'éradication méthodique du droit d'auteur dans la société d'information », (2003) 1, Rev. Trim. Dr. Com. 87-108.

GAUDRAT, P., « Réflexions dispersées sur l'éradication méthodique du droit d'auteur dans la société d'information », (2003) 2, Rev. Trim. Dr. Com. 285-301.

GAUTIER, P-Y., Juris-Classeur Propriété littéraire et artistique, 1997, Fasc. 1165, n° 34.

GENDREAU, Y., « Le droit de reproduction et Internet » (1998) 178, R.I.D.A. 111.

GERVAIS, D., «Digital Technology and the «Copyright Industries» (1996) 62, Copyright World, 22.

GERVAIS, D., « The internationalization of Intellectual property: new challenges from the very old to the very new » [2002] Fordham I. P. Media & Ent. L. J.

GERVAIS, D., « Towards a new core international copyright norm: The reverse three-step test » (2004), http://ssrn.com/abstract=499924 (dernière consultation le 13 mars 2006).

GINSBURG, J.C., «Toward Supranational copyright Law? The WTO Panel Decision and the Three-Step Test for copyright exceptions» (2001) 187, R.I.D.A.

GORNIS, G. « Réflexions sur l'impact des mesures techniques de protection des œuvres » (2002), www.juriscom.net

GOUTAL, J-L., « L'environnement de la directive droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information en droit international et comparé », [2002] Communication -Commerce électronique, 9.

GUIBAULT, L., « Le tir manqué de la directive européenne sur le droit d'auteur dans la société d'information », [2002], C.P.I.

HILTY, R., « L'avenir du droit d'auteur dans le dilemme numérique » (2005) 1, R.L.D.I. 49.

HUGOT, O., « *Copyright* et innovation technologique: de *Sony* à *Grokster*, avancées et faux pas de la Cour suprême » (2005) 239, R.L.D.I. 6.

HURT R. et R. SCHUCHMAN, « The economic rationale of copyright » (1966) 56, American Economic Review, 431.

KATZ, M.L. et C. SHAPIRO, « Product Introduction with Network Externalities » (1992) 40, Journal of Industrial Economics, 55.

KEREVER, A. « Droit d'auteur et mondialisation » [1997] OMPI / GATT.

KERR, I., A. MAURUSHAT et C. TACIT, «Technological Protection Measures: Tilting at the Copyright Windmill » (2003) 34, Ottawa L. Rev. 9-82, http://ssrn.com/abstract=793504 (dernière consultation le 13 mars 2006).

KHOUZAM. R., « Comment la crainte de sous-protection engendrera la catastrophe de la surprotection : examen constitutionnel du Digital Millenium Copyright Act », (2004) 9/1, Lex Electronica, http://www.lex-electronica.org.

KIM, S., «The Reinforcement of International Copyright For the Digital Age» (2002) 16, I. P. J. 93.

KOBOLDT, C., « Intellectual Property and optimal Copyright Protection » (1995) 19, Journal of Cultural Economics, 131-155.

KOELMAN. K., « Copyright Law & Economics in the EU Copyright Directives : Is the Droit d'auteur passé ? » (2004) 35/6, International Review of Intellectual Property and Competition Law, 603-638.

KOELMAN, K., « The Levitation of Copyright: An Economic View of Digital Home Copying, Levies and DRM » (2005) 4, Ent. L. Rev., 75-81.

LANDES, W. et R. POSNER, « An economic analysis of copyright law » (1989) 18, J. Legal Stud. 325.

LAURENT, P., « Protection des mesures techniques et exception de copie privée appliquées à la musique : un conflit analogique-numérique ? » (2003) 16, Revue Ubiquité, 27-40.

LEMLEY, M. A. et R. A. REESE, «Reducing Digital copyright infringement without restricting innovation », (2004) 20, Stanford Law Review, 102-187.

LEYMORIE, R., « Cryptage et droit d'auteur » (1998) 10, C.P.I. 423.

