



MESURES TECHNIQUES DE PROTECTION ET REMUNERATION POUR COPIE PRIVEE

Rapport final simplifié

Octobre 2007

CRID (Séverine Dusollier et Caroline Ker)
KEA European Affairs

1. Le contexte juridique de la relation entre mesures techniques de protection et copie privée

A. Le régime de la copie privée

Le régime de la copie privée est le produit de la reproductibilité technique. Si auparavant les utilisateurs finaux ne pouvaient réaliser des copies d'œuvres, l'apparition sur le marché des photocopieuses, magnétoscopes et magnétophones leur en donnent le pouvoir technique. S'ensuit un préjudice pour les titulaires pour le droit d'auteur dont le droit de reproduction autorise en théorie un contrôle de ces copies, mais qui ne peuvent exercer ni en droit ni en pratique leur droit exclusif dans la sphère privée des utilisateurs.

Le législateur, en Belgique et dans la plupart des autres pays, adoptera en conséquence une exception au droit d'auteur couvrant les actes de reproduction à des fins strictement personnelles et assortira l'octroi de cette exception d'un droit à rémunération, dont l'objectif est de compenser le préjudice subi par les ayants droit.

Ce régime de la copie privée est prévu aux articles 22 (reconnaissance de l'exception) et 55 et suivants (organisation de la rémunération pour copie privée) de la loi sur le droit d'auteur du 30 juin 1994, largement modifiée sur ce point par la loi du 22 mai 2005. La copie privée, dans un premier temps autorisée uniquement pour les œuvres sonores et audiovisuelles, s'appliquera, lors de l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions introduites en 2005, à tout type d'œuvres. Les auteurs, les artistes-interprètes ou exécutants, les éditeurs d'œuvres littéraires et d'œuvres photographiques et les producteurs de phonogrammes et d'œuvres audiovisuelles ont droit à une rémunération pour la reproduction privée de leurs œuvres et prestations. Cette rémunération est collectée auprès des fabricants et importateurs de supports et appareils manifestement utilisés pour effectuer des copies privées et est ensuite répartie aux ayants droit par le biais des sociétés de gestion collective.

L'évolution technique permet désormais un contrôle plus effectif des reproductions privées, sans pour autant attenter à la vie privée des utilisateurs, ce qui aurait pu conduire à supprimer l'exception de copie privée, à tout le moins digitale. Cela n'a pas été le cas. D'autres fondements de la copie privée se sont ajoutés à celui de l'impossibilité de contrôle, incitant le législateur, tant européen que national, à préserver cette exception, actuellement considérée comme un intérêt des consommateurs d'œuvres.

Le régime de la rémunération pour copie privée, ou *levies*, constitue une forme de compensation du préjudice constitué par l'impossibilité d'exercer son droit exclusif sur les copies réalisées au titre de la copie privée. Un droit à rémunération est ainsi réservé aux titulaires de droit d'auteur et la loi belge prévoit également qu'en cas de cession de ce droit, les auteurs et artistes-interprètes conservent un droit à rémunération équitable.

Ce lien entre la compensation du préjudice subi par les ayants droit et le système de rémunération en explique les caractéristiques essentielles. Le régime de *levies* ne peut que compenser un préjudice évalué approximativement et non les actes de copie privée précisément déterminés. Il s'agit d'un système de *rough justice*, dans la mesure où il n'y a pas de lien direct entre les copies réalisées et la rémunération perçue. Ce régime de compensation globale et approximativement évaluée a plusieurs conséquences. L'assiette est arbitrairement déterminée, en ce sens qu'elle porte sur les supports et appareils manifestement, et non

effectivement, utilisés pour effectuer des copies privées ; le paiement d'une redevance pour copie privée à l'achat d'un support ou appareil concerné ne crée pas de droit à la copie privée ; la globalisation de la perception répond à la globalisation du préjudice, et la perception de la rémunération par un ayant droit déterminé est indépendante des copies privées qui auraient été réalisées de ses œuvres. Ces caractéristiques inhérentes au régime de compensation de la copie privée influenceront sur la manière de tenir compte d'un éventuel effet des mesures techniques de protection sur la réalisation de copies.

B. La prise en compte des mesures techniques de protection dans la détermination de la rémunération pour copie privée

L'article 5(2)(b) de la directive européenne de 2001 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, commande aux Etats membres qui consacrent l'exception de copie privée dans leur législation, de prévoir une compensation équitable qui tienne compte de l'application des mesures techniques.

Certaines mesures techniques apposées sur les œuvres peuvent en effet interdire la réalisation de copies, ou l'autoriser contre rémunération. Dans ces deux hypothèses, la perception d'une rémunération pour copie privée, par le biais du régime des *levies*, semble incompatible avec l'impossibilité de la copie ou sa rémunération préalable.

Du fait du déploiement des mesures décrites ci-dessus, la compensation globale à collecter via le système de rémunération pour copie privée devrait logiquement décroître, soit en raison du fait que ces mesures techniques font échapper des copies privées effectuées par les utilisateurs au champ de l'exception (dans le cas où la mesure interdit la copie privée), soit en raison du fait qu'elles internalisent la compensation (dans le cas où le dispositif technique laisse subsister la possibilité de copie en application de l'exception contre rémunération). L'intervention de telles mesures techniques diminue en conséquence l'ampleur du préjudice global résultant de la reconnaissance de l'exception. Il faudrait donc en tenir compte dans la compensation du préjudice telle qu'organisée par le système de rémunération pour copie privée.

Cette prise en considération de l'incidence des mesures techniques de protection des œuvres sur la copie privée a été dénommée règle du *phasing out* par les commentateurs du texte communautaire. Elle ne signifie toutefois pas, ainsi que l'a rappelé le Commissaire européen au marché intérieur, une suppression du système de rémunération pour copie privée, pas plus qu'un encouragement des Etats membres à favoriser le recours aux mesures techniques par les ayants droit.

La règle d'adaptation de la rémunération pour copie privée présente les caractéristiques suivantes :

- Le déploiement des mesures techniques de protection ne devrait pas mener à une suppression de l'exception de copie privée ni du régime de *levies*, contrairement à ce que la terminologie utilisée, le *phasing out*, laisse entendre. La prise en compte du déploiement des MTP sur le régime de la copie privée ne peut donc être interprété comme un retour du droit exclusif face à l'exception de copie privée. L'existence de l'exception subsiste, mais son *exercice* peut être entravé par une interdiction

technique, dont il devra être tenu compte dans le régime de rémunération pour copie privée.

- L'incidence des mesures techniques est un critère parmi d'autres quant à la détermination de la rémunération pour copie privée. L'évaluation du préjudice suscité par la réalisation de copies privées reste influencée par d'autres facteurs et le régime de rémunération peut protéger une diversité d'intérêts.
- La prise en compte des mesures techniques s'effectue sur le plan du préjudice. La cause du paiement de la redevance pour copie privée n'est pas le droit de réaliser une copie pour l'utilisateur ayant acquitté ce paiement, mais la reconnaissance de l'exception pour copie privée et la compensation du préjudice qui en résulte. La présence d'une mesure technique ne fait donc pas disparaître, sur le plan individuel, la cause du paiement (en cas d'interdiction technique de la copie), ni ne redouble le paiement (en cas d'autorisation de la copie contre un prix), mais en change l'amplitude sur le plan collectif, par la diminution du préjudice à laquelle elle contribue partiellement. Il faut donc évaluer la variation du préjudice global résultant de la réalisation de copies privées en raison de la présence de mesure technique et déterminer la variation corrélative des rémunérations à percevoir.

C. Le critère à prendre en compte pour déterminer l'incidence des mesures techniques de protection sur la copie privée

La directive européenne du 22 mai 2001 sur le droit d'auteur dans la société de l'information recourt à divers critères dans sa formulation de la règle du *phasing out*.

Elle prévoit en premier lieu que le système de compensation, rémunérant les auteurs, doit prendre en compte « l'application ou la non application des mesures techniques ». Un considérant rajoute que « lorsqu'il s'agit d'appliquer l'exception ou la limitation pour copie privée, les États membres doivent tenir dûment compte de l'évolution technologique et économique, en particulier pour ce qui concerne la copie privée numérique et les systèmes de rémunération y afférents, lorsque des mesures techniques de protection efficaces sont disponibles ». Un autre considérant précise que « le niveau de la compensation équitable doit prendre en compte le degré d'utilisation des mesures techniques de protection ».

Le législateur belge reprend le premier critère, soit celui de l'application ou de la non application des mesures techniques.

Chacun de ces critères renvoie à une approche différente du lien entre mesure technique et détermination de la rémunération pour copie privée.

Le critère de la disponibilité de la mesure technique, soit la possibilité pour les ayants droit d'y recourir, ne peut être suivi car il ne permet pas d'évaluer la variation effective du préjudice résultant de l'exception de copie privée. D'autres raisons expliquent également la non-pertinence de ce critère.

Le critère de l'application ou de la non-application de mesures techniques sur les œuvres ne signifie pas qu'il faille vérifier, lors de chaque acte d'utilisation d'une œuvre ou d'une

prestation déterminée, la présence d'un mécanisme empêchant ou contrôlant la copie, ce qui serait en pratique irréalisable. Il faut au contraire comprendre le critère de l'application des mesures techniques, comme une analyse statistique et globale de l'application de mécanismes anti-copie sur les marchés des œuvres protégées, et non en fonction de chaque œuvre.

