

Jean-Baptiste Soufron

soufron@free.fr

<http://soufron.free.fr>

LE PEER TO PEER FACE A
LA LOGIQUE DU DROIT
D'AUTEUR
VERS LA NECESSAIRE
RECONNAISSANCE DU DROIT DU
PUBLIC

« Chaque partie étant pleine de vice, le tout était pourtant un paradis... »

Mandeville Bernard, *La fable des abeilles : les vices privés cachent des vertus publiques*, 1714.

Remerciements à :

Ridouan Aziz

01/07/03

C'est pour protéger les auteurs contre leurs éditeurs qu'on a cru bon d'imposer une réglementation du droit d'auteur. Les évolutions technologiques récentes permettent de faciliter la reproduction des oeuvres et leur échange mais elles peuvent aussi permettre de contrôler totalement leur diffusion. Sous couvert de protéger les auteurs contre le piratage, les éditeurs tentent ainsi d'imposer, à leur profit, une nouvelle relation déséquilibrée entre eux et le public.

Historiquement, c'est l'invention de l'imprimerie qui permet, vers 1450, la reconnaissance progressive des auteurs dont les oeuvres peuvent désormais être beaucoup plus largement diffusées au public. L'usage d'une oeuvre incorporelle, comme une partition de musique, ne crée aucune concurrence entre ses utilisateurs puisque plusieurs personnes peuvent, désormais, jouer ou écouter en même temps un même morceau. Le développement de la reproduction des oeuvres autorise donc leur diffusion à un public plus important mais elle nécessite de lourds investissements en temps et en argent. Les éditeurs et les auteurs ont donc réclamé de remédier à l'état naturel des choses dans lequel tout un chacun peut réutiliser une oeuvre dont il a eu connaissance. On a alors accepté un certain contrôle de la liberté de reproduction pour ne pas décourager la diffusion de la culture et de la connaissance.

Le premier mécanisme de protection des auteurs a ainsi consisté à accorder des privilèges aux imprimeurs pour les encourager dans leur industrie. Il s'agissait de poursuivre un objectif économique de protection contre la contrefaçon. Les privilèges n'étaient alors que très rarement accordés directement à un auteur¹ mais, peu à peu, il est devenu nécessaire de commencer à protéger les auteurs contre les abus de leurs propres éditeurs. Finalement, la première loi² à reconnaître un véritable privilège de reproduction aux auteurs eux-mêmes est le Statute of Anne élaboré en 1710 en Grande-Bretagne³.

De son côté, la France consacre le droit d'auteur par une loi du 19 janvier 1791 qui reconnaît le droit de représentation. Elle promulgue ensuite une loi du 19 juillet 1793 qui consacre le droit de reproduction. Les deux textes sont articulés autour des idées qui resteront le coeur des législations à venir⁴ :

¹ Pouillet, Traité de la Propriété littéraire et artistique p7.

² Il est intéressant de noter que la première loi reconnaissant le droit d'auteur est un Statute, c'est-à-dire un acte de gouvernement ayant un objectif précis et dont la valeur est inférieure à la common law. Selon ses créateurs mêmes, le droit d'auteur n'était donc certainement pas un des éléments du droit naturel.

³ http://www.wikipedia.org/wiki/Statute_of_Anne
<http://www.law.mcgill.ca/coursenotes/copyright/donaldso.htm>

⁴ Colombet Claude, Propriété Littéraire et Artistique 6e édition, n°7.

- Le droit d'auteur est un monopole justifié par une création intellectuelle et il est conféré aux auteurs.
- Ce monopole est seulement un droit temporaire car il convient de tenir compte aussi de l'intérêt du public et de la nécessité de permettre la diffusion des oeuvres.

Aujourd'hui, la protection des auteurs suit une logique simple qui commence par reconnaître leurs droits avant de les limiter par certaines exceptions.

Au-delà du CD, du livre ou du DVD qui lui sert de support physique, une oeuvre divulguée au public est une chose incorporelle sur laquelle l'auteur jouit, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété exclusif et opposable à tous qui comporte les attributs suivants :

- Des attributs moraux pour éviter que le public ne fasse usage de l'oeuvre dans un sens contraire aux volontés initiales de l'auteur.
- Des attributs patrimoniaux⁵ pour permettre l'exploitation de l'oeuvre par l'auteur. Ils se subdivisent eux-mêmes en deux droits donnant lieu à des privilèges différents⁶:
 - Un droit de représentation.
 - Un droit de reproduction qui est le seul à concerner les oeuvres numérisées⁷.

Ce système de monopole légal est devenu la base de ce qu'on appelle maintenant une industrie de la culture. Bénéficiant des progrès de la technique, les oeuvres se sont en effet répandues de plus en plus facilement en générant des revenus de plus en plus importants. Pourtant, l'évolution technologique qui a présidé à cette évolution semble désormais dresser une barrière entre les intérêts des auteurs et ceux du public. En effet, suite logique du développement de l'informatique, les progrès de la numérisation et la généralisation des réseaux permettent maintenant au public

⁵ Art. L. 111-1. L'auteur d'une oeuvre de l'esprit jouit sur cette oeuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous. Ce droit comporte des attributs d'ordre intellectuel et moral ainsi que des attributs d'ordre patrimonial, qui sont déterminés par les livres Ier et III du présent code.

⁶ Art. L. 122-1. Le droit d'exploitation appartenant à l'auteur comprend le droit de représentation et le droit de reproduction.

⁷ TGI Paris, ord. réf. 5 mai 1997.

d'accéder quasi-instantanément à la culture en transformant chaque particulier en un éditeur électronique potentiel. A l'exemple du peer-to-peer, ces technologies menacent directement les revenus que les auteurs tiraient jusqu'à présent du contrôle de la reproduction de leurs créations.

L'attitude à adopter face à cette menace n'est pas évidente et les menaces de certains éditeurs finissent par conduire certains à dénoncer une véritable campagne de culpabilisation du public⁸. De son côté, le droit n'apporte que peu de réponses à une problématique nouvelle qui pose des questions aussi juridiques, qu'économiques ou politiques. Il est toutefois capital de réfléchir à ce problème en comprenant que la diminution du coût de reproduction des oeuvres vient modifier l'antique rapport de force qui avait longtemps présidé à la répartition des rôles entre les auteurs et le public.

En réalité, seule une minorité d'artistes vit aujourd'hui du monopole de la reproduction de leurs oeuvres⁹ tandis que les autres subsistent grâce à des activités secondaires de représentations ou de commandes. Pourtant, ce monopole génère des sommes importantes qui font vivre de nombreux éditeurs et leurs employés de sorte que ceux-ci sont les vrais intéressés au maintien du système actuel. Le véritable enjeu du débat semble donc se restreindre à un problème de répartition du pouvoir entre les éditeurs et le public voire, à terme, entre les éditeurs et les auteurs par le biais du contrôle de la diffusion de la culture.

Le coût de la reproduction des oeuvres et de leur distribution au public est maintenant limité par les nouvelles technologies informatiques. En apparence contradiction avec le monopole de reproduction reconnu aux auteurs, les réseaux Peer-to-Peer permettent d'échanger les fruits de la création en toute liberté¹⁰ (I). Face à cette remise en cause généralisée du système, on voudrait étendre les droits des auteurs au détriment du public en anéantissant les exceptions qui ont toujours limité leur pouvoir (II). Celui-ci n'a pourtant jamais eu vocation à être considéré comme un pouvoir absolu mais il semble, en revanche, nécessaire de rappeler qu'il doit être limité par l'intérêt du public et de la société (III).

⁸ « Qui va défendre la copie privée au MIDEM », UFC-Que Choisir, communiqué de presse, 20 janvier 2003.

⁹ Godeau Rémy et Inchauspé Irène, *Main Basse sur la Musique*, Calmann-Levy 2002.

¹⁰ Wekstein Isabelle, *Droit voisins du droit d'auteur et numérique*, n°61.