LICHTMAN, D., « Defusing DRM » [2006] Chicago Law & Economics, Paper No. 282 http://ssrn.com/abstract=883676 (dernière consultation le 13 mars 2006).

MACKAAY, E., « L'économie des droits de propriété émergents sur l'Internet » (1997) 9/3, C.P.I. 281-300.

MACKAAY, E. « Intellectual Property and the Internet: The Share of sharing » dans Elkin-Koren et Neil Netanel (dir.), <u>The Commodification of Information</u>, The Hague, Kluwer, 2002, 133-146.

MACKAAY, E., « La propriété intellectuelle et l'innovation - Analyse économique des droits » (2003) 119, Dr. Et pat. 61-67.

MACREZ, F., « Les pirates en galère... » (2005) 305, R.L.D.I. 6.

MAILLARD, T., « Mesures techniques de protection, logiciel est acquis communautaire : interface et interférence des directives n° 91/250/CEE et 2001/29/CE » (2005) 154, R.L.D.I. 66.

MANNA, S., « Distribution en réseau fermé et Internet au regard du droit de la concurrence » (2000) Intellex.

MASKUS, K., « Lessons from Studying the International Economics of Intellectual Property Rights » (2000) 53, Vanderbilt L. Rev. 2219.

MENELL, P. et S. SCOTCHMER, « Intellectual Property », HANDBOOK OF LAW AND ECONOMICS, A. Mitchell Polinsky and Steven Shavell, Forthcoming, http://ssrn.com/abstract=741424 (dernière consultation le 13 mars 2006).

MERGES, R., «The New Institutional Economics» (2000) 53, Vanderbilt L. Rev.1859.

MOUSSERRON, J-M., « Valeur, bien, droit » dans <u>Mélanges Breton Derrida</u>, Paris, Dalloz, 1991, 282.

MOYSE, P-E. « La nature du droit d'auteur : droit de propriété ou monopole ?» (1998) 43, McGill L. J. 507.

MOYSE P-E., « La loi canadienne sur le droit d'auteur doit-elle être repensée ? » (2001), <u>www.robic.ca</u>

NOVOS, I. et WALDMAN, M., «The effects of increased copyrights protection: An analytic approach » (1984) 92/2, Journal of Political Economy, 236-246.

OBERHOLZER F. et K. STRUMPF, « The Effect of File Sharing on Record Sales : An Empirical Analysis » [2004], University of North Carolina – Chapell Hill.

OPDERBECK, D., « Peer-to-Peer Networks, Technological Darwinism, and Intellectual Property Reverse Private Attorney General Litigation » (2005), http://ssrn.com/abstract=764825 (dernière consultation le 13 mars 2006).

PECORARO, A-M., « Les DRM (Digital Rights Management) à l'âge des responsabilités » (2005), http://www.droit-technologie.org (dernière consultation le 11 août 2006).

PÉPIN René, « Piratage, musique et Internet : la solution se trouve-t-elle dans le modèle américain? » (2002) 7/2, Lex Electronica, http://www.lex-electronica.org.

PONS, J-F. « Nouveaux enjeux et réformes de la politique européenne de concurrence » (2001) 220, Petites Affiches, 21.

LANDES, W. et R. POSNER, « An economic Analysis of Copyright Law » (1989) 18, J. Legal Stud.

PLANT, A., « The economic aspects of copyrights in books » (1934) 1/2, Economica.

RAMELLO, G., « Copyright and Antitrust issues » [2002] Serie Economia e Impresa.

RENAUD, M. et D. THERIEN, « Droit de la propriété intellectuelle : antinomie ou complémentarité ? » (2003) 197, R. du B. 329-365.

RICE, D., « Copyright as Talisman : Expanding Property in Digital Works » (2002) 16/2, Int'l Rev. L. Comp. & Tech.

SARDAIN, F., « Du déplombage aux logiciels P2P : l'histoire sans fin ? » [2004] Dalloz, chr p.330.