Ce critère, ainsi interprété, peut alors être concilié avec celui du degré d'utilisation des mesures techniques. L'application ou la non application des MTP pourra être déterminée en fonction du degré d'utilisation de celles-ci sur des marchés particuliers, par des catégories d'ayants droit, quant à des répertoires précis, ou sur des supports, médias ou appareils spécifiques, ce qui sera fait dans la suite de cette étude.

2. Description des mesures techniques de protection visées par la LDA

Les mesures techniques prises en compte dans l'étude sont celles définies à l'article 79bis de la loi du 30 juin 1994 sur le droit d'auteur et les droits voisins.

Cette définition comprend les conditions cumulatives suivantes :

- La mesure technique doit **protéger des œuvres ou des prestations protégées par un droit d'auteur ou un droit voisin** (les mesures techniques de protection appliquées aux bases de données sont exclues de l'étude dans la mesure où aucune exception de copie privée n'est prévue au droit d'auteur sur les bases de données) ;
- La mesure technique **contrôle l'utilisation d'une œuvre ou d'une prestation** (tant les mesures anti-copie que les mesures contrôlant l'accès ou l'utilisation d'une œuvre seront couvertes même si leur effet sur la copie privée devra être apprécié différemment) ;
- La mesure technique vise à **empêcher ou limiter les actes non autorisés par les titulaires de droits** (cette formulation étant très large, elle n'exclura en principe aucune mesure technique)
- La mesure technique est **mise en œuvre par un titulaire de droit**, soit directement, soit avec son autorisation (en réalité, peu de protections techniques sont appliquées sur des œuvres sans aucune concertation avec le titulaire du droit d'auteur ou du droit voisin concerné)

Tout type de mesure technique sont visés par la loi, quels qu'en soient la technologie, le dispositif ou le composant. Sont par contre exclus de la définition de l'article 79bis les dispositifs servant uniquement à l'identification des œuvres (informations relatives au régime des droits visées à l'article 79ter LDA), sans qu'ils empêchent l'utilisation de l'œuvre.

Peu importe également l'efficacité de la mesure technique, critère de la définition qui conditionne de celle-ci contre le contournement, mais qui n'est pas pertinent s'agissant de mesures ayant par hypothèse un effet sur la copie privée, donc remplissant cette condition d'efficacité.

La présente étude s'inscrivant dans le cadre de l'exécution d'une disposition législative belge dont l'application est territoriale, elle ne portera que sur les mesures techniques qui protègent des contenus mis sur le marché belge.

La présente étude a examiné les dispositifs techniques déployés dans quatre marchés distincts :

- marché de la musique ;
- marché des œuvres audiovisuelles et cinématographiques ;
- marché de la presse en ligne et d'autres œuvres littéraires ;
- marché des œuvres photographiques.

Ces marchés correspondent aux œuvres et prestations dont les ayants droits sont mentionnés comme bénéficiaires de la rémunération pour copie privée organisée par les articles 55 et suivants de la LDA (visant les « auteurs, les artistes-interprètes ou exécutants, les éditeurs d'œuvres littéraires et d'œuvres photographiques et les producteurs de phonogrammes et d'œuvres audiovisuelles »).

3. Identification des MTP utilisées sur le marché belge

A. Le marché de la musique

Les œuvres musicales auxquelles des MTP sont applicables se partagent en deux marchés distincts. Le premier marché est représenté par la vente de musique enregistrée qui se subdivise en deux sous-marchés : le marché des œuvres musicales off-line ou physiques (essentiellement, CD et DVD musicaux) et le marché des œuvres musicales dites *immatérielles*, qui regroupe l'offre de musique numérique via différentes plateformes. Le deuxième marché est représenté par l'offre de musique enregistrée via les services de radiodiffusion numérique.

I. MTP utilisées pour la musique enregistrée

a) MTP utilisées sur le marché des œuvres musicales sur support physique

Les CD actuellement mis en commerce peuvent normalement être copiés. Leur contenu peut être transféré sur un autre CD ou sur le disque dur d'un ordinateur (et ensuite sur tout autre support : clé USB, baladeur MP3 etc). Pendant une période déterminée, certaines maisons de disques (exclusivement des majors) ont appliqué aux CD mis dans le commerce des MTP consistant à limiter le nombre de copies pouvant être réalisées à partir d'un CD original ou à empêcher purement et simplement la possibilité de réaliser des copies numériques. Les majors sont ensuite revenues sur leurs stratégies. Depuis 2006, aucun CD équipé d'un système de protection « anti-copie » n'a été vendu. Les indépendants n'ont jamais introduits de telles MTP. Il est très difficile, voire impossible, de fournir une évaluation chiffrée de l'application des MTP dans le marché des œuvres musicales vendues en format physique. Il est possible d'affirmer qu'une partie des œuvres toujours en circulation sont protégées par des MTP limitant et/ou empêchant la copie privée, sans toutefois pouvoir quantifier cette affirmation. Mais la tendance qui se semble se dessiner à présent dans le monde de la musique est clairement l'abandon de toute forme de protection sur les formats physiques audio (CD).

Les CD ne sont en général pas protégés contre la copie. La plus grande partie de la musique enregistrée est consommée via CD. A ce jour, l'autre segment du marché de la musique enregistrée, composé des ventes de musique immatérielle en ligne et par mobile, ne constitue que 4,2% de ce marché.

b) MTP utilisées sur le marché des œuvres musicales distribuées dans un format immatériel

Les MTP sont appliquées de manière différente au marché immatériel de la musique, en fonction notamment de la plateforme de distribution considérée et du *business model* adopté par les acteurs du marché. La différence principale concerne les modes de distribution, qui sont d'une part la musique proposée on-line et la musique distribuée sur mobile.

- MTP utilisées par les services en ligne de mise à disposition d'œuvres musicales

Ces services émergents constituent un nouveau mode de consommation de musique enregistrée, aux côtés des CD. Une partie de ces services appliquent des MTP. Chez iTunes, qui domine clairement le marché belge, les fichiers musicaux téléchargés on-line peuvent être protégés par des MTP. Apple propose la gestion des droits des fichiers audio AAC avec la technologie FairPlay. Un fichier téléchargé sur iTunes définit le nombre de périphériques sur lesquels le fichier peut être copié: il est de cinq pour un ordinateur, de sept pour un cdrom et sans limites pour un iPod. De plus, les limites au nombre de copies réalisables sont d'ailleurs relativement facilement contournables. Depuis mai 2007, EMI annonce avoir mis en vente sur iTunes des fichiers en format non protégé, en parallèle avec les fichiers en format FairPlay existants. Le site de la FNAC propose des fichiers protégés par le système WMA et d'autres fichiers sans protection, selon les conditions demandées par les maisons de disque. Les derniers services lancés, E-music et Tunetribes n'offrent qu'un catalogue d'œuvres d'indépendants non protégés par des MTP.

Ces services ne constituent que 3,23 % de la musique enregistrée et n'appliquent pas tous de MTP. Les initiatives récentes du secteur consistent en outre à l'expérimentation de modèles commerciaux qui ne prévoient pas l'utilisation de MTP.

- Les MTP utilisées dans les services mobiles de distribution d'œuvres musicales

Deuxième composante du marché de la musique immatérielle, aux côtés des services en ligne, les services mobiles utilisent en général une MTP ayant pour effet d'empêcher la copie. Les MTP appliquées au marché mobile sont basées sur des standards ouverts agréés par des consortiums regroupant les acteurs du secteur. Les MTP applicables aux services mobiles sont définies par un standard OMA qui se combine ensuite avec des MTP développées par différentes sociétés actives sur le marché de l'encryptage tel que Microsoft, Nagra, Viaccess et autres. La fonctionnalité de base des systèmes MTP pour mobile est définie comme « forward lock », c'est-à-dire le blocage du contenu une fois qu'il est téléchargé sur un équipement mobile: une sonnerie ou tout autre contenu ne peut donc plus être transféré à d'autres équipements.

Le marché des œuvres musicales pour la téléphonie mobile est cependant très réduit. Il compte pour 1,9% des ventes de musique enregistrée.

II. Les MTP utilisées par les services de radio numérique

La radio numérique peut être diffusée soit via le réseau hertzien, soit via les infrastructures de télécommunication (fixes ou mobiles), soit via le câble, soit via Internet.

A ce jour, seule la radio numérique via l'Internet est concernée par l'utilisation de MTP ayant un effet sur la copie, lorsqu'elle recourt à la technique de diffusion en streaming. La technique du streaming permet d'assurer aux diffuseurs que leurs vidéos ou musiques ne puissent pas être enregistrées. Les émissions diffusées en *podcasting* au contraire sont généralement libres de toute MTP et donc la musique incluse dans ces émissions peut faire l'objet d'une copie privée.

En revanche, il n'est pas appliqué de MTP de gestion de la copie à la radiodiffusion numérique diffusée par le réseau hertzien, le câble ou les infrastructures de télécommunications et le marché de ce type de radio numérique (en dehors de la diffusion de programmes sur le web) est très réduit. Des mesures qui pourraient interdire de copier le signal sonore, de la même manière que cela existe pour les signaux de télévision en format numérique ont été développées et pourraient être appliquées à la radiodiffusion numérique.

La part de la radio diffusée par Internet dans l'ensemble de la consommation de services de radio et dans l'ensemble de la consommation de musique est difficile à évaluer.