PLAN

I.Extension du P2P.....	6
A.Définition du Peer to Peer.....	6
1.Une architecture innovante.....	6
2.Une architecture en évolution.....	7
B.Applications du P2P.....	8
1.La mutualisation du calcul.....	8
2.La mutualisation du stockage.....	9
3.La mutualisation de la bande passante.....	9
4.La mutualisation des connaissances.....	10
II.Confrontation avec le droit d'auteur.....	11
A.Le P2P et la copie privée.....	11
1.Le champ d'application de l'exception de copie privée.....	11
2.La difficile définition du contenu de l'exception de copie privée.....	12
B.Illégitimité du caractère absolu du droit d'auteur.....	15
1.Caractère inconscient de l'acte de création.....	15
2.Caractère abstrait du droit absolu de l'auteur.....	16
3.Conséquences néfastes du droit absolu de l'auteur.....	16
III.Reconnaissance d'un véritable droit du public.....	18
A.Potentiel du P2P.....	18
1.Une plus grande fluidité de l'information.....	18
2.Un virage manqué par les industriels.....	19
B.Solutions proposées.....	19
1.L'interdiction et le contrôle du P2P.....	19
2.L'instauration d'une redevance.....	26
3.Vers la nécessaire reconnaissance d'un droit du public.....	28

I. Extension du P2P.

Avant d'essayer d'aborder la problématique croisée du P2P et du droit d'auteur, il semble important de revenir sur la notion de P2P elle-même (A) et sur ses applications (B).

A. *Définition du Peer to Peer.*

Les réseaux P2P bénéficient d'une architecture innovante (1) qui continue d'évoluer aujourd'hui (2).

1. Une architecture innovante.

Un réseau P2P est un réseau end-to-end (a) dont les participants mutualisent leurs capacités (b).

a. *Un réseau end-to-end, d'égal à égal.*

Bien qu'on le traduise souvent par réseau « de pair à pair¹¹ » le terme de Peer-to-Peer gagnerait sans doute à être traduit par celui « d'égal à égal ».

En effet, les contenus d'un réseau P2P ne sont pas fournis à des clients par un serveur central mais par les utilisateurs eux-mêmes qui se relient les uns aux autres sans relation hiérarchique. Sur Internet, le P2P est donc une forme de réseau dans le réseau qui correspond beaucoup plus à son architecture originale que le simple Web aujourd'hui familier du public¹². Pour atteindre cet objectif, les systèmes de P2P utilisent des protocoles appelés end-to-end qui permettent d'échanger des données directement entre machines, sans serveur central et sans contrôle¹³.

b. *Un réseau mutualisé.*

Les réseaux P2P fonctionnent en utilisant les ressources personnelles des utilisateurs en stockage,

¹¹ Lisa Guillaume, *Communautés peer-to-peer et copie privée : mise au point sur quelques malentendus*, 2003.
http://www.juriscom.net/int/visu.php?ID=173#_ftn4

¹² Il suffit de lire la description par Ted Nelson, l'inventeur de l'hypertexte, de ce que devrait être un « véritable » Internet où les liens sont bidirectionnels au lieu d'être simplement unidirectionnels.
<http://www.xanadu.net/>

¹³ Donsez Didier, P2P.
<http://www-adele.imag.fr/~donsez/cours/p2p.pdf>

bande passante, etc. On peut donc dire que le P2P mutualise les capacités des utilisateurs dans les limites qu'ils veulent bien consentir. Il est, par exemple, difficile de savoir si les données d'un réseau P2P sont stockées sur un ensemble de disques durs individuels où s'il vaut mieux considérer qu'il s'agit d'un immense disque dur communautaire sur lequel chacun viendrait piocher au gré de sa bande passante¹⁴.

2. Une architecture en évolution.

Les réseaux P2P correspondent en réalité à l'architecture originale d'Internet (a) mais ils n'ont été rendus possibles, en pratique, que par les évolutions technologiques actuelles (b)

a. Un réseau ancien.

Le P2P est en réalité très proche de la structure originelle qu'aurait dû adopter Internet. Il ne faut pas se leurrer quand certains aimeraient présenter le P2P comme une anomalie utilisée opportunément par quelques collégiens en mal de musique gratuite. En réalité, c'est l'apparition du commerce en ligne qui a imposé un changement d'architecture faisant dévier Internet de sa structure P2P initiale. En effet, au fur et à mesure que le World Wide Web devenait de plus en plus populaire, les serveurs Web sont devenus dominants et leur croissance a remplacé la maille P2P de l'Internet par un nouvel ensemble bâti autour de clients et de serveurs.

Ce n'était pourtant pas l'intention de Tim Berners Lee¹⁵, le chercheur du CNRS créateur du Web, qui a toujours invité les concepteurs de navigateurs à créer des logiciels capables de se comporter à la fois comme des clients ou des serveurs HTML. Il souhaitait voir apparaître un Web véritablement P2P mais les gros fournisseurs d'accès comme AOL ne s'intéressaient pas plus au développement des parties terminales du réseau qu'un supermarché ne s'intéresse au développement de ses clients. L'architecture client-serveur s'imposait naturellement pour laisser les utilisateurs accéder à des contenus commerciaux en les empêchant de créer d'autres contenus en concurrence avec les premiers¹⁶. Heureusement, l'évolution informatique a permis, avec le succès que l'on sait, de contourner le problème en laissant les internautes accéder à des serveurs pour y créer leurs propres

¹⁴ Les protocoles P2P les plus récents rendent encore plus difficile la distinction entre utilisateurs en divisant les données entre eux exactement comme des données peuvent être réparties à plusieurs emplacements d'un disque dur. Il est alors possible qu'un fichier donné ne soit présent dans son intégralité chez aucun utilisateur en particulier mais que des fractions de celui-ci soit disponible, réparties au hasard du réseau et assemblées seulement quand le besoin s'en fait sentir permettant ainsi des économies de bande passante et de capacité de stockage.

¹⁵ <http://www.w3.org/People/Berners-Lee/>

¹⁶ Lessig Lawrence, *The Future of Ideas, the fate of commons in a connected world* : Random House, 2001.

sites.

b. Un réseau en renouveau.

Depuis peu, les machines des internautes sont devenues plus puissantes, plus fiables et connectées plus longtemps en profitant de la démocratisation du câble ou de l'ADSL¹⁷. Dès lors, plus rien n'interdisait à ces utilisateurs de redevenir les serveurs qu'ils auraient du être depuis le départ.

Le P2P rend donc simplement le contrôle d'Internet à ceux qui n'auraient jamais du le perdre : les internautes. Dès lors, la liste de ses applications n'est plus limitée que par l'imagination de ses utilisateurs et il suffit de lire la synthèse établie par le Forum des Droits sur Internet pour se rendre compte que le nombre de ces nouveaux usages ne cessent de s'agrandir¹⁸.

B. Applications du P2P.

Le P2P permet à tous de partager ses capacités ou ses connaissances en développant un réseau que l'on peut qualifier de mutualisé.

1. La mutualisation du calcul.

Une des premières applications du P2P correspond au projet Search for ExtraTerrestrial Intelligence¹⁹ qui scanne le bruit ambiant des émissions radios traversant l'univers dans l'espoir de capter la preuve d'une intelligence extraterrestre²⁰. Après avoir enregistré ces fréquences, leur analyse est effectuée par une batterie d'ordinateurs. Malheureusement, l'analyse de telles masses de données nécessitait une énorme puissance de calcul dont le coût dépasse, de loin, les possibilités financières du projet. C'est pourquoi les chercheurs de l'université de Berkeley ont eu l'idée de diviser les données enregistrées pour répartir leur analyse entre des machines bénévoles qui seraient

¹⁷ Et cette évolution n'est pas sur le point de s'arrêter puisqu'on trouve déjà des offres à 100 Mo/s pour les particuliers à moins de 30 euros/mois dans certains pays étrangers comme le Japon.

¹⁸ « PEER-TO-PEER : QUELLE UTILISATION POUR QUELS USAGES ? », Forum des Droits sur l'Internet.
<http://www.foruminternet.org/telechargement/documents/syn-p2p-20030620.htm>

¹⁹ <http://setiathome.ssl.berkeley.edu/>

²⁰ Notons que le projet SETI n'est pas toujours vu comme un véritable projet P2P dans le sens où les données analysées par les participants sont regroupées par les ordinateurs du SETI qui créent ainsi un système client/serveur au niveau du protocole utilisé. Pour autant, les calculs sont bien répartis entre les utilisateurs selon les principes du P2P et on pourrait parfaitement imaginer qu'ils ne soient pas nécessairement renvoyés vers un organisme unique mais à d'autres utilisateurs du réseau.

prêtes à leur accorder leur temps de calcul inutilisé. Dix jours à peine après le démarrage du projet, plus de 350 000 participants appartenant à 203 nationalités avaient manifesté leur intention d'apporter leur aide au SETI. Quatre mois plus tard seulement, le million d'inscriptions étaient dépassés. Au milieu de l'année 2000, le SETI était capable de fournir 280 000 années de temps de calcul grâce à l'utilisation du P2P²¹.