SHAPIRO, T., « Protection des mesures techniques et lien avec les exceptions au droit d'auteur dans la directive droit d'auteur et le DMCA américain. » (2003) Gaz. Pal.1306.

SIRINELLI, P., « Le droit d'auteur à l'aube du troisième millénaire » (2000) I, J.C.P. G. 194.

SOUFRON, J-B., « Le peer-to-peer face à la logique du droit d'auteur : vers la nécessaire reconnaissance du droit du public » (2004), http://soufron.free.fr/ (dernière consultation le 11 août 2006).

STANBURY, W., «On the Relationship Between Competition Policy and the Copyright Act in Canada» dans Ysolde GENDREAU (dir.), Institutions administratives du droit d'auteur, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, à la page 329.

STROWEL, A., « Le P2P: une problème pressant en attente d'une réponse législative? » (2005) 17, Propriétés intellectuelles, 428.

TARANTINO, B., «I've got this idea for a show...- Copyright Protection for Television Show and Motion Picture Concepts and Proposals» (2003) 17.2, I. P. J. 189.

TAWFIK, M., « Copyright as Droit d'auteur » (2003) 17.1, I. P. J. 59.

TAWFIK, M., « La législation internationale sur le droit d'auteur et 'l'utilisation équitable' comme 'droit des utilisateurs' » (2005) 2, e-Bulletin du droit d'auteur, http://portal.unesco.org/culture (dernière consultation le 11 août 2006).

TOWSE, R. « Assessing the economic effects of copyright and its reform » (2003), http://www.oiprc.ox.ac.uk/EJWP0703.pdf (dernière consultation le 11 août 2006).

VAIDHYANATHAN, S., « Celestial Jukebox: The Paradox of Intellectual Property » (2005) 74/2, The American Scholar, 131-135, http://ssrn.com/abstract=712962 (dernière consultation le 13 mars 2006).

VAVER, D., « Canada's Intellectual Framework : A Comparative Overview » (2004) 17.2, I. P. J. 125.

VERCKEN, G., « La protection des dispositif technique : recherche clarté désespérément : à propos de l'article 6.4 de la directive du 22 mai 2001 » (2002) 2, Propriétés intellectuelles.

VIVANT, M., « Entre droit d'auteur et copyright : l'Europe au carrefour des logiques » (2003), http://www.robic.com/cpi/Cahiers/10-1/03VivantW97.htm (dernière consultation le 19 avril 2006).

VON LEWINSKI, S., « Quelques problèmes juridiques concernant la mise à disposition d'œuvres littéraires et artistiques et autres objets protégés sur les réseaux numériques », (2005) 1, e-Bulletin du droit d'auteur.

VON LEWINSKI, S., « Américanisation de la propriété intellectuelle », (2004) 10, Propriétés intellectuelles, 482-491.

VON LEWINSKI, S., « Le rôle du droit d'auteur dans le droit du commerce international d'aujourd'hui », (1994) 161 R.I.D.A. 4.

WARREN, R., « Pandoras' music box » (2003), www.ipworldonline.com.

DE WERRA, J., « Le régime juridique des mesures techniques de protection des oeuvres selon les traités de l'OMPI, Le Digital Millenium copyright Act, de directives européennes et d'autres législations » (2001) 189 R.I.D.A.

YEN, A., « Third Party Copyright Liability After Grokster », Boston College Law School Research Paper No. 90, http://ssrn.com/abstract=885544 (dernière consultation le 13 mars 2006).

TABLE DE LEGISLATION

TEXTES INTERNATIONAUX

Convention internationale sur la protection des artistes interprète ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion, Rome, le 26 octobre 1961.

Convention de Berne pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques, [1972] 828 U.N.T.S. 221, signée le 9 septembre 1886 et révisée en dernière date à Paris, le 24 juillet 1971.

Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, Annexe Ic aux accords de Marrakech instituant l'Organisation Mondiale du Commerce, conclu à Marrakech le 15 avril 1994, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1996.

Proposition de base concernant les dispositions de fond du traité sur certaines questions relatives à la protection des œuvres littéraires et artistiques soumise à l'examen de la conférence diplomatique, établie par le Président des comités d'experts sur un éventuel protocole relatif à la Convention de Berne et sur un éventuel instrument relatif à la protection des droits des artistes interprètes ou exécutants et des producteurs de phonogrammes du 30 août 1996, http://www.wipo.int/eng/dip/conf/4dc_all.htm

Traité de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle sur le droit d'auteur, Genève, du 20 décembre 1996, entré en vigueur le 6 mars 2002.

Traité de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes, Genève, du 20 décembre 1996, entré en vigueur le 20 mai 2002.

TEXTES EUROPÉENS

Directive 93/98/CEE du Conseil du 29 octobre 1993 relative à l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins (J.O.L. 290 du 24.11. 1993, p. 9).

Directive 96/9/CEE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données (J.O.L. 77 du 27.3.1996, p. 20).

Communication sur le suivi du Livre vert sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la Société d'information, le 15 novembre 1996, Com. 1996, 586/3.

Directive 97/33 du Parlement européen et du Conseil du 30 juin 1997 relative à l'interconnexion dans le secteur des télécommunications en vue d'assurer un service universel et l'interopérabilité par l'application des principes de fourniture d'un réseau ouvert (JOCE L 199 du 6.07.1997, p.32.). Directive modifiée par la directive 98/61/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 septembre 1998 modifiant la directive 97/33/CE pour ce qui concerne la portabilité du numéro et la présélection de l'opérateur (JO L 268 du 3.10.1998, p. 37).

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 (J.O.L. 167 du 22.06.2001, p. 10-19).

Directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de la propriété intellectuelle (J.O.L. 157 du 30.04.2004, p. 45).

TEXTES NATIONAUX

Canada

Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42.

Loi de mise en oeuvre de l'Accord sur l'Organisation mondiale du commerce, L.C. 1994, ch. C-47.

Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1997, ch. C-42.

Projet de loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur, 2005, ch. C-60.

États-unis

The Constitution of the United States of America.

Copyright Act, Pub.L. no 94 -553, Title 17 U.S.C. 90 Stat. 2598 (1976).

Trade Act: Actions by United States Trade Representative 19 U.S.C. §2411 (1974).

The Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988 (HR 3). SEC.3004.

Sonny Bono Copyright Term Extension Act, Pub.L. nº 105 -298, 112 Stat. 2827 (1998).

Digital Millennium Copyright Act, Pub.L. nº 105-304, 112 Stat. 2860 (1998).

France

Loi n° 92-597 du 1^{er} juillet 1992 relative au Code de la propriété intellectuelle, J.O. 3 juillet 1992. (Code de la propriété intellectuelle)

Loi n° 2006-961 du 1er août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, J.O. 3 août 2006.

TABLE DE JURISPRUDENCE

Canada

Compo Co. Ltd c. Blue Crest Music Inc., (1979) 45 C.P.R. (2d) 1.

Canada c. NutraSweet Co., (1990) 32 C.P.R. (3d) 1.

Canada c. TéléDirect Inc, (1997) 73 C.P.R. (3d) 1.

Canada c. Warner Music Canada Ltd., (1997) 78 C.P.R. (3d) 321.

Tele-Direct Inc.c. American Business Information Inc., [1998] 2 C.F. 22.

CCH Canadian Ltd c. Law Society of Upper Canada, [1999] 2 C.P.R. 129 (T.D.).

Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada c. The Canadian Association of Internet Providers et al., [2002] 19 C.P.R. 289.

Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain, [2002] 2 R.C.S. 336.

BMG Canada c. John Doe, [2004] 3 C.F. 241 (T.D.).

États-Unis

United States v. Aluminum Co. of America, 148 F.2d 416, 430 (2d Cir. 1945).