B. Le marché de œuvres audiovisuelles

Les œuvres audiovisuelles auxquelles des MTP peuvent être appliquées se partagent en deux marchés distincts : le marché des œuvres audiovisuelles physiques (essentiellement DVD) et le marché des œuvres audiovisuelles « immatérielles », qui regroupe les offres de TV numérique (diffusion en mode linéaire) et de vidéo à la demande, *VOD*, (diffusion en mode non linéaire) via les services de TV numérique ou via Internet.

I. MTP utilisées dans le marché de la consommation des œuvres sur support physique

Segment majeur, avec la télévision, de la consommation d'œuvres audiovisuelles dans la sphère privée de l'utilisateur, le DVD est protégé par une MTP qui a pour effet direct d'en empêcher la copie. Le système de cryptage *Content Scrambling System* (CSS) empêche la copie de données d'un DVD vers un ordinateur. Par ailleurs, le système Macrovision empêche la copie d'un DVD vers un magnétoscope.

La consommation d'œuvres audiovisuelles via DVD (ventes et locations) demeure à ce jour quantitativement très importante. En 2005, en Belgique, elle générait toujours 350 fois plus de revenus que la vidéo à la demande.

La nouvelle génération de DVD, le HD-DVD et le Blu-Ray, sont également pourvus d'une MTP qui, en principe, empêche toute reproduction du contenu. Des négociations sont

toutefois en cours pour que les systèmes appliqués à ces nouveaux supports soient programmés pour autoriser techniquement la réalisation d'une ou deux copies.

II. Les MTP utilisées dans le marché de la consommation des œuvres distribuées dans un format immatériel

- MTP utilisées dans les services de télévision analogique

La télévision analogique demeure encore à ce jour une composante essentielle de la consommation d'œuvres audiovisuelles dans la sphère privée de l'utilisateur. Elle n'est pas concernée par l'utilisation de MTP qui auraient un effet sur la copie privée.

- MTP utilisées dans les services de télévision numérique (hors VOD)

La télévision numérique peut emprunter la voie hertzienne terrestre, la voie satellitaire, la voie câblée ou les infrastructures de télécommunication (IPTV).

Les services proposés à ce jour n'appliquent pas de MTP ayant pour effet direct d'empêcher ou de limiter la copie, mais contrôlent l'accès au contenu par des dispositifs dits d'accès conditionnels.

Les opérateurs de TV numérique permettront en général de copier ou de sauvegarder les programmes des chaînes numériques (mode linéaire) sur un disque dur ou un DVD. Il est possible que des MTP empêchant ces copies soient mises en place par certains opérateurs, selon les conditions imposées par les titulaires des droits, bien que cela ne soit pas encore le cas. Le passage au numérique en matière de télévision permet toutefois de diffuser du contenu de manière non-linéaire, et notamment de regarder les programmes à d'autres moments, ainsi que d'offrir des offres de contenus à côté du simple accès aux chaînes existantes (VOD, etc.). Ces nouvelles possibilités d'accès aux programmes comportent des fonctionnalités techniques qui pourraient avoir un effet direct ou indirect sur la copie privée (voir *infra*).

Cependant, ces services ne menacent à ce jour pas encore l'hégémonie de la télévision analogique. A la fin de l'année 2005, seuls 3% des foyers belges y avaient accès.

Les télédiffuseurs principaux en Belgique offrent également des services de Web TV donnant la possibilité de visionner certains de leurs programmes sur Internet. L'Internet voit également l'émergence de nouveaux services de télévision.

Les télédiffuseurs traditionnels donnent en général la possibilité de visionner sur leur site web certains programmes archivés, préalablement diffusés via les canaux de diffusion principaux de la chaîne (télévision analogique ou numérique).

La technique de distribution utilisée, le streaming, en empêche la copie.

Ce type de service pourrait également avoir pour effet indirect de rendre inutile la réalisation de copie privée des programmes diffusés via ces canaux de diffusion principaux, en raison de

la mise à disposition non-linéaire de ces programmes et du choix offert à l'abonné du moment de visionnage de ceux-ci.

- MTP utilisées dans les services de vidéo à la demande

La vidéo à la demande est un service de télévision non linéaire permettant à l'utilisateur de décider du contenu à visionner et du moment de sa diffusion. Les services de VOD sont proposés via les infrastructures de télécommunication, le câble ou sur Internet. Ils constituent parfois une composante d'un service de télévision numérique plus large de type linéaire.

Ils utilisent généralement des MTP empêchant ou limitant la copie des contenus vendus et déterminant la durée de location. En règle générale, la VOD locative à l'acte semble être le modèle économique dominant en Europe, diminuant ainsi les possibilités de copies.

Les deux seules offres VOD via TV numérique disponibles en Belgique sont celles de Belgacom TV et de Telenet. Le contenu est diffusé en streaming durant une période de 24h – avec interruptions possibles - et il est impossible de le fixer sur le disque dur du décodeur ou de le transférer vers un appareil périphérique.

Chez Telenet, One2Watch et 7 Days, les seules offres de VOD via Internet présentes pour le moment sur le marché belges, une ou plusieurs copies peuvent être réalisées selon des modalités différentes.

Ce mode de consommation semble destiné à concurrencer la consommation d'œuvres audiovisuelles via DVD, mais il vient également enrichir des offres de télévision numérique linéaire, concurrentes de la télévision analogique.

La VOD n'est cependant à ce jour que peu développée (par rapport au DVD, la VOD génère 350 fois moins de revenus que la vente et la location des DVD).

C. Le marché de la presse en ligne et de l'édition littéraire

L'édition électronique peut être conçue comme un dérivé de l'édition traditionnelle. Il s'agit aussi de publication de documents et d'ouvrages non pas physiques mais en format numérique. La publication en ligne désigne la mise à disposition de données ou d'informations dans des environnements informatiques sur internet. L'étude de marché a sondé le marché des périodiques, des revues, notamment scientifiques, des magazines et des e-books.

D'une manière générale, les MTP employées pour protéger le droit d'auteur dans le secteur de l'édition sont bien moins développées que dans le domaine de la musique ou de l'audiovisuel. Contrairement à ces secteurs, c'est plutôt l'accès aux documents qui est protégé que le document lui-même. Les MTP dans le secteur de l'édition prennent donc le plus souvent la forme de contrôle d'accès ou accès conditionnel. Seuls les e-books, marché encore très marginal, sont dotés d'une MTP empêchant la copie. Le format pdf sert également dans certains cas, notamment pour des publications périodiques ou articles de journaux, de MTP anti-copie, quoique cette protection soit très rudimentaire.

Cependant, tant les marchés de ces œuvres numériques (ainsi que leur consommation via les services appliquant des MTP) sont peu développés.

D. Le marché des œuvres photographiques

Le quatrième marché à l'étude est celui des œuvres photographiques, dont les titulaires constituent la quatrième catégorie des bénéficiaires de la rémunération pour copie privée.

Les services de banques de photos proposés sur Internet recourent en général à des systèmes d'accès conditionnel et au tatouage des photos. Ils ne semblent pas à ce jour utiliser de MTP qui ait un effet contraignant sur la fonction de copie.

4. Critères de détermination de l'incidence des mesures techniques de protection sur la rémunération pour copie privée

Le sens à donner au critère, repris par la loi belge, de *l'application ou la non-application de mesures techniques* correspond à celui du critère du *degré d'utilisation*, également mentionné dans la directive, lorsqu'il est mis en œuvre *de manière statistique*.

Ainsi, ne sera pas répercutée de manière individuelle chaque application d'une MTP à une œuvre sur la rémunération pour copie privée. On aura plutôt égard à l'ampleur du déploiement de ces mesures parmi les œuvres circulant sur le marché et à l'effet direct ou indirect qu'elles peuvent avoir sur la réalisation réelle d'une copie privée.

Dans la mesure où ce critère est lié à l'évaluation du préjudice résultant de l'exception permettant la réalisation de copies privées, ce degré d'utilisation doit être apprécié en tenant compte à la fois de la présence de MTP sur les œuvres qui empêcheraient la copie, mais également des autres effets plus indirects que pourraient avoir ces mesures techniques, mêmes lorsqu'elles n'empêchent pas la copie, sur la réalisation de copies privées.

Les facteurs suivants permettront ainsi de déterminer si, et dans quelle mesure, la présence d'une MTP donnée doit être répercutée sur la rémunération pour copie privée: la présence d'une MTP et son degré d'utilisation (A), l'effet des MTP sur la copie privée (B), l'éventuelle aménagement des mesures techniques pour permettre le bénéfice de l'exception de copie privée ou d'autres exceptions (C.)

A. La présence de MTP sur les contenus protégés par le droit d'auteur ou un droit voisin et son degré d'utilisation

L'examen du déploiement des MTP sur les quatre marchés concernés par l'étude a permis de déterminer le degré d'application de dispositifs techniques en fonction des secteurs, des types d'offres de produits ou services, et des différents fournisseurs de ces œuvres ou acteurs concernés.

Seules les MTP dont on constate l'application sur un segment significatif du marché devraient toutefois être prises en compte dans le système de rémunération pour copie privée. Ainsi une MTP, mise en œuvre sur un support physique ou un service de mise à disposition d'œuvres immatérielles, mais qui n'est que marginalement répandue parmi les utilisateurs, ne contribue pas de manière sensible à réduire le nombre de copies privées réalisées et le préjudice en découlant. Une utilisation minimale d'une MTP sera donc nécessaire à sa prise en compte. Nous fixerons le seuil de cette utilisation minimale à 5 % des œuvres en circulation par type de contenus ou services proposés. Ce seuil est arbitrairement choisi et peut être modifié. Dans certains cas où ce seuil ne peut être déterminé (par exemple lorsque les seules données dont on dispose sont le nombre d'abonnés à un service sans pouvoir déterminer quelle est la part de ce service doté de MTP par rapport à la consommation d'œuvres non protégées), l'appréciation, du caractère minimal devra se baser sur d'autres facteurs.

Au-delà d'un degré minimal d'utilisation d'une telle MTP, sa répercussion sur la rémunération pour copie privée se fera proportionnellement à son degré d'utilisation par rapport aux œuvres du même type qui circulent parmi les utilisateurs mais ne sont pas techniquement protégées. Une application stricte du critère du préjudice commanderait également de tenir compte du caractère substitutif d'un mode de consommation utilisant une MTP donnée aux modes de consommation qui n'en utilisent pas. Ainsi, si un support physique ou un service de distribution d'œuvres immatérielles qui applique une MTP se répand parmi les utilisateurs, mais que ce mode de consommation ne fait que se cumuler aux modes de consommation n'utilisant pas de MTP, l'impact sur le préjudice total sera logiquement nul. En effet dans ce cas, le nombre de copies privées réalisées par les utilisateurs est inchangé par la MTP. Il en sera de même lorsqu'un support ou un mode de consommation appliquant une MTP se répand parmi les utilisateurs mais se substitue à un support ou mode de consommation qui appliquait lui-même déjà une MTP de même effet. Tel est par exemple le cas du remplacement des DVD par les HD-DVD, tous deux identiquement protégés contre la copie. Ce critère du caractère substitutif d'un mode protégé à un mode qui ne l'est pas n'a pas été l'objet d'investigations dans le cadre de la présente étude. Il a cependant été mis en œuvre dans les analyses de l'impact sur la copie privée des MTP constatées sur le marché au moyen d'hypothèses.

L'étude de marché a appréhendé la présence actuelle de MTP sur les marchés des œuvres. En raison du caractère émergent de ces offres protégés de nouveaux biens et services numériques et de la variabilité constante des modèles économiques et techniques adoptés, les données résultant de notre étude sont par définition soumises à modification. La formule proposée ici tient compte de ces variables. Son application concrète pour déterminer l'incidence des MTP sur la rémunération pour copie privée devra en conséquence être régulièrement renouvelée sur base de la vérification périodique du degré d'utilisation des MTP sur les marchés des œuvres et des chiffres de la consommation des supports physiques ou des services auxquels est appliquée la MTP concernée.

B. L'effet de la MTP sur la possibilité de copie

Parmi les MTP auxquelles les titulaires de droit ou fournisseurs de produits ou services recourent pour sécuriser les œuvres, seules certaines sont susceptibles d'avoir une incidence sur la réalisation de copies privées. Cette incidence consiste en la modification par la MTP du préjudice global résultant de la réalisation de copies privées. Elle procèdera soit d'un effet direct opéré par la MTP sur la copie privée (I), lorsque la copie est rendue impossible ou n'est rendue possible qu'en nombre limité, soit d'un effet indirect lorsqu'elle percevra une rémunération en contrepartie de la copie ou bien lorsqu'elle exercera un effet dissuasif rendant la copie moins utile (II).

I. MTP ayant une incidence directe sur la réalisation de copies privées

Certaines MTP ont pour fonction ou effet directs d'interdire ou de limiter la réalisation de copies privées. La mise en œuvre de l'exception est donc rendue impossible ou limitée. Il n'y aura donc pas de copies privées ayant cet exemplaire pour source ou leur nombre sera limité.

C'est la première hypothèse qui est visée par la règle dite du *phasing out* : la rémunération pour copie privée ne doit pas être due si la cause de celle-ci, la possibilité d'effectuer une copie, disparaît ou se réduit.

La présence de mesures empêchant la reproduction de l'œuvre devra conduire à une répercussion intégrale sur la détermination du montant de la rémunération pour copie privée dans la mesure où ces contraintes techniques entravent complètement la mise en œuvre de l'exception. S'agissant des MTP qui limitent le nombre de reproductions réalisables, leur répercussion sur la rémunération pour copie privée devrait être moindre et en principe, inversement proportionnelle au nombre de copies techniquement autorisées. Plus une telle mesure permet un nombre élevé de copies, moindre devra être l'intensité de sa répercussion. En outre, au-delà d'un certain seuil de copies rendues possibles, ces mesures ne devraient même plus influencer sur la détermination de la rémunération pour copie privée dans la mesure où on ne peut plus considérer qu'elles limitent effectivement la mise en œuvre de l'exception et le préjudice en découlant. Ce seuil de copies qui rendrait inutile la prise en compte de la mesure anti-copie pourrait être fixé à 5 copies, pour autant qu'au moins trois copies puissent être réalisées sur différents médias ou supports.

II. MTP ayant une incidence indirecte sur la réalisation de copies privées

Certaines MTP n'ont pas pour fonctionnalité de réduire les possibilités de copie de l'œuvre. Cependant, elles peuvent avoir deux effets indirects sur la copie privée. Premièrement, certains systèmes techniques peuvent ainsi ne pas entraver la réalisation de copie(s), mais prélever une somme en contrepartie de cette possibilité laissée à l'utilisateur.

Lorsque des MTP, notamment certains DRM, autorisent la copie de l'œuvre et perçoivent une rémunération en contrepartie, elles devraient a priori être prises en compte dans la détermination de la rémunération pour copie privée. C'est l'hypothèse de double paiement visée par les tenants du principe du *phasing out* : si la copie est rémunérée pour l'ayant droit par la perception d'un certain montant contrôlé par la MTP, la rémunération perçue par le système de *levies*, fait double emploi. L'utilisateur a le sentiment de payer deux fois, ce qui doit être corrigé. En d'autres termes, le préjudice résultant de la réalisation d'une copie privée est compensé par cette rémunération directe de l'ayant droit qui internalise en quelque sorte le règlement de son préjudice, ne pouvant plus prétendre dans ce cas au bénéfice de la rémunération pour copie privée. L'intensité d'un tel effet sur la rémunération pour copie privée dépendra de la comparaison entre la rémunération, plus ou moins élevée, ainsi prélevée et les possibilités de copies, plus ou moins étendues, qui sont laissées au bénéfice de l'utilisateur.

Deux réserves doivent cependant être apportées.

Premièrement, la somme financière afférente à la possibilité de copie et perçue par le fournisseur du service d'accès à l'œuvre ou à la prestation devrait en théorie être rétrocédée aux titulaires du droit à la rémunération pour copie privée. Si le fournisseur du service incluant l'œuvre perçoit un prix spécifique pour la copie privée mais sans que ce prix bénéficie véritablement à l'ayant droit, ce dernier subira la copie privée sans en percevoir une compensation. On ne peut donc conclure dans ce cas que cette MTP présente cet effet indirect sur la copie privée. C'est encore plus complexe en droit belge où l'auteur et l'artiste-interprète conservent un droit à rémunération équitable minimal en cas de cession de leur droit à rémunération pour copie privée. Le titulaire de droit qui ne recevrait pas les sommes payées par l'utilisateur pour la copie, ainsi que l'auteur et l'artiste-interprète qui ne pourraient bénéficier de la rémunération équitable, subiraient donc toujours un préjudice du fait de la copie privée.

Le défaut d'un retour financier aux titulaires de la rémunération pour copie privée, afférent au fait que la MTP comprend la possibilité de copies, pourrait donc empêcher qu'on répercute une MTP donnée sur la rémunération pour copie privée. Dans ce cas cependant, il faudra être attentif au fait que cela risque de générer un hiatus entre le fait que le prix payé par l'utilisateur lui est présenté comme comprenant les copies permises par le système, et le fait que ce système n'a pas été répercuté sur la rémunération pour copie privée. Dans ce cas, bien qu'il n'y ait pas de double paiement du point de vue des titulaires de la rémunération pour copie privée, le double paiement subsiste du point de vue de l'utilisateur. D'autres types de mesures correctrices devraient donc être imaginées pour compenser le fait que l'utilisateur, quels que soient les accords convenus entre titulaires de droits et exploitants des œuvres, ait l'impression d'avoir effectué un double paiement pour réaliser sa copie.

Une deuxième réserve concerne la qualification de « copie privée » donnée aux actes de fixation effectués par l'utilisateur dans ce type de services d'accès aux œuvres. Ces actes de fixations consistent généralement pour l'utilisateur à « fabriquer » l'exemplaire qu'il a acquis et à fixer sur différents équipements ou formats l'œuvre afin de lui permettre d'en effectuer une utilisation normale. Par conséquent, les MTP qui prélèvent une rémunération en échange de l'accès à une œuvre, dont l'original doit être constitué par l'utilisateur, ne devraient pas être systématiquement appréhendées comme des MTP prélevant une rémunération en contrepartie de copies privées.

Deuxièmement, certains modèles d'exploitation mis en œuvre par des dispositifs techniques offrent à l'utilisateur des alternatives au besoin d'obtenir une copie de l'œuvre, ce qui diminue l'intérêt, et donc la réalisation effective, de la copie.

Outre la possibilité de conserver un exemplaire de l'œuvre, la copie privée répond à certains besoins de l'utilisateur d'une œuvre, tels que la possibilité de visionner l'œuvre fournie à un autre moment que celui choisi par le télédiffuseur (*time-shifting*^{*1}), la possibilité de fixer l'œuvre sous un autre format (*format-shifting**) ou encore la possibilité d'utiliser l'œuvre dans différents endroits soit d'assurer une certaine « portabilité » de l'œuvre pour permettre sa lecture par un autre appareil (*player-shifting**). Ce sont en effet souvent les limites du moyen technique utilisé pour transmettre l'œuvre à l'utilisateur (à savoir son incorporation dans un support physique ou l'offre de l'œuvre à un moment donné dans le cas de la radiodiffusion) qui justifient certains motifs de copie privée. La copie privée vise donc ici à remédier aux

¹ Les * renvoient au lexique situé à la fin de rapport final.

limitations intrinsèques que le conditionnement de l'œuvre pose à l'utilisation de l'œuvre. La technologie numérique appliquée à l'offre de contenus, généralement soutenue par des mesures techniques, ne présente pas les mêmes limites que les supports physiques et la technique de la radiodiffusion. La technologie numérique permet ainsi à un distributeur d'œuvres d'offrir aux utilisateurs un service plus large d'accès aux œuvres (plus large que la simple remise d'un CD ou la diffusion à heure fixe programmée d'œuvres audiovisuelles). Ainsi, une offre numérique musicale ou audiovisuelle peut comprendre des modalités d'utilisation de l'œuvre qui auraient nécessité pour l'utilisateur de réaliser une copie privée si cette même œuvre lui était fournie sur un support physique ou via la technique de la radiodiffusion.

Un exemple est constitué par les fonctionnalités de services de télévision qui permettent à l'utilisateur de déterminer dans une certaine mesure le moment de la diffusion des programmes et le dispensant ainsi d'« enregistrer le film ».

Dans la mesure où ces nouveaux services rendent superflues certaines copies privées, ils devraient être traduits par une diminution corrélative de la rémunération pour copie privée collectée. L'intensité de la répercussion du déploiement de ces systèmes techniques sur la rémunération pour copie privée sera plus faible que celle des MTP empêchant la copie.

Enfin, certaines MTP dont l'existence a été constatée sur les marchés des œuvres n'ont aucun effet, direct ou indirect sur la copie privée et ne doivent pas, par conséquent, être prises en considération.

C. Les mesures mises en œuvre par les titulaires de droit en faveur des exceptions

Rappelons qu'afin de préserver le bénéfice effectif de certaines exceptions, en dépit de la présence d'une MTP qui empêcherait la copie ou l'acte d'utilisation nécessaire à l'exercice de cette exception, l'article 6.4 de la directive dite *société de l'information* prévoit que les titulaires de droits sont encouragés à mettre en place des mesures volontaires pour permettre ce bénéfice de l'exception, à défaut de quoi les Etats membres devront intervenir.

L'articulation de cet encouragement donné aux titulaires de droits d'intervenir et la possibilité d'un recours en Belgique ou dans d'autres pays peut avoir des conséquences sur l'évaluation de l'incidence des MTP sur la rémunération pour copie privée.

Il ne faudrait cependant pas surestimer l'importance de ces deux variables dans le paysage de l'exception pour copie privée et de la rémunération pour copie privée. Les mesures prises à l'égard de MTP appliquées à des exemplaires matériels d'œuvres sont peu nombreuses à l'heure actuelle. Et l'obligation légale ne couvre pas les œuvres mises à la disposition du

En conclusion, il apparaît à l'heure actuelle que les possibilités de mise en œuvre de l'exception de copie privée en Belgique ne sont influencées ni par l'adoption de mesures prises à l'égard d'autres exceptions dans le cadre de l'article 87*bis*, ni dans le cadre de législations étrangères à l'égard de l'exception de copie privée.

5. Détermination de l'incidence des MTP actuellement utilisées sur la copie privée

Cette partie applique les critères dégagés précédemment aux MTP utilisées sur les différents marchés des œuvres pour déterminer l'incidence réelle des MTP sur la rémunération pour copie privée. Il doit être précisé que cette application ne peut se faire qu'à partir des données relatives aux marchés actuels des offres d'œuvres et prestations protégées. Les résultats obtenus sont donc par nature variables et, dans une certaine mesure, prospectifs, tant il s'agit de marchés très émergents.

A. *Marché des œuvres musicales*

I. MTP appliquées aux CD

Effet sur la copie privée

Les MTP qui ont été appliquées aux CD empêchent la copie numérique ou en limitent le nombre.

Degré d'utilisation

Seuls certains CD distribués entre 2001 et 2005 se sont vus appliquer de telles MTP. Elles ont été utilisées par certains producteurs uniquement, sur certaines parties de leurs répertoires et ne sont à présent plus appliquées sur aucun CD.

Il est pratiquement impossible de chiffrer la proportion de CD protégés qui demeurent en circulation, laquelle diminue par ailleurs à chaque mise sur le marché de CD non protégés. On peut supposer que cette proportion n'est pas significative pour en déduire une répercussion sur la rémunération pour copie privée.

II. MTP appliquées aux DVD et HD-DVD musicaux

Effet sur la copie privée

A l'instar des DVD contenant des œuvres audiovisuelles, les DVD et HD-DVD musicaux intègrent un mécanisme anti-copie propre à ce type de support (CSS pour le DVD et AACS pour le HD-DVD) et dont la fonction est d'empêcher complètement la réalisation de copie privée.

Degré d'utilisation

La part de consommation d'œuvres musicales via DVD est non significative par rapport à la part de consommation d'œuvres musicales via des modes qui sont des sources de copies privées.

Le HD-DVD devrait quant à lui remplacer le DVD. Un mode de diffusion utilisant une MTP en remplaçant un autre, l'effet sur le préjudice sera nul.

III. MTP appliquées aux services de distribution d'œuvres immatérielles

Sont concernés les services de mise à disposition d'œuvres musicales sous format immatériel qui utilisent des MTP, tels qu'*iTunes*, *Free record* et *Sony Connect*.

Effet sur la copie privée

Ces services donnent accès à un morceau de musique à l'utilisateur, en contrepartie du paiement du prix convenu. Le morceau de musique est alors délivré à l'utilisateur sous forme de fichier informatique. Pratiquement, l'utilisateur réalisera l'accès qui lui est donné à l'œuvre en procédant à des fixations du fichier reçu, sur des CD, DVD, lecteur MP3, ordinateur...

L'ensemble de ces fixations sont normalement autorisés par le service. Ainsi, tels qu'ils se présentent à l'heure actuelle sur le marché, ces services permettent la réalisation d'un nombre élevé de copies. La rémunération prélevée en contrepartie peut être considérée comme compensant le préjudice subi du fait des fixations qu'on peut considérer comme des copies privées (au-delà des fixations nécessaires pour acquérir l'œuvre), à condition que les titulaires de droit obtiennent une part de la rémunération ainsi perçue.

Ces systèmes, en raison de la multiplicité des accès aux œuvres que ces fixations permettent, peuvent également avoir pour effet de réduire le nombre de copies en définitive effectuées par l'utilisateur, ce qui constituerait un deuxième effet indirect de ces MTP sur la copie privée.

Degré d'utilisation

Le déploiement des services de distribution de musique immatérielle est à ce jour limité (4,2% en Belgique en 2006). Bien que la vente de CD soit en diminution, il n'est pas démontré que cela est dû au fait que la consommation par service immatériel s'y substitue.

La proportion de la vente immatérielle de musiques est cependant en constante augmentation par rapport à la vente d'exemplaires matériels. Lorsqu'elle aura atteint une part de marché significative dans l'acquisition de musique enregistrée, les MTP qui y sont appliquées devront être répercutées sur la rémunération pour copie privée.

IV. MTP appliquées à la radiodiffusion numérique (streaming*)

Effet sur la copie privée

La radiodiffusion numérique, qu'elle se réalise sur le web ou non, recourt à la technique de diffusion en streaming. Les musiques diffusées par ce média ne peuvent en conséquence faire l'objet d'une copie. La MTP constituée par le streaming a un effet direct sur la copie privée en empêchant la réalisation de toute copie.

Degré d'utilisation

Le déploiement du recours à la radio numérique diminuera la quantité de copies privées réalisées, si le recours à la radio numérique se fait au détriment de modes d'accès aux œuvres qui n'appliquent pas de MTP. En toute probabilité, il semble que ce soit la radio analogique que remplacera progressivement la radio numérique dans les habitudes d'écoute des auditeurs.

La radio numérique est à ce jour peu développée. Les services de radio numérique par câble ou par les infrastructures de télécommunication sont très peu répandus, même s'ils sont parfois joints aux services de TV numérique eux-mêmes émergents (Telenet, Belgacom). La radio numérique terrestre demeure limitée tant que le plan des fréquences n'a pas été adopté. Quant à la radio numérique via Internet, que ce soit des radios ne diffusant qu'en webcasting ou des radio mettant leurs programmes habituels sur le web, si ces radios semblent fort développées, l'absence de chiffres de consommation ou d'écoute de ces programmes ne permet pas de tirer de conséquences sur la rémunération pour copie privée.

Le recours à ce mode d'accès à la radio par les utilisateurs est cependant amené à se substituer à l'écoute analogique. Par ailleurs, le nombre de copies privées actuellement réalisées pour des contenus diffusés via la radio analogique est sans doute très réduit. Ces deux circonstances impliquent que le déploiement de la radio par Internet n'aura peut-être qu'un effet limité sur l'ampleur de la mise en œuvre de l'exception.

B. Marché audiovisuel

I. MTP appliquées aux supports physiques DVD et HD-DVD/Blu-Ray

Effet de la MTP sur la copie privée

Les supports physiques d'œuvres audiovisuelles actuellement diffusés sur le marché sont principalement les DVD, amenés à être progressivement remplacés par le format HD-DVD/Blu-Ray. Ces deux formats sont équipés de MTP (respectivement le système CSS et le système AACS) qui ont un effet direct sur la copie, qui consiste à en empêcher complètement

la réalisation. Le DVD est également pourvu d'une protection contre la copie analogique (*Macrovision*).

Notons toutefois que des négociations sont en cours pour que le format HD-DVD/BluRay autorise une copie. Si ces négociations aboutissaient à une configuration de la MTP de manière à permettre la réalisation d'une copie, il conviendrait d'y adapter l'incidence sur la rémunération. Cette MTP aurait ainsi pour effet de limiter le nombre de copies et, si un coût additionnel est explicitement lié à cette possibilité de copie, elle présenterait également un effet indirect consistant à prélever une rémunération de la copie privée à la source.

Degré d'utilisation

La consommation d'œuvres audiovisuelles via DVD (vente et location) est conséquente. Ainsi, le chiffre d'affaire généré par les ventes et locations de DVD en Belgique en 2005 s'élève à 208 millions d'€. En 2004, il était recensé en Belgique 2300 et 800 points de vente et de location de DVD, respectivement. La part des ventes ou locations d'œuvres audiovisuelles dans le format analogique VHS non protégé contre la copie est devenue marginale.

En revanche, la part de la consommation de HD-DVD et Blu-Ray est actuellement non significative (0,1% de la consommation totale de DVD en France, cette part étant plus réduite encore en Belgique). Par ailleurs, il est réaliste de formuler l'hypothèse que les HD-DVD sont surtout appelés à se substituer aux DVD, lesquels sont déjà protégés contre la copie. Le déploiement des MTP appliquées au HD-DVD ne devrait donc pas provoquer de diminution supplémentaire de la mise en œuvre de l'exception.

II. MTP appliquées aux services de vidéo à la demande*

A l'heure actuelle, les services de vidéo à la demande proposés en Belgique regroupent les services de VOD locative proposés sur Internet par l'agrégateur *OD Media* et par *Direct movie*, *TMA*, *ArteTV*, ainsi que les services de VOD de *BelgacomTV* et de *Telenet*.

Effet sur la copie privée

Les MTP appliquées aux œuvres offertes en VOD*, en téléchargement* ou en streaming*, en entravent en général la copie. Aucune copie n'est réalisable. *Belgacom Tv* et *Telenet* s'appuient également sur la mesure de protection contre la copie analogique *Macrovision*.

Degré d'utilisation

Parmi les fournisseurs de services de télévision, seuls *Telenet –iDTV* et *Belgacom* offrent un service de VOD. Le premier a délivré 4 millions de vidéos entre les mois de septembre 2005 et 2006 tandis que *BelgacomTV* a effectué 1,5 millions de téléchargements en 2006.

Les services de VOD via Internet ou mobile sont également très peu nombreux.

La VOD reste donc à ce jour très peu développée, par rapport à la télévision analogique, qui demeure le mode dominant de service de télévision en Belgique et qui n'applique pas de MTP. La comparaison du chiffre d'affaire généré par les ventes et locations de DVD en Belgique en 2005, soit 208 millions d'€, avec celui issu de la vente de vidéos via VOD la même année, soit 600.000 €, rend manifeste le caractère émergent de ce nouveau mode de distribution de contenus audiovisuels en Belgique.

Il semble en outre que la VOD soit surtout appelée à se substituer aux locations et ventes de DVD. Or ces derniers sont déjà protégés contre la copie. Dans cette hypothèse, le déploiement de la VOD ne devrait pas induire de diminution des actes de copie privée réalisés et ce, indépendamment de son taux d'utilisation parmi l'ensemble des modes de distribution de contenus audiovisuels.

III. MTP appliquées à la fourniture d'œuvres sur les réseaux mobiles (hors VOD)

Le marché belge actuel ne connaît qu'une offre de contenus audiovisuels sur mobile, soit le service de télévision mobile proposé par *Proximus*, qui offre les programmes d'une trentaine de chaînes en *streaming** sur appareil mobile

Effet sur la copie privée

La MTP appliquée aux œuvres diffusées via les réseaux mobiles de télécommunication, ne peuvent être copiées lorsqu'elles sont diffusées en *streaming**. D'autres types de mesures techniques peuvent être appliquées sur les œuvres audiovisuelles proposées au téléchargement sur mobiles, principalement pour en empêcher la copie vers d'autres types d'équipements.

Degré d'utilisation

Ces services sont actuellement très peu déployés. Seul *Proximus* propose un tel service. Le maigre déploiement des terminaux mobiles de troisième génération en freine en outre actuellement le développement. Pour le moment, l'effet des MTP présentes dans ce type de services est donc minimal et non significatif pour la rémunération pour copie privée.

Par ailleurs, les services mobiles n'apparaissent pas destinés à se substituer à des modes de consommation auxquels ne sont pas appliqués de MTP, tels que la télévision analogique et numérique linéaire*. Les circonstances dans lesquelles les utilisateurs semblent amenés à recourir à de tels services, soit le fait de jouir de certains contenus créatifs lors de leurs déplacements, se distinguent en effet de celles dans lesquelles ils allument la télévision ou regardent un DVD.

IV. MTP appliquées aux services de télévision linéaire* (hors VOD)

Sont concernés les services de télévision numérique de *BelgacomTV*, *Coditel* et *Telenet* et le service de télévision analogique ou numérique de *BeTV*.

Effet sur la copie privée

Les MTP appliquées à ces services de télévision n'ont pas d'effet direct sur la copie privée dans la mesure où, à ce jour, elles n'ont pas de fonctionnalité consistant à empêcher la copie ou à en limiter le nombre ou la faisabilité.

Ces services de télévision, matérialisés par des systèmes techniques, présentent en revanche un effet indirect sur la copie privée, qui est de prélever un premier paiement pour les enregistrements qu'ils permettent d'effectuer ou pour l'accès à une fonctionnalité de *time-shifting*. La multiplicité de possibilités d'accès aux programmes qu'ils offrent a également pour effet de dissuader l'utilisateur de réaliser des copies privées.

Ces services de télévision numérique incluent en effet un service de *catch-up**, soit la possibilité pour le téléspectateur de choisir dans une mesure relative, le moment de visionnage des programmes diffusés.

L'accès à ces services de *catch-up** est par ailleurs parfois explicitement payant lorsqu'il se présente comme une option payante à l'utilisateur ou lorsque les programmes déjà diffusés mais que l'utilisateur désire (re)voir sont disponibles via un service de VOD payant.

Le service de *BeTV* confère quant à lui à l'utilisateur une latitude quant au moment de visionnage d'un programme. En effet, les programmes diffusés par *BeTV* sont systématiquement rediffusés, sur la même chaîne, sur une sous-chaîne, ou sur une autre chaîne qui diffusent les mêmes programmes avec un décalage temporel.

La maîtrise partielle sur le cours et le moment de diffusion ou de visionnage d'un programme donné que ces services confèrent à l'utilisateur aura en outre pour effet de le dissuader de procéder à l'enregistrement des programmes en vue d'en déplacer le visionnage à un moment qui lui convient mieux (*time-shifting**). Le nombre de copies privées réalisées par les utilisateurs devrait logiquement décroître parallèlement à la croissance de ce mode de consommation de l'offre télévisuelle.

Toutes les possibilités de copie privée ne disparaîtront pas en raison des possibilités offertes par ces nouveaux services de télévision. Ainsi l'utilisateur de ces services trouvera toujours un intérêt à procéder à de copies de sauvegarde, à des copies pour *player-shifting**, mais également à des copies pour *time-shifting** pour lesquelles le service de *catch-up* n'offre pas d'alternative satisfaisante (selon les systèmes, la navigation est limitée à deux heures, les enregistrements numériques sont limités par la capacité du disque dur, l'offre de VOD est limitée quant aux contenus et quant à la durée de l'offre). La réalisation de copies privées des œuvres diffusées via raccordement d'un magnétoscope DVD ou VHS n'est pas empêchée. Dès lors, ce service ne dissuadera pas complètement l'utilisateur de réaliser toute copie privée et une certaine incidence sur la rémunération pour copie privée devrait être prise en compte.

Degré d'utilisation

Le déploiement encore peu important de ces services ne permet pas d'en déduire un effet significatif sur la mise en œuvre de l'exception. En particulier, ces services de télévision numérique et leurs fonctionnalités de *catch-up* ne se sont pas encore substitués à la télévision analogique traditionnelle. Ainsi, à la fin de l'année 2005, seuls 3% des foyers belges (un chiffre donc inférieur au seuil minimal que nous avons fixé) avaient accès la télévision numérique. Parmi les abonnés à des services de TV numérique, tous n'ont en outre pas accès à des fonctionnalités de *catch-up*. Les abonnés à *BeTV* se limitent quant à eux à 125.000 téléspectateurs.

V. MTP appliquées aux services de télévision par Internet*

Effet sur la copie privée

Les programmes émis par les services de TV par Internet sont diffusés via la technique du streaming* ce qui en entrave complètement la copie.

Degré d'utilisation

Le développement du recours à ces services par les consommateurs impliquerait une diminution de la mise en œuvre de l'exception si ce recours se fait au détriment de modes de consommation d'œuvres audiovisuelles qui sont la source de copies privées.

Il n'y a pas à ce jour de données sur l'accès à ces services de télévision sur le web qui permettent de prendre la mesure de la consommation d'œuvres audiovisuelles via ces services.

C. Marché des œuvres littéraires

I. MTP appliquées aux e-books

Effet sur la copie privée

Les MTP appliquées à certains e-book ont un effet direct sur la copie qui consiste à l'empêcher totalement (l'œuvre ne peut être transférée sur un autre support électronique que le disque dur de l'ordinateur de téléchargement*).

Degré d'utilisation

Le secteur du livre électronique étant encore embryonnaire, sa part de marché dans l'offre d'œuvres littéraires n'a pu être quantifiée. L'application de MTP aux livres électroniques n'est donc pas à ce jour en mesure de limiter le préjudice généré par l'intégration des œuvres littéraires dans le champ d'application de l'exception.

II. MTP appliquées à certains quotidiens, revues et magazines électroniques.

Effet sur la copie privée

La fonction consistant à ne pas permettre la reproduction numérique est parfois utilisée pour ces œuvres. Cette fonction est notamment offerte par le format PDF.

Degré d'utilisation

La part de l'édition électronique, recourant à ce type de mesures, dans l'offre en ligne de contenu littéraire n'a pu être quantifiée.

D. Marché des œuvres photographiques

L'étude de ce marché n'a pas révélé l'utilisation de MTP ayant un effet sur la copie privée.

E. Les MTP qui n'ont aucune incidence sur la copie privée

L'énoncé des différents types d'effets que peut avoir une MTP sur la copie privée, nous permet également d'identifier, parmi les MTP utilisées sur le marché, celles qui ne présentent aucun de ces effets.

Sur le marché de l'audiovisuel

- la fonction technique de vérification des droits d'accès par les systèmes d'accès conditionnel*, qui gèrent les accès aux services de télévision numérique, n'a pas *en soi* d'incidence sur la copie privée. Ainsi en est-il des systèmes techniques d'accès conditionnel aux services de télévision numérique offerts par *Belgacom, Telenet, BeTV, VOO et Coditel*. On sera cependant attentif au fait que ces systèmes d'accès conditionnel vérifient les droits d'accès à l'ensemble des fonctions proposées par le service, dont certaines, comme nous l'avons vu, sont susceptibles d'incidence sur la copie privée. Il en est par exemple ainsi des services de *catch-up** offerts par les

services de télévision numérique de *BelgacomTV*, *Telenet* et de *Coditel*, dont nous avons relevé les effets possibles sur la copie privée.

Sur le marché de la musique

- Les fonctions d'accès conditionnel* appliquées par les services de mise à disposition d'œuvres dans un format immatériel n'ont pas en soi d'incidence sur la copie privée. Néanmoins, la question de la gestion technique de l'accès doit être distinguée des effets possibles sur la copie privée des modalités du service de distribution offert au travers de la MTP (prélèvement d'une rémunération et/ou effet dissuasif) ;
- le service de télévision numérique proposé par *Belgacom* comprend un accès à certaines chaînes de radio numérique. Dans ce cas-ci non plus, le système d'accès conditionnel à l'ensemble de ces services ne présente d'effet sur la copie privée.

Sur le marché des œuvres littéraires

- les systèmes d'accès conditionnel aux quotidiens, aux revues généralistes périodiques, aux revues scientifiques, aux e-books, etc, n'ont pas davantage d'effet sur la copie privée. Cette constatation est sans préjudice de l'application éventuelle, dans le futur, de MTP qui empêcheraient la réalisation de copies. Les codes HTML insérés dans certaines œuvres littéraires et destinés à permettre la vérification des droits d'accès, sans exercer aucune contrainte sur la possibilité de copie, n'ont pas d'incidence sur la copie privée.

Sur le marché des œuvres photographiques

- les systèmes d'accès conditionnel aux œuvres photographiques ne présentent pas d'effet sur la copie privée ;
- la technique du *watermark* à laquelle il est recouru pour certaines œuvres photographiques, étant passive et ne poursuivant qu'un objectif d'identification du contenu, elle n'exerce aucune contrainte sur la copie privée.

6. Répercussion des MTP sur la rémunération pour copie privée

Une fois déterminés, pour chaque catégorie d'offre de contenus soumis à la rémunération pour copie privée, le degré d'utilisation des MTP éventuellement présentes et leur effet sur la copie privée, il faut encore déterminer comment répercuter en pratique l'incidence qu'on peut en déduire pour le système de rémunération.

Les modalités de la répercussion des MTP sur la perception de la rémunération pour copie privée pourraient être de deux types. D'une part, la présence significative d'une MTP ayant un effet sur la réalisation de copies privées devrait logiquement conduire à une diminution des taux applicables aux supports et appareils manifestement utilisés pour la reproduction des œuvres. Dans certains cas néanmoins, une telle diminution ne sera pas opportune car la diminution du nombre de copies réalisées se marquera automatiquement par une diminution de la quantité de supports vierges vendus (A.).

D'autre part, en raison de l'application systématique de mécanismes anti-copie dans certains types de produits ou de services proposant des œuvres protégées, on pourrait imaginer d'exclure certains supports ou appareils de l'assiette de la rémunération (B.).

Ces modalités ne sont pas exclusives les unes des autres.

Enfin, la prise en considération de l'application de MTP sur la rémunération pourrait également s'étendre, dans une certaine mesure, au processus de répartition de la rémunération collectée au titre de la copie privée (C.).

Il faut noter également, qu'en ce qui concerne les œuvres littéraires et photographiques, la répercussion éventuelle de MTP ne pourra se faire qu'après que le régime de la rémunération pour copie privée ait tenu compte de l'introduction de ces œuvres dans le champ d'application de l'exception. Une première augmentation de la rémunération perçue pour l'ensemble des œuvres devra donc se faire avant de pouvoir, pour les œuvres littéraires dotées de MTP anti-copie, diminuer ce taux pour tenir compte de ces MTP.

I. La variation des ventes de supports et appareils de reproduction ou l'adaptation des taux y applicables.

a) Les supports de reproduction

L'utilisation de MTP qui empêchent la copie, en limitent le nombre, ou en rendent la réalisation inutile, induira naturellement une baisse des ventes de supports vierges. En effet, au moins les utilisateurs feront-ils des copies privées, au moins achèteront-ils des supports de reproduction. La rémunération collectée diminuera logiquement en proportion de la diminution des achats de supports. Cette diminution de la rémunération collectée faisant écho à la diminution du préjudice que cette rémunération est destinée à compenser il n'y a pas lieu de réduire en plus le taux de redevance appliqué à ces supports de reproduction.

Il est possible cependant que la baisse des ventes de supports, induite par l'utilisation de MTP, ne soit pas toujours perceptible. Ce sera le cas lorsqu'un accroissement des ventes de supports a lieu simultanément pour d'autres raisons. On peut imaginer par exemple qu'apparaisse un nouveau mode de consommation d'œuvres au départ duquel des copies privées sont réalisées. D'un côté, l'utilisation de MTP sur certains supports originaux ou par certains services fait diminuer le nombre de copies et les ventes de supports achetés en conséquence, alors que, par ailleurs, un nouveau mode de consommation des œuvres sans MTP se développe et provoque une augmentation des achats de supports. De manière générale, les ventes de supports vierges augmentent dans l'environnement numérique en raison de la diversification de l'offre de contenus reproductibles.

Dans ce cas, la diminution provoquée par les MTP sera compensée et « cachée » par l'augmentation due à une autre cause. Le même phénomène sera susceptible de se produire en raison d'un élargissement du champ d'application de l'exception, à l'instar des modifications apportées par la loi du 22 mai 2005. Dans ces deux cas, la diminution de la vente de supports provoquée par l'utilisation de MTP n'est pas perceptible mais elle a néanmoins bien eu lieu. Les sommes collectées sur les « nouvelles » ventes de supports sont quant à elles justifiées par l'accroissement de la mise en œuvre de l'exception qui a eu lieu en conséquence de l'apparition de nouveaux modes de consommation sans MTP ou de l'accroissement du champ d'application de l'exception.

Le cas des modes de distribution dans lesquels une MTP prélève une rémunération en contrepartie des copies que l'utilisateur peut effectuer, est différent. Ce sera le cas par exemple des copies que l'utilisateur devra effectuer sur un support soumis à redevance (CD, DVD, MP3, etc.). En effet l'utilisation de ces MTP ne se traduira pas par une diminution des supports de reproduction vendus. Dans ce cas, il conviendrait au contraire de diminuer les taux applicables aux supports de reproduction.

b) Les appareils de reproduction

La quantité vendue d'appareils de reproduction ne reflétera pas l'utilisation de MTP de la même manière que la quantité de supports vendus. En effet, l'application de MTP sur les supports matériels ou par les services de distribution d'œuvres immatérielles de MTP ayant un effet sur la copie ne se traduira que rarement par une diminution de la quantité vendue d'appareils de reproduction. Contrairement aux supports, la quantité d'appareils de reproduction vendus ne sera en général pas influencée par la quantité de copies privées que ces appareils peuvent effectuer. Ainsi, même si les utilisateurs feront moins de copies au fur et à mesure que des MTP sont appliquées aux originaux ou aux services de télévision, ils continueront à acheter des appareils de reproduction tant qu'il demeure des œuvres non protégées susceptibles de reproduction. Ainsi par exemple, si un utilisateur donné s'abonne à un service de télévision numérique comprenant un service de *catch-up* qui lui permet de postposer le visionnage des programmes diffusés afin d'en adapter le moment à son agenda, l'abonnement à un tel service contribuera à faire diminuer les enregistrements effectués pour *time-shifting**. Cependant, tant qu'il a toujours accès à la télévision analogique, il y aura encore un intérêt pour lui à faire l'acquisition d'un graveur de DVD. Cependant, le nombre de copies que réalisera l'intéressé avec ce graveur sera inférieur à ce qu'il réaliserait dans l'hypothèse où il ne serait pas abonné à un service de télévision numérique offrant un service de *catch-up**. La rémunération collectée sur ces appareils ne diminuera ainsi pas (vu que ces

appareils sont toujours achetés par les utilisateurs tant qu'il reste des possibilités de copie), alors même que la quantité de copies privées réalisée par ces appareils diminue. Par conséquent les taux applicables à ces appareils devraient être adaptés en proportion de la diminution du nombre de copies effectuées.

c) Application aux MTP utilisées sur le marché

Les MTP actuellement mises en œuvres ont essentiellement pour fonction d'empêcher la réalisation de copies privée. Ainsi en est-il des MTP appliquées:

- aux DVD et HD-DVD ;
- aux services de VOD* offerts par Internet par le câble (*Telenet*) ou l'IPTV* (*BelgacomTV*) ;
- aux services audiovisuels fournis sur les réseaux mobiles de télécommunication (*Proximus*) ;
- aux services de télévision par Internet* ;
- aux services de radio par Internet* ;
- aux e-books.

Ces MTP générant une diminution corrélative des achats de supports de reproduction, leur déploiement devrait être uniquement répercuté sur les taux appliqués aux appareils de reproduction.

Cependant, plusieurs de ces offres de contenus qui recourent à des MTP, soit ne semblent pas avoir vocation à se substituer à des modes qui n'appliquent pas de MTP (HD-DVD et la VOD en remplacement du DVD, les services mobiles qui semblent complémentaires aux autres modes), soit viendront remplacer des modes non protégés mais qui ne semblent plus être à l'origine d'une quantité significative de copies privée (substitution de la radio par Internet* à la radio analogique).

Par ailleurs, le caractère marginal de la part de marché qu'occupent ces services à l'heure actuelle les prive d'un effet significatif sur le nombre de copies privées effectués par les utilisateurs.

En conséquence de ces deux circonstances, il apparaît à ce jour inopportun, ou à tout le moins prématuré, de répercuter l'utilisation de la plupart de ces MTP sur la rémunération pour copie privée.

Seule l'utilisation des MTP appliquée aux DVD devra-t-elle faire l'objet d'une traduction sur les taux applicables aux appareils de reproduction, dans l'hypothèse où il n'en n'aurait pas encore été tenu compte depuis que le DVD s'est substitué au VHS qui lui n'était en général pas protégé contre la copie.

Les services de télévision analogique et numérique (hors VOD) qui comprennent un service de rediffusion ou de *catch-up** ont pour effet de rendre inutile la réalisation de certaines copies privées effectuées aux fins de *time-shifting** et caractéristiques de la télévision

analogique. Leur déploiement devrait donc également donner lieu une diminution des taux applicables aux appareils de reproduction (voir *supra*).

La faiblesse de leur déploiement actuel en comparaison de la télévision analogique ne permet pas cependant de conclure à une diminution significative de la quantité de copies privées effectuées au départ de la télévision numérique. On ne les répercutera donc pas immédiatement sur la rémunération pour copie privée.

Les MTP appliquées aux services de musique immatérielle devraient quant à elles être à la fois répercutées sur les supports et sur les appareils de reproduction.

A nouveau cependant, le caractère émergent (4,2 % des ventes de morceaux de musique en Belgique en 2006) de ces services rend leur répercussion sur les taux prématurée. Il ne peut en effet être déduit de ce taux d'utilisation que ces services ont déjà pour effet de provoquer une diminution significative des copies privées réalisées au départ des CD.

II. L'incidence de la présence d'une mesure technique de protection sur l'assiette de la rémunération pour copie privée

Les mesures techniques de protection peuvent dans certains cas être insérées dans les appareils d'enregistrement et les supports soumis à la perception de la redevance pour copie privée. Ce type d'appareils et de supports pourraient en conséquence prétendre à une réduction voire à une exonération du paiement de la rémunération pour copie privée, dans la mesure où la mesure technique empêchant la copie, ils ne peuvent plus être « manifestement utilisés pour la reproduction privée ».

L'utilisation d'une mesure technique sur un support ou appareil de reproduction ne pourra toutefois avoir pour effet de l'en exclure de l'assiette de la rémunération que si cette mesure prévient toute reproduction, par cet appareil ou sur ce support, des œuvres destinées à ce support ou appareil. Ce n'est qu'à cette condition qu'on pourra considérer que le support ou l'appareil, du fait de l'intégration d'un mécanisme anti-copie, ne sont plus manifestement utilisés pour la reproduction privée.

Ce sera le cas des supports ou appareils qui ne procèdent qu'à la première fixation de l'œuvre acquise dans le cadre d'une fourniture de service en ligne ou des supports et appareils qui n'effectueraient que des copies privées pour lesquelles une compensation a été perçue par le titulaire de droit sous la forme d'une rémunération spécifique.

Certaines consoles de jeux, comme la *Playstation 3* de *Sony* et la *XBox 360* de *Microsoft*, constituent également des illustrations de tels systèmes. En effet ces dispositifs sont pourvus d'un disque dur et d'une fonctionnalité d'enregistrement. Cependant, en marge de sa mise en œuvre de dans le cadre des jeux, cette fonctionnalité d'enregistrement ne peut être exploitée qu'aux fins d'enregistrement d'œuvres, telles que des films, acquises par l'utilisateur auprès d'un distributeur officiel et sur lesquelles est appliquée une MTP reconnue par la console.

Il en est de même du disque dur et de l'appareil de reproduction d'une *set-top-box** ou de *personal video recorder** (PVR) accompagnant un service de télévision numérique, lorsque tous les enregistrements auquel procède ce dispositif ont fait l'objet d'une rémunération, soit dans le cadre du prix de l'abonnement au service de télévision, soit en vertu d'une option payante. On relèvera à cet égard que cela ne semble pas concerner les *set-top-box* qui accompagnent les services de télévision numérique actuellement proposés sur le marché. Ces

systèmes techniques permettent l'enregistrement de programmes sur le disque dur du dispositif. Certains de ces enregistrements semblent faire l'objet d'une rémunération relevant de l'exploitation de l'œuvre (*catch-up**, *VOD**). Mais la *set-top-box* peut cependant également procéder à des enregistrements en dehors de toute rémunération prélevée en contrepartie de cet acte d'utilisation d'une œuvre. Ainsi en est-il de la fonction « enregistrement numérique » de ces dispositifs, qui permet de programmer l'enregistrement de n'importe quel programme. La fonctionnalité de ce service technique d'enregistrement offert à l'abonné apparaît équivalente à celle d'un graveur ou d'un magnétoscope, et les enregistrements effectués dans ce cadre semblent avoir lieu en dehors de toute rémunération prélevée pour copie. Par conséquent, ces dispositifs de reproduction ne devraient pas être exclus de l'assiette de rémunération. Ils devraient cependant pouvoir prétendre à l'application d'un taux limité en raison du fait qu'ils demeurent essentiellement destinés à procéder à des enregistrements pour lesquels une rémunération a déjà été perçue via la MTP².

La présence d'une mesure technique sur certains types de supports originaux susceptibles de constituer une source de copie privée est en revanche sans conséquence sur la composition de l'assiette de rémunération. Ainsi par exemple, la présence d'une mesure technique anti-copie sur les DVD, médias originaux d'œuvres, n'aura pas pour effet d'exclure les DVD vierges de l'assiette car ces supports vierges sont évidemment en mesure d'accueillir des copies privées réalisées au départ d'autres média originaux que les DVD. La répercussion des mesures techniques anti-copie appliquées aux DVD originaux devrait en effet consister en une réduction automatique du montant collecté de rémunération pour copie privée induite par diminution des achats de supports vierges en raison de la disparition d'un des motifs d'achat de ces supports vierges (voir *supra*). En ce qui concerne les appareils de reproduction, il s'agira en revanche de concevoir une diminution des taux y étant applicables, en proportion de la mesure dans laquelle on considère que ce système anti-copie génère une diminution de l'usage de ces dispositifs aux fins de réalisation de copies privées d'œuvres.

On retiendra donc que c'est bien la présence de la MTP sur les supports et appareils de reproduction eux-mêmes qui est susceptible de déboucher sur leur exclusion de l'assiette. L'application de la MTP aux originaux eux-mêmes ne sera pas suivie d'une telle conséquence. Dans ce cas, la répercussion sur la