2. La mutualisation du stockage.

C'est le même principe de mutualisation qui est à l'oeuvre mais il s'agit cette fois-ci de partager des capacités de stockage plutôt que des capacités de calcul. C'est le principe sur lequel fonctionnent aujourd'hui de nombreux logiciels d'échanges de fichiers comme Gnutella²² ou Edonkey²³. De nouveaux logiciels poussent maintenant l'idée encore plus loin en mutualisant non seulement le stockage mais aussi les fichiers eux-mêmes. Ceux-ci ne sont plus véritablement détenus par des particuliers mais ils sont désormais divisés en éléments épars qui seront rapatriés à la demande par chaque utilisateur.

Face à ces évolutions, on en vient vraiment à se demander s'il faut considérer qu'il existe encore des ordinateurs individuels ou si l'on ne se trouve pas, déjà, face à un ordinateur unique composé de plusieurs entités qui formeraient un immense disque dur et un processeur surpuissant.

3. La mutualisation de la bande passante.

Autre utilisation originale des possibilités d'Internet, c'est l'exemple du logiciel PeerCast²⁴ qui permet de diffuser de la radio en P2P, sans passer par un serveur central. Les auditeurs ne sont plus de simples clients et ils sont transformés en serveurs de telle sorte que chacun d'entre eux augmente la bande passante globale de la radio grâce à leur bande passante personnelle. L'addition des capacités de tous les utilisateurs améliore singulièrement la transmission des données et permet d'obtenir une qualité d'écoute surprenante, même en bas débit. Le logiciel d'échange de fichiers

²¹ Avant même le début du projet SETI, la société distributed.net avait mis au point un système permettant à des ordinateurs reliés autour du monde de répondre au challenge de RSA Labs de réussir à craquer un message crypté avec leur algorithme DES en seulement 92 jours. Quelques années plus tard, distributed.net avait amélioré sa technologie pour devenir capable de relier plus de 100 000 machines à travers le monde et pouvoir craquer un nouveau système de cryptage en moins de 24 heures alors que même le gouvernement américain estimait ne pas être capable de le faire en moins de plusieurs années de temps calcul machine.

²² <http://www.gnutella.com/>

²³ <http://www.edonkey2000.com/>

²⁴ <http://www.peercast.org/>

Bittorrent²⁵ fonctionne sur le même principe et autorise des débits de téléchargement qui surpassent complètement ceux qui seraient normalement accessibles à des serveurs commerciaux normaux.

4. La mutualisation des connaissances.

Les réseaux P2P permettent enfin de partager efficacement des données qui peuvent être réappropriées par leurs utilisateurs sans pour autant altérer les sources qu'ils ont utilisées. Ces techniques permettent par exemple de développer des programmes de formation ou de partager le mieux possible des données libres de droit. Elles permettent également de développer des logiciels en identifiant les apports de chaque programmeur²⁶.

²⁵ <http://bitconjur.org/BitTorrent/>

²⁶ <http://soufron.free.fr/files/gpl.html>

II. Confrontation avec le droit d'auteur.

Le P2P qui améliore les possibilités offertes au public semble porter atteinte aux droits des auteurs et donner prise à leur monopole (A). Mais, à l'inverse, on peut aussi considérer que le P2P porte le germe d'une remise en cause de la légitimité du droit d'auteur (B).

A. *Le P2P et la copie privée.*

Selon les règles du droit d'auteur, nul ne peut effectuer de reproduction d'une oeuvre sans obtenir une autorisation. Si l'échange de fichier par le biais d'un réseau P2P est assimilé à un acte de reproduction, alors cet échange apparaît illicite et il peut-être qualifié de contrefaçon²⁷. Mais, le Code de propriété intellectuelle a prévu des exceptions au droit exclusif de l'auteur dont, notamment, l'exception de copie privée décrite à l'article L-122-5-2²⁸. D'après ce texte, une fois l'oeuvre divulguée, l'auteur ne peut plus interdire les copies ou les reproductions quand elles sont destinées à l'usage privé du copiste et quand leur utilisation n'est pas collective.

La définition de l'exception de la copie privée semble d'abord exclure la possibilité de permettre le P2P (1) mais une étude plus approfondie montre que les notions utilisées par le Code de la propriété intellectuelle sont susceptibles d'interprétations divergentes (2).

1. Le champ d'application de l'exception de copie privée.

Il est d'abord très clair que celui qui copie une oeuvre pour lui-même n'est pas obligé de solliciter quelque autorisation que ce soit puisque l'oeuvre n'est aucunement communiquée à un nouveau public. En revanche, celui qui réalise des copies pour en faire commerce contrevient évidemment au droit exclusif de l'auteur. Entre ces deux extrêmes, il est délicat de faire plus que de simplement dégager un ensemble de lignes directrices.

²⁷ Lisa Guillaume, *Communautés peer-to-peer et copie privée : mise au point sur quelques malentendus*, 2003. http://www.juriscom.net/int/visu.php?ID=173#_ftn4

²⁸ Art. L. 122-5. Lorsque l'oeuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire :

1° Les représentations privées et gratuites effectuées exclusivement dans un cercle de famille

2° Les copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective.

2. La difficile définition du contenu de l'exception de copie privée.

Selon le texte de l'article L-122-5 du Code de la propriété intellectuelle, la copie privée est autorisée quand elle correspond à la copie ou reproduction strictement réservée à l'usage privé du copiste (a) et non destinée à une utilisation collective (b). Mais, aucun de ces deux critères n'est défini par le Code et ils n'ont jamais été pensés pour être employés dans un environnement numérique.

i. L'usage privé du copiste.

La première question serait de savoir à qui correspond le terme de copiste utilisée par l'article L-122-5 et de déterminer s'il s'agit du propriétaire du support de l'oeuvre (CD, DVD, etc.), de celui qui sollicite la copie ou de celui qui la réalise. La réponse permettrait déjà de savoir s'il est licite de donner une copie d'une oeuvre à un tiers, autrement dit de l'échanger.

Sur ce point, la Cour de cassation définit le copiste comme celui qui détient et exploite le matériel de reproduction²⁹. La solution qui a le mérite de la clarté concernait les boutiques de reprographie mais elle s'adapte parfaitement à la problématique du P2P.

Les copistes seraient alors les membres du réseau qui détiennent et exploitent les ordinateurs permettant les échanges, c'est à dire les internautes qui sollicitent les copies et ceux qui les fournissent. Sur ce point, la solution rejoint celle d'une majorité de la doctrine juridique qui voudrait que le copiste soit celui qui prend la décision d'opérer la reproduction même quand il la fait réaliser par un tiers³⁰.

En tant que copistes, les membres d'un réseau P2P devraient donc être autorisés à échanger des fichiers pour leur usage privé, c'est à dire pour leur usage familial et personnel, nécessairement non commercial mais, pas uniquement.

Il faut ensuite prendre en compte la seconde condition de l'exception de copie privée qui impose, à tous, que ces copies ou reproductions ne soient pas destinées à une utilisation non-collective.

²⁹ Cass. 1ère civ 7 mars 1984, RIDA juillet 1984, p151; JCPG 1985 II, n°20351; RTDCom 1984, p677.

³⁰ Lucas, A et H-J, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec 2001.

b. L'utilisation non collective.

La condition s'applique cette fois-ci aussi bien au copiste qu'au propriétaire de l'original³¹. On peut l'analyser de deux façons selon qu'on veut prendre en compte la totalité d'un réseau P2P (i) ou que l'on préfère s'intéresser aux comportements individuels de ses membres (ii).

i. Vision globale d'un réseau P2P.

On peut d'abord comprendre l'échange d'un fichier sur un réseau P2P comme la mise à disposition d'une oeuvre sur un réseau d'utilisateurs de la même façon que quand on la dépose sur un site internet. Cet échange de fichiers serait donc collectif et illicite³² mais l'utilisateur qui dépose un fichier sur un réseau P2P ne peut pas être assimilé aussi facilement à un serveur de fichiers sur le web.

D'abord, celui-ci ne possède pas forcément le fichier dans son intégralité mais peut-être seulement une partie de celui-ci. Il ne sait probablement même pas de quel fichier il est dépositaire ni à quel moment il en est dépositaire puisque le réseau P2P mutualise les capacités de ses utilisateurs.

Ensuite, l'usager qui obtient une oeuvre sur un réseau pour l'utiliser de façon privée bénéficiera de la protection de l'article L-122-5³³. C'est celui qui fournit le fichier qui devrait être poursuivi parce qu'il n'a pas respecté l'usage non collectif de la copie en la mettant à disposition d'un public. Or, nous avons vu que l'acte de fourniture est complètement dématérialisé dans les réseaux P2P puisque la mise à disposition des données est plus assurée par l'utilisation de protocoles end-to-end que par la fourniture consciente d'un fichier.

Ce qui est certain, c'est que la loi essaie surtout de restreindre les copies dans la sphère privée sans se préoccuper des motivations du copiste³⁴. Considérer le réseau P2P de façon globale permet de poursuivre certains usagers pour contrefaçon mais ce n'est pas une solution satisfaisante puisqu'elle ne permet pas de déterminer quels utilisateurs se cantonnent ou non à ce sanctuaire personnel qui

³¹ Accessoirement, si celui qui obtient le fichier sur le disque dur d'un utilisateur P2P effectue bien une opération de copie et mérite d'être qualifié de copiste, celui qui fournit ce fichier ne participe pas à l'opération de copie en elle-même et ne peut donc pas être qualifié de copiste même s'il participe à l'opération de reproduction. La seule question qui le concerne est de savoir si l'usage qu'il fait de l'oeuvre est collective ou non mais elle doit être séparée de la question de l'usage privé du copiste.

³² TGI Paris, 14 août 1996, Dalloz 1996 490.

³³ Gautier Pierre-Yves, *Propriété Littéraire et Artistique*, n°164.

³⁴ Lucas, A et H-J, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec 2001.

leur permet d'échapper au contrôle de l'auteur.

ii. Vision individuelle d'un réseau P2P.

On peut alors analyser les réseaux P2P comme un ensemble de liaisons entre particuliers où certains utilisateurs réalisent une opération licite en elle-même quand ils copient un fichier pour leur usage personnel et familial de la même façon que des amis pourraient s'échanger des copies de leurs disques.

L'apparence illicite du P2P serait alors due à l'effet de masse créé par la rapidité et la facilité des échanges électroniques mais chaque échange individuel serait licite en lui-même.

Cette vision individuelle semble bien plus cohérente à aborder. Elle concorde d'ailleurs avec l'article L-311-1 du CPI³⁵ qui impose une redevance sur les supports de stockage numérique pour indemniser les ayants-droit de leur manque à gagner. Il serait bien délicat de considérer un internaute comme un contrefacteur alors qu'il a déjà versé sa quote-part à l'auteur en payant une redevance sur le support de ses copies.

En réalité, on comprend bien que la rédaction de l'article L-122-5 est défectueuse. Le terme de copiste est trop vague dans un univers où les copies ne sont plus le fait d'un unique étudiant recopiant laborieusement un livre à la main mais celui d'au moins deux internautes dont l'un copie les données du disque dur de l'autre. L'exception de copie privée a été imaginée pour un monde analogique où les copies étaient rares et difficiles alors qu'elles sont devenues courantes et pratiques dans le nouvel environnement numérique.

Les termes d'usage privé du copiste et d'utilisation non collective laissent tout autant rêveur quand l'instantanéité et la mutualisation des capacités effacent naturellement toute frontière entre le privé et le public, entre le collectif et le non collectif.

Enfin, il faut prendre conscience que, si la copie privée est une exception au droit d'auteur, elle est

³⁵ L-311-1 : Les auteurs et les artistes-interprètes des oeuvres fixées sur phonogrammes ou vidéogrammes, ainsi que les producteurs de ces phonogrammes ou vidéogrammes, ont droit à une rémunération au titre de la reproduction desdites oeuvres, réalisées dans les conditions mentionnées au 2° de l'article L. 122-5 et au 2° de l'article L. 211-3. Cette rémunération est également due aux auteurs et aux éditeurs des oeuvres fixées sur tout autre support, au titre de leur reproduction réalisée, dans les conditions prévues au 2° de l'article L. 122-5, sur un support d'enregistrement numérique.

aussi un droit dans l'esprit d'une bonne partie du public et dans un certain nombre de législations étrangères³⁶. Il est probablement maintenant nécessaire de redéfinir les contours du droit d'auteur en fonction des nouvelles possibilités offertes par l'évolution technologique.

B. Illégitimité du caractère absolu du droit d'auteur.

« Car un livre n'est point une chose absolument inanimée. Il est douée d'une vie active comme l'âme qui le produit ».

Milton John, *Écrits Politiques, L'aeropagitica*, 1644.

Ni les arguments qui protègent le P2P par la copie privée, ni ceux qui s'y opposent ne parviennent vraiment à convaincre, mais l'existence de ces limites démontre que le droit d'auteur n'a jamais eu la vocation absolue qu'on voudrait aujourd'hui lui reconnaître. On a vu que le droit d'auteur se subdivise en un droit moral et un droit patrimonial. Si le premier, extrêmement limité, est effectivement reconnu par tous comme un droit naturel, le second n'est qu'un droit destiné à protéger les intérêts économiques de l'auteur en gardant à l'esprit les intérêts opposés de la société. Et pour cause, l'acte de création est un phénomène largement inconscient qui doit autant à la société qu'à l'auteur lui-même (1). Le caractère absolu du droit d'auteur aurait donc un caractère abstrait détaché de la réalité (2) dont les conséquences seraient forcément néfastes tant pour le public que pour les auteurs eux-mêmes (3).

1. Caractère inconscient de l'acte de création.

Il semble tout d'abord saugrenu d'accepter l'idée que le droit d'auteur puisse revêtir un caractère absolu dans la mesure où la création est un phénomène largement inconscient puisque nul ne peut prétendre créer sans s'inspirer, dans une certaine mesure, de son environnement culturel. On l'oublie souvent mais le droit d'auteur reconnaît cette ambiguïté de la création. Il ne cherche pas, en effet, à protéger les oeuvres nouvelles comme le ferait le droit de la propriété industrielle, il ne protège que les oeuvres originales.

L'inspiration de l'auteur peut varier en intensité mais une vision extensive du droit de reproduction

³⁶ Lamy Droit des médias et de la communication, 121-90.

empêcherait sans aucun doute les artistes de se réapproprier les oeuvres antérieures et les couperait automatiquement de tout un pan de leur environnement culturel. Les exemples abondent et il est intéressant de savoir que, par exemple, Walt Disney n'a créé Mickey Mouse dans Steamboat Willy qu'en s'inspirant du film Steamboat Junior de Buster Keaton³⁷. Bien que se faisant maintenant les ardents défenseurs du caractère absolu du droit d'auteur, les studios Disney ont pourtant bâti leur empire artistique sur l'adaptation et l'inspiration³⁸. La question se pose alors naturellement de savoir au nom de quelle légitimité, une multinationale américaine de la culture aurait le droit de reprendre les oeuvres des frères Grimm sans que leurs descendants puissent un jour s'inspirer à leur tour des oeuvres nouvellement imaginées.

La création est un phénomène largement inconscient et, bien que le droit d'auteur protège l'auteur dès la création de l'oeuvre, cette protection est « exclusive » à l'auteur et « opposable à tous » mais, rien ne permet d'affirmer qu'elle doit nécessairement être absolue³⁹.

2. Caractère abstrait du droit absolu de l'auteur.

L'adoption du caractère absolu du droit d'auteur revient à réduire des réalités humaines diverses à un rapport abstrait de possession. Prétendre que l'auteur est titulaire d'un droit absolu sur son oeuvre, c'est recréer à son profit l'institution romaine du pater familias qui étendait la notion de possession en faisant des enfants ou des esclaves la chose du chef de famille.

Les titulaires de droits deviendraient alors la partie forte dans un rapport déséquilibré entre le public et eux. On rebâtirait une relation féodale de dépendance à l'image de ce que certains auteurs ont pu dénoncer dans d'autres domaines juridiques⁴⁰. Il n'y a aucune raison pour que le droit d'auteur ne puisse pas être subordonné à d'autres droits qui seraient jugés plus importants. Il doit nécessairement s'effacer devant les impératifs de la morale et de l'éthique⁴¹.

3. Conséquences néfastes du droit absolu de l'auteur.

³⁷ Les roughs de Steamboat Willy indiquaient par exemple aux animateurs de préparer l'animation des personnages en se référant à la musique du film de Buster Keaton.

³⁸ <http://www.oreillynet.com/pub/a/policy/2002/08/15/lessig.html>

³⁹ L-111-1 CPI : L'auteur d'une oeuvre de l'esprit jouit sur cette oeuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous.

⁴⁰ Supiot Alain, Critique de droit du travail, PUF, 2002.

⁴¹ Hegel, Principes de la philosophie du droit, 1821.

Enfin, une vision extensive du droit de reproduction se traduirait économiquement par un contrôle absolu de l'offre sur le marché grâce à la mainmise sur les moyens de diffusion et à leur concentration. Un droit d'auteur trop absolu empêcherait le partage culturel et deviendrait un élément de sclérose dans une société où la communication correspond à un besoin structurel⁴². Privés de la possibilité d'atteindre le public autrement que par les canaux possédés par les éditeurs, les artistes seraient contraints de se soumettre à leurs desideratas pour finalement devenir de simples techniciens de la culture.

Le droit d'auteur ne doit donc pas être vu comme un droit inaltérable ou absolu. Comme tout monopole, il répond à une problématique économique et ne doit pas être détourné de cet objectif. Plutôt que de le rapprocher des droits de l'Homme, il serait certainement plus judicieux de l'étudier sous le prisme du droit de la concurrence ou du droit de la consommation qui sont des systèmes juridiques élaborés en réponse à une problématique économique précise qui dirige leur interprétation et leur développement⁴³.

Justement, la reconnaissance d'un droit d'auteur ne devrait-elle pas finalement s'accompagner de la reconnaissance d'un droit des autres hommes, c'est à dire d'un droit du public.

⁴² Habermas Jürgen, *Morale et communication*, Fayard, 1983.

⁴³ Jamin Christophe, *réseaux intégrés de distribution : de l'abus dans la détermination du prix au contrôle des pratiques abusives*, JCP 1996, I, n°3959, n°10.

III.Reconnaissance d'un véritable droit du public.

Le potentiel du P2P est important (A). Il amène à envisager différentes solutions pour résoudre sa confrontation avec le droit d'auteur (B).

A. Potentiel du P2P.

Le P2P est une évolution technologique qui bénéficie paradoxalement d'un intérêt phénoménal du public (1) et d'un manque presque total d'opportunité des industriels (2).

1. Une plus grande fluidité de l'information.

Le potentiel du P2P va bien au delà du simple transfert de fichiers ou du partage du temps de calcul. Le prochain enjeu d'Internet vise, en effet, à corriger la myopie des systèmes de recherche et d'indexation actuels qui sont dépassés par la taille croissante des données à traiter ainsi que par le caractère de plus en plus dynamique et volatil des informations qui sont offertes aux internautes⁴⁴. A l'image de Gnutella, les technologies P2P offrent maintenant des solutions pour contourner ces limitations en mettant au point des langages de recherche plus sophistiqués que le simple archivage automatique des serveurs auquel doivent se restreindre les moteurs de recherche⁴⁵.

De plus, le P2P permet en effet de considérer chaque utilisateur comme un moyen de « cache » des données du net pour les conserver plus près des autres en augmentant ainsi la facilité de recherche et la rapidité de transfert. En effet, le meilleur moyen de gérer une quantité croissante d'information correspond à l'adoption d'une architecture formée d'unités autonomes, sans concertation centrale, mais communiquant les unes avec les autres⁴⁶.

Le P2P permet donc de radicalement faire évoluer la structure client-serveur centralisée et coûteuse aujourd'hui adoptée par Internet pour autoriser une structure distribuée et flexible autrement mieux

⁴⁴ Delisle Cynthia, *Le filtrage d'informations sur Internet: convergences et divergences entre outils de recherche*.
<http://www.enssib.fr/bibliotheque/documents/dea/delisle.pdf>

⁴⁵ ECDPM, *Investir dans les connaissances : le partage des ressources d'information sur le Web*
http://www.ecdpm.org/Web_ECDPM/Web/Fr_Content/Content.nsf/0/126d4df56c6da9e4c1256cf400497f2e?OpenDocument

⁴⁶ Polyani Michael, *la logique de la liberte*, 1951.

adaptée à la croissance démesurée qui attend les années à venir.

2. Un virage manqué par les industriels

Les professionnels de la culture ont reconnu à l'occasion du MIDEM 2003 qu'Internet avait désormais bouleversé le secteur de l'édition culturelle. Si leur discours se limite en général à étudier les différentes méthodes pour transformer celui qu'ils appellent contrefacteur en consommateur légal, certains producteurs n'hésitent pas à dévoiler des solutions plus radicales. C'est ainsi, par exemple, que Pascal Nègre⁴⁷ ne préconise pas moins que la mise en place d'une procédure nationale de filtrage de l'accès aux contenus illicites qui serait gérée par les professionnels du secteur en collaboration avec les fournisseurs d'accès à Internet.

On devrait pourtant se souvenir que l'avenir du secteur ne dépend sans doute pas d'une loi par laquelle la puissance publique abandonnerait ses prérogatives à des personnes privées sans respect pour les libertés individuelles ou l'intérêt général. Au demeurant, le Code de la propriété intellectuelle permet déjà d'obtenir la fermeture d'un site avant la poursuite du débat sur le fond mais, avec l'obligatoire aval d'un juge dont l'intervention limite évidemment les perspectives des industriels⁴⁸.

B. Solutions proposées.

« ...la seule source d'amélioration intarissable et permanente du progrès est la liberté, puisque grâce à elle, il peut y avoir autant de foyers de progrès que d'individus ».

John Stuart Mill, *de la liberté*, 1859.

1. L'interdiction et le contrôle du P2P.

Certains justifient donc le contrôle du P2P (a) mais cela devrait d'abord passer par une reprise en main d'Internet (b) et ne serait pas sans dommages vis-à-vis du public (c).

⁴⁷ PDG d'Universal Music et président de la Société Civile des Producteurs Phonographiques.

⁴⁸ Expertises n°267, février 2003.

a. Leurs justifications théoriques.

Selon la majorité de la doctrine juridique, la justification classique de la copie privée tiendrait à ce que peu de copies étaient possibles et qu'elles étaient, autrefois, très difficiles à contrôler dans un environnement analogique. À l'époque, il fallait donc trouver un moyen terme en remplaçant le régime naturel de la liberté totale par une redevance pour copie privée destinée à préserver les auteurs des pertes qu'ils enregistraient. Selon ces thèses, les progrès technologiques actuels seraient ainsi la clé permettant de supprimer définitivement l'exception de copie privée et donc d'interdire le P2P ou de le contrôler.

En effet, si la numérisation des oeuvres facilite leur reproduction, elle permet aussi d'identifier et de limiter les copies numériques grâce aux techniques de chiffrement dont l'utilisation sous le terme de « mesures techniques » est désormais protégée au niveau européen et bientôt au niveau national⁴⁹. Il faudrait donc revenir sur des exceptions au droit d'auteur qui n'auraient été consenties que sous l'emprise de la nécessité et qui n'apparaîtraient plus de mise dans un environnement numérique⁵⁰.

L'interdiction du P2P et de la copie privée est une solution techniquement envisageable pour peu que les lois sur le droit d'auteur soient renforcées et interprétées avec une plus grande sévérité qu'aujourd'hui⁵¹. C'est en tout cas le chemin qui semble actuellement suivi par les pouvoirs publics puisque le Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique est résolument enclin à prendre les mesures législatives nécessaires pour favoriser le développement des « mesures techniques » permettant indirectement de contrôler la copie privée et le P2P⁵². Le projet de loi de transposition de la directive du 22 mai 2001⁵³ marque ainsi une évolution vers la généralisation des systèmes de Digital Rights Management⁵⁴ qui empêcheraient l'échange, voire l'utilisation, des oeuvres en protégeant juridiquement les solutions de cryptage utilisées par les éditeurs.

⁴⁹ Voir la directive du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information qui instaure une protection juridique des mesures techniques comme les CD anti-copies. <http://soufron.free.fr/files/techniques.html>

⁵⁰ Francon André, *La notion de public selon le droit d'auteur français*, Mélanges Sayag.

⁵¹ Il faut bien comprendre qu'un auteur ne peut pas imaginer tous les usages que peuvent permettre son oeuvre et que plus le public a un accès aisé à ses créations, plus les oeuvres des auteurs seront susceptibles d'être utilisées de façon originale, utile et intelligente. Si la nécessité de garantir un revenu aux auteurs impose de leur accorder un contrôle sur leurs oeuvres, il faut garder ces réflexions à l'esprit. Le système de la propriété intellectuelle est aujourd'hui un frein gigantesque à l'innovation. On peut prendre l'exemple des doujinshis au Japon. Ces bandes dessinées sont des adaptations de bandes dessinées déjà existantes mais écrites par des auteurs amateurs et diffusées sur un marché parallèle au mépris de la législation japonaise mais avec l'accord des maisons d'édition qui n'y voit pas une concurrence mais une émulation pour leurs auteurs et un vivier où puiser de nouveaux talents.

⁵² Le Conseil supérieur prend note de certaines réflexions menées sur la possibilité de créer un système général d'empreinte informatique permettant de vérifier si les fichiers échangés sur le réseau sont autorisés et de bloquer les échanges de fichiers illicites lors de leur passage par un serveur ou un routeur.

⁵³ <http://www.ael.be/action/2003/eucd/france/text/>

⁵⁴ <http://snail.gnu.org/media/audio/explication-passif.ogg>

Mais la généralisation des DRM passe nécessairement par la modification des protocoles sur lesquels repose Internet.

b. La nécessaire modification des protocoles d'Internet.

Aujourd'hui, les protocoles qui assurent le fonctionnement d'Internet ne permettent pas de contrôler ses utilisateurs. Ils bénéficient en effet de 3 caractéristiques qui assurent la liberté des internautes :

- Ces protocoles sont libres : il est possible à tout un chacun d'étudier leur fonctionnement et de le reproduire.
- Ces protocoles ne font pas de discrimination dans les contenus : ils autorisent la transmission de n'importe quelles données, y compris certaines pour lesquelles ils n'avaient pas été conçus à l'origine.
- Ces protocoles ne font pas de discrimination entre les personnes : ils permettent l'accès de tous au réseau.

i. La disparition de la capacité d'innovation offerte par Internet.

Ces caractéristiques empêchent donc le contrôle du réseau mais ils sont surtout la source de son extraordinaire développement et de la généralisation de l'usage actuel d'Internet.

En effet, leur fonctionnement étant ouvert à l'étude pour transporter n'importe quelles données vers n'importe qui, de nouveaux usages du réseau ont vu le jour au fur et à mesure que ses utilisateurs s'approprièrent ces protocoles.

Libérés du monde réel, les internautes ont alors pu développer des activités nouvelles différentes de celles pour lesquelles le réseau avait été initialement conçu. De même, ils ont pu assurer la pérennité du réseau en l'adaptant pas-à-pas aux nouvelles technologies de transmission, aux nouveaux types de contenus disponibles et aux nouveaux usagers⁵⁵.

Les protocoles libres et non discriminatoires d'Internet ont donc d'abord favorisé l'innovation de telle sorte qu'il est aujourd'hui possible de télécharger un album de musique en quelques secondes ou qu'il existe des sites d'assistance éducative bénévole et non pas seulement des serveurs militaires

⁵⁵ Lessig Lawrence, *Code and other laws of cyberspace*, 1999.

ou commerciaux. C'est également le caractère libre de ces protocoles qui a creusé l'écart entre Internet et le Minitel en permettant une évolution technologique continue⁵⁶.

Il faut donc préserver cette liberté si l'on veut protéger cette faculté d'innovation et si l'on souhaite que de nouveaux usages favorables au public continuent de voir le jour. Internet n'est pas naturellement enclin à favoriser l'innovation. C'est le code informatique sur lequel il est bâti qui favorise cette liberté. Ce que l'architecture d'Internet permet aujourd'hui, elle pourrait le reprendre demain.

ii. La désolation de la connaissance.

En pratique, la prise de contrôle d'Internet se ferait donc en modifiant les protocoles qui le soutiennent pour empêcher leur étude et leur piratage, filtrer les contenus qui y transitent et identifier les utilisateurs qui y accèdent. Internet deviendrait alors un réseau cloisonné en différents éléments dont certains resteraient, non seulement interdits à certains usagers, mais même inconnus. En effet, comment les internautes pourraient-ils accéder à des données dont ils ignorent même qu'elles existent.

Il suffit, par exemple, d'imaginer qu'un fournisseur d'accès à Internet utilise un autre protocole que TCP/IP pour transporter les données de ses utilisateurs. Ceux-ci devraient alors accéder au reste du réseau par des passerelles ouvertes par le FAI qui serait désormais en position de décider de ne les laisser accéder qu'à certaines parties d'Internet en fonction du tarif de leur abonnement, voire en fonction de ses intérêts personnels.

Il s'agirait en fait de réduire la surface visible d'Internet bien plus que de la censurer. Un tel contrôle se situe bien au-delà du légitime contrôle parental qui interdit l'accès à un site en laissant tout de même l'utilisateur conscient de son existence, il mettrait les utilisateurs en plein coeur de 1984 où les mots dérangeant le régime étaient simplement supprimés de la langue officielle.

Cette attitude s'apparente à la suppression totalitaire de l'espace extérieur des individus conduisant à transformer les hommes en un vulgaire troupeau humain⁵⁷. La tolérance autant que le pluralisme ne

⁵⁶ Lessig Lawrence, *The Future of Ideas, the fate of commons in a connected world* : Random House, 2001.
L'auteur fait une comparaison instructive entre les premiers fournisseurs d'accès américains à des services en ligne du type minitel qui fonctionnaient sur des protocoles fermés et l'explosion qui a suivi les premiers services reposant sur des protocoles ouverts. Inutile d'ajouter que seuls les protocoles ouverts permettent d'assurer une réelle évolution technologique des services.

⁵⁷ Arendt Hannah, *Le système totalitaire*, 1951.

sont pas seulement des impératifs moraux que l'on peut choisir d'intégrer au sein des normes juridiques comme le préconisait Ripert⁵⁸.

L'existence d'une liberté effective est une condition structurelle dont dépend la valeur de la connaissance. Le pluralisme est nécessaire non pas parce qu'il faut absolument que plusieurs points de vue s'expriment mais parce qu'il est la condition sine qua non pour que la vérité objective émerge. Seule peut passer pour vraie une information qui pouvait être démentie et qui ne l'a, de fait, pas été. C'est quand tout peut être dit que le fait que certaines choses soient dites et d'autres tues prend un sens logique pour la connaissance objective. Ce n'est d'ailleurs pas un hasard si les grecs ont simultanément inventé la science et la démocratie⁵⁹.

En définitive, cette forme de censure aboutirait essentiellement à décourager tout savoir et à arrêter le développement de la culture, non seulement en émoussant les talents mais aussi en empêchant et en mutilant les découvertes qui pourraient encore être faites⁶⁰.

c. Les conséquences du contrôle du P2P.

« Tous les biens sociaux primaires doivent être distribués également, à moins qu'une distribution inégale d'un de ces biens ne soit à l'avantage des moins favorisés ».

John Rawls, *théorie de la justice*, 1971.

Si l'on replace le problème du contrôle du P2P comme une opposition entre le public et les auteurs ou plutôt entre le public et les éditeurs; il est impossible de laisser ces derniers s'approprier une évolution technique bénéfique au public pour simplement protéger un modèle économique vieillissant fondé sur un système de monopole concédé par l'État pour favoriser des investissements qui ne sont plus nécessaires. La légitimité de leur démarche ne peut se mesurer qu'en acceptant de mettre leurs intérêts en balance avec ceux de la société.

i. Un contrôle contraire à l'intérêt du public.

Économiquement, le P2P est une évolution technologique qui entraîne la disparition du coût de la reproduction des oeuvres et du système de distribution échelonné entre l'auteur et le public. Ces deux étapes sont désormais assurées par les usagers eux-mêmes qui mutualisent leur propre espace

⁵⁸ Ripert Georges, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ 1949.

⁵⁹ Popper Karl, *La société ouverte et ses ennemis*, 1945.

⁶⁰ Milton John, *Ecrits Politiques, L'aeropagitica*, 1644.

de stockage, leur bande passante et leur puissance de calcul pour effectuer les opérations autrefois prises en charge par les éditeurs.

Les quelques artistes qui vivent de la reproduction de leurs oeuvres et leurs éditeurs ne sont certes pas en mesure de réduire leurs coûts pour résister à cette concurrence inattendue mais, plutôt que d'essayer de protéger leur modèle économique par des interventions législatives, il peuvent essayer de développer de nouveaux systèmes pour tirer profit des évolutions technologiques.

C'est ainsi que certains d'entre eux développent maintenant leur activité de représentation et remplissent leurs concerts alors que leurs ventes de disques stagnent à un niveau extrêmement bas. De même, des écrivains comme Eric Flint n'hésitent pas à défendre un modèle de librairie gratuite où ils démontrent qu'il existe d'autres façons de diffuser la culture et d'en vivre⁶¹. Mais, si la diffusion peut être prise en charge par la société elle-même, il faut être capable d'apporter un service qui mérite un revenu.

ii. Un contrôle contraire à l'intérêt de l'industrie de la culture.

Paradoxalement, le développement du P2P favorise naturellement l'intérêt du public pour les biens culturels et il incite à une plus grande consommation en permettant d'essayer avant d'acheter les oeuvres qui correspondent le plus aux goûts personnels de chacun, en meilleure connaissance de cause. L'institut Forrester a très clairement démontré ce phénomène à travers son enquête intitulée « Downloads Save The Music Business »⁶².

Ajoutons que l'interdiction ou le contrôle des réseaux P2P reviendrait, comme nous l'avons déjà vu, à refuser une solution technologiquement peu coûteuse pour contrôler les volumes croissants d'information qui circulent sur Internet. Sans P2P, il faudrait nécessairement, soit appauvrir les utilisateurs en réduisant la quantité d'information disponible sur le réseau, soit augmenter les capacités de traitement des serveurs dans des proportions extrêmement coûteuses.

iii. Un contrôle contraire à l'intérêt de la société.

⁶¹ Eric Flint fait ainsi très simplement remarquer que sa première nouvelle s'est vendue à 9600 exemplaires papier en 3 ans mais que la publication en ligne de ses livres a fait exploser leur vente alors même qu'ils étaient pourtant disponibles gratuitement. Jim Baen et Eric Flint a écrit un certain nombre d'études sur le modèle économique de la publication d'ouvrages en ligne et sur les autres écrivains qui s'essaient à ce genre d'exercices.

<http://www.baen.com/library/>

⁶² <http://www.forrester.com/ER/Research/Report/Summary/0,1338,14854,FF.html>

Au demeurant, chaque oeuvre qui n'aura pas été vendue mais qui pourra être échangée rendra les usagers plus riches de ce qu'ils auraient dû payer. Ils pourront alors réinvestir ces sommes dans de nouveaux besoins sur le circuit économique. La disparition du coût de reproduction des oeuvres numériques se traduit en fait par un enrichissement global de la société qui réinvestira utilement le travail qu'elle ne dépensera plus dans les données transportées par le réseau⁶³.

Qu'on pense seulement que les trois minutes d'une chanson accompagné de son air de guitare sont protégés pendant 70 ans après la mort de son auteur alors que l'investissement d'une entreprise qui aura nécessité plusieurs années de recherche et le travail de toute une équipe n'est protégé que 20 ans et encore, dans la limite des critères de l'INPI. On reste finalement étonné que la doctrine puisse considérer que la possibilité de diffuser de plus en plus, de mieux en mieux et de moins en moins cher soit une menace pour la société⁶⁴. On imagine difficilement de tels arguments pour défendre les bénéfices de Peugeot si, demain, un inventeur génial mettait au point une machine capable de dupliquer gratuitement les voitures à l'infini.

iv. Un contrôle contraire à l'intérêt des individus.

Comme le fait remarquer la synthèse du Forum des Droits sur l'Internet, le P2P bénéficie d'une neutralité technologique qui devrait s'opposer à son interdiction puisqu'il est susceptible d'offrir de nombreuses applications pour les individus⁶⁵. Pour s'assurer que ces usages n'entrent pas en conflit avec leurs prérogatives, on a vu que certains pensent qu'il serait légitime de surveiller la vie privée des internautes et de diminuer la surface visible d'Internet en fonction des droits dont ceux-ci se seraient acquittés⁶⁶. Au-delà même des dangers liberticides évidents que présentent ces solutions⁶⁷, elles ne sont en fait que le premier pas vers la mise en place de Trusted Systems où les libertés actuelles de lire, d'échanger mais aussi de discuter où d'étudier la culture et l'information auront

⁶³ Bastiat Frédéric, *Harmonies Economiques*, 1852
Cet économiste libéral français du XIXe siècle développe l'argument en imaginant un village du sud de la France. Les habitants privés d'eau sont obligés de s'en remettre à des puisatiers qui ramènent l'eau de la montagne et ils dépensent des sommes importantes pour ce travail. Quand quelqu'un installe un système de canalisation pour transporter l'eau de la montagne, les puisatiers se retrouvent sans ressources. Leur ancien modèle économique est périmé mais tous les villageois reportent leurs dépenses d'eau sur d'autres biens ou services de sorte que la société s'en trouve améliorée et que les puisatiers eux-mêmes y trouvent leur compte.

⁶⁴ Lucas André, *Droit de l'informatique et de l'internet*, n°663.

⁶⁵ « PEER-TO-PEER : QUELLE UTILISATION POUR QUELS USAGES ? », Forum des Droits sur l'Internet.
<http://www.foruminternet.org/telechargement/documents/syn-p2p-20030620.htm>

⁶⁶ Expertises n°267, février 2003.

⁶⁷ Litman Jessica, *the Herbert Tenzer Memorial Conference : copyright in the twenty first century and the role of the copyright office, the exclusive right to read*, 1994

définitivement disparues⁶⁸. C'est l'hypothèse où le développement des systèmes de Digital Rights Management assurerait finalement le contrôle absolu des ayants-droit sur le public et reviendrait, non seulement à l'interdiction du P2P envisagée plus haut, mais aussi à un contrôle liberticide de la vie privée des usagers.

Heureusement, d'autres solutions sont possibles.

2. L'instauration d'une redevance

La redevance pour copie privée correspond à une solution équitable entre les intérêts des auteurs et ceux du public (i) mais, en tant que moyen terme, elle est combattue par les uns et par les autres (ii).

a. Principe de la redevance pour copie privée.

Le Forum des Droits sur l'Internet fait remarquer que de nombreux internautes sont favorables au système des droits d'auteur mais qu'ils ne veulent plus payer pour un service qu'ils estiment désormais inutile.

La rémunération pour copie privée est codifiée aux articles L-311-1 et suivants du Code de la propriété intellectuelle depuis la loi Lang de 1985 selon un mécanisme proche d'une licence légale. En effet, elle est aujourd'hui assise sur les ventes de supports vierges d'enregistrement avant d'être, ensuite, reversée aux titulaires de droit via des organisations représentatives. Son champ d'application était d'abord très limité mais elle a été successivement étendue aux supports numériques actuels et il est techniquement très simple d'imaginer l'appliquer d'une façon ou d'une autre aux internautes usagers de P2P, soit sur la base d'un forfait, soit sur celle d'une tarification en fonction de la quantité de données téléchargées par chaque utilisateur. La solution aurait l'avantage de respecter les libertés privées et de concilier les intérêts des auteurs et du public.

⁶⁸ Moglen Eben, Anarchism Triumphant and the death of Copyright, First Monday 1999, <http://emoglen.law.columbia.edu/publications/anarchism-fr.html>
Moglen Eben, The Encryption Wars, interview with Jay Worthington, mai 2000, <http://emoglen.law.columbia.edu/publications/cabinet.pdf>
Hugenholtz P B, copyright and freedom of expression in Europe, 2000, <http://www.ivir.nl/publications/hugenholtz/PBH-Engelberg.doc>

b. Remise en cause de la redevance pour copie privée.

Le principe d'une redevance est pourtant autant remis en cause par le professionnel favorable à l'extension absolue du droit d'auteur et à la disparition de la copie privée que par les consommateurs qui la jugent inégalitaire et inefficace.

Du côté des éditeurs, la mise en place de DRM permettrait en effet d'empêcher toute copie. Ceux-ci souhaitent donc plutôt obtenir une protection légale des « mesures techniques » pour leur permettre de faire disparaître indirectement les exceptions au droit d'auteur et d'obtenir le contrôle absolu que ne leur offre pas la simple taxation.

Pour les défenseurs du public, l'idée d'une taxation remet en cause l'idée d'exception culturelle chère à la France pour qui la culture n'est pas une marchandise comme les autres⁶⁹. Selon l'UFC-Que Choisir, les sociétés de gestion qui représentent les ayants-droit imposent aux consommateurs une définition contestable de la copie privée⁷⁰ qui débouche sur une logique inflationniste. Au surplus, on voudrait désormais que le consommateur paie à chaque utilisation sans qu'aucune garantie n'existe quand à la bonne utilisation des fonds ainsi récoltés.

Les sommes obtenues sont estimées à plus de 150 millions d'euros pour 2003 et beaucoup plus après la mise en place de la taxation des disques durs. Pourtant, aucun contrôle ne permet sérieusement de gérer leur utilisation⁷¹. Dès 1997, alors que les fonds récoltés n'étaient pas encore si importants, une mission de l'inspection générale des finances avait déjà relevé de nombreuses irrégularités commises par l'Adami⁷². L'association ne se gênait pas, par exemple, pour attribuer des aides à des bénéficiaires qui étaient aussi ses propres dirigeants. Plutôt que de favoriser la création, le lancement d'oeuvres nouvelles et l'emploi dans la profession comme le préconisait le rapporteur de la loi Lang, Alain Richard, la redevance semble ouvrir la porte à de nombreux abus.

Dans le même esprit, la distribution des revenus de la redevance au prorata des oeuvres déjà vendues n'a guère d'autre effet que de bénéficier aux artistes les mieux payés sans remplir aucun rôle moteur pour l'industrie.

⁶⁹ « Les attaques contre le P2P remettent en cause l'exception culturelle », transfert.net, 10 avril 2003.

⁷⁰ « Extension de la redevance pour copie privée : l'UFC-Que Choisir a voté contre et dit pourquoi », Communiqué de presse de l'UFC-Que Choisir du 05/07/2002.

⁷¹ « Copie privée : le flou artistique », UFC-Que Choisir mensuel n°396, septembre 2002.

⁷² Une société mandatée pour administrer les droits des artistes et musiciens interprètes.

D'autre part, la répartition ainsi choisie est parfois injuste. Ainsi, le Conseil d'Etat n'a pas hésité à exclure les producteurs de logiciels de loisirs du bénéfice de la rémunération pour copie privée⁷³. Il établit de la sorte une discrimination purement arbitraire de sorte que le contrôle de la rémunération permet de favoriser indirectement un secteur culturel au détriment d'un autre sans aucun fondement économique ou juridique⁷⁴.

Enfin, une redevance prendrait difficilement en compte les consommateurs qui utilisent ces supports pour leur usage personnel ou professionnel et non pas pour enregistrer les oeuvres d'autres auteurs.

L'idée d'une taxation des réseaux semble être la solution la plus respectueuse des intérêts de chacun mais les difficiles questions éthiques et morales qu'elle amène impliquent nécessairement la reconnaissance corrélatrice d'un véritable droit du public à côté du classique droit des auteurs.

3. Vers la nécessaire reconnaissance d'un droit du public.

« C'est une expérience éternelle, que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser... il faut que par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir ».

Montesquieu, *L'Esprit des Lois*, XI, IV.

En définitive, les éditeurs culturels se retrouvent aujourd'hui face au même problème subi par les éditeurs de logiciels quand les micro-ordinateurs sont devenus suffisamment puissants pour que les utilisateurs puissent reproduire eux-mêmes leurs logiciels. De même que l'industrie informatique a sensiblement évolué vers une industrie de services⁷⁵, il semble aujourd'hui nécessaire de changer le modèle économique de la culture et de ne plus baser les revenus des artistes sur la reproduction payante de leurs oeuvres.

Mais le projet de loi de transposition de la directive du 22 mai 2001⁷⁶ marque une évolution vers la généralisation des systèmes de DRM⁷⁷ pour parer définitivement au P2P et à la copie privée sans

⁷³ Conseil d'Etat, 25 novembre 2002, Communication Commerce Electronique 2003, note Christophe Caron.

⁷⁴ Sardain Frédéric, *Repenser la copie privée des créations numériques*, Dalloz 2003, chronique, n°584.

⁷⁵ Ainsi que l'affirme Nicolas Perret, le président de l'association JIRAF, les éditeurs de jeux vidéo élaborent des protections contre la copie uniquement dans l'espoir qu'elles puissent tenir pendant les premières semaines de vente.

<http://www.jiraf.org>

⁷⁶ <http://www.ael.be/action/2003/eucd/france/text/>

⁷⁷ <http://snail.gnu.org/media/audio/explication-passif.ogg>

réaliser que les mesures techniques sont une menace bien plus grande pour la société que la baisse du coût des biens culturels. Depuis quatre ans que le DMCA⁷⁸ a été introduit aux USA, il n'a pas protégé les intérêts des auteurs mais il a, en revanche, servi à asseoir la domination durable des majors et des éditeurs⁷⁹. D'une part, ceux-ci se basent maintenant sur ses dispositions pour asseoir des poursuites généralisées contre les utilisateurs de réseaux P2P dans l'espoir de créer une sorte de panique auprès des internautes qui bénéficient pourtant de la protection du « fair use » et qui ne devraient pas être inquiétés. D'autre part, la généralisation des DRM se traduit par des dommages collatéraux considérables en permettant de créer des monopoles de fait qui constituent une menace pour la concurrence et la culture⁸⁰.

Heureusement, de nombreuses voix s'élèvent pour empêcher cette évolution et imposer la reconnaissance d'alternatives à un droit trop absolu de l'auteur sur ses créations⁸¹ qui ressortirait de la même logique que l'appropriation du vivant⁸². Le droit reconnaît aujourd'hui le pouvoir des auteurs, il faut donc nécessairement reconnaître la part de pouvoir qui revient à la société.

Cela peut être l'objectif d'un législateur consciencieux mais si tel n'est pas le cas, le droit du public trouvera sans nul doute son chemin à travers l'intervention des tribunaux qui bénéficient de l'aide de différents outils juridiques. On peut imaginer, par exemple, le recours à la théorie de l'abus de droit qui prévient l'utilisation d'une loi dans les hypothèses où elle serait détournée de son objectif social⁸³. Justement, elle connaît aujourd'hui une importance croissante aussi bien dans la théorie générale juridique⁸⁴, que dans des droits spécialisés comme le droit de la concurrence⁸⁵ qui sont sans doute plus proche du droit de la propriété littéraire et artistique qu'on ne le penserait au premier

⁷⁸ Une législation américaine plus douce que la directive du 22 mai 2001 mais destinée, elle aussi à adapter les accords de l'OMPI de 1995.

⁷⁹ <http://www.eff.org/IP/DRM/>

⁸⁰ C'est l'exemple de la société Lexmark qui a décidé de protéger les cartouches d'encre de ses imprimantes par une mesure technique de protection. Concrètement, l'imprimante refuse de fonctionner si la cartouche d'encre introduite ne comporte pas une puce protégée par le DMCA. Lexmark se retrouve ainsi capable de reconstituer un monopole sur la fourniture de cartouches d'encre qu'elle n'était plus susceptible de défendre sur le terrain du simple droit de la propriété industrielle.

http://www.eff.org/Cases/Lexmark_v_Static_Controls/20030702_eff_pr.php

⁸¹ <http://eucd.info> contre la transposition de la directive du 22 mai 2001.

<http://eldred.cc> pour le vote d'une loi étendant le domaine public.

<http://www.stallman.org/sinister-publisher.html> contre les puces d'identification des consommateurs dans les produits.

⁸² <http://www.stallman.org/articles/biopiracy.html>

⁸³ Ce mécanisme a déjà pu servir à de nombreuses reprises pour permettre aux tribunaux d'imposer des obligations nouvelles comme l'obligation d'indemniser un salarié en CDI licencié sans juste motif. Cette théorie est tellement adaptée à la gestion des problèmes de coexistence de droits contingents qu'on a parfois préféré parler de la théorie des conflits de droits.

⁸⁴ Par exemple, à propos de la jurisprudence sur la nullité pour indétermination du prix.

⁸⁵ Par exemple, à travers la loi NRE qui accorde une grande place à la théorie de l'abus de droit.

abord.

Même si elle s'avère moins médiatique et plus lente, l'intervention des tribunaux est parfois la seule façon de gérer l'apparition de nouveaux conflits quand ceux-ci n'ont jamais été imaginés auparavant. Or, qui peut réellement prétendre que la disparition du coût de la reproduction des oeuvres artistiques et l'apparition de nouveaux modèles de communication plus efficaces avait été prévue, des 1957, par le législateur du Code de la propriété intellectuelle.

Le coût de la reproduction et de la diffusion des oeuvres artistiques est désormais assuré par les utilisateurs eux-mêmes qui sont en position de mutualiser leurs capacités pour s'improviser éditeurs. Le droit moral de l'auteur reste un droit absolu mais il est temps de remettre en cause les impératifs qui ont amené le législateur à accorder, aux auteurs, un monopole sur la reproduction de leurs oeuvres.

En quelque sorte, la question posée par le P2P n'est pas de savoir dans quelle société nous voulons vivre mais de comprendre dans quelle société nous vivons depuis toujours. Les mécanismes qui gouvernent notre évolution culturelle justifient sans doute la remise en cause de solutions abstraites héritées du passé et aujourd'hui obsolètes.