United States v. Grinnell Corp., 384 U.S. 563, 571 (1966).

Jefferson Parish Hospital District No. 2 v. Hyde, 466 U.S. 2, 16 (1984)

Digidyne Corp. v. Data General Corp., 734 F.2d 1336, 1341-42 (9th Cir. 1984)

Sony Corp. of America v. Universal City Studio Inc., 464 U.S. 417 (1984).

Abbott Laboratories v. Brennan, 952 F.2d 1346, 1354-55 (Fed. Cir. 1991)

Universal City Studios, Inc. c. Reimerdes, 111 F. Supp. 346 2d (S.D.N.Y. 2000).

A & M Records, Inc. c. Napster Inc 114 F. Supp. 2d 896 (ND Cal. 2000), revised in part, 239 F. 3d 1004 (C.A.F. 2001).

Universal City Studios, Inc. c. Corley 273 F.3d 429 (2d Cir. 2001).

United States of America c. Elcom Ltd., 203 F. Supp. 1111 2d (N.D. Cal. 2002).

Metro-Goldwin Mayer Studios, Inc., et al. V. Gokster Ltd, and Streamcast Networks, Inc. 545 U.S. (2005).

Union européenne

Parke Davis, CJCE, 26 février 1968, aff 24/67, Rec CJCE 1968, p. 82.

Deutsche Gramophon, CJCE, 8 juin 1971, aff 78/70, Rec CJCE 1971, p. 487.

EMI Records c. CBS United Kingdom, CJCE, 15 juin 1976, aff 51/75, Rec CJCE 1975, p. 1473.

Magill TV Guide c. ITP, BBC et RTE, CJCE, 6 avril 1995, affaires jointes C-241/91 et C-242/91.

IMS Health Inc c. Commission, CJCE, 26 octobre 2001, aff T-184/01, Rec CJCE, p. 3193.

France

Cass. Com., 16 janvier 2001, Arrêt n° 118.

Trib. Com. Paris, SA Dreamnex c. SARL Kali-gona, 18 juin 2003: http://juriscom.net/jpt/visu.php?ID=280 (dernière consultation le 7 avril 2006).

Trib. gr. inst. Vannes, 29 avril 2004, Min. Public, FNDF, SEV, Gaumont, Disney, SACEM, SDRM et a. c. C.L, M.L, G.L., et a.

Trib. gr. inst. Paris, 30 avril 2004, UFC c. S.A. Films Alain Sarde, S.A. Société Universal pictures, S.A. Studio Canal.

Décision du Conseil de la concurrence du 9 novembre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Apple Computer, Inc. dans les secteurs du

téléchargement de musique sur Internet et des baladeurs numériques, Décision n° 04-D-54 accessible à http://www.conseil-concurrence.fr

Cass. Civ. 1^{ère}, 28 février 2006, *Stés Studio Canal, Universal Pictures Vidéo France, SEV* c. *Stéphane X et UFC Que-Choisir*, disponible sur <u>www.courdecassation.fr</u>, Arrêt n° 549.

Décision du Conseil constitutionnel n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, disponible sur www.conseil-constitutionnel.fr.

ARTICLES DE PRESSE ET LETTRES ELECTRONIQUES

PETROWSKI, N., « Le téléchargement, qu'ossa donne ? », La Presse, Lundi 5 avril 2004.

BRUNET, A., « Un juge n'attend pas l'autre! », La Presse, Mardi 6 avril 2004.

SITES INTERNET

http://www.assemblee-nationale.fr

http://www.atelier.fr

http://www.copyright.gov

http://www.creativecommons.org

http://www.culture.gouv.fr

http://www.ifpi.org

http://www.ompi.org

http://www.pch.gc.ca/progs/ac-ca/progs/pda-cpb/reform/index f.cfm

http://www.sdmi.org

http://www.thestar.com

http://www.wto.org

http:///www.ZDNet.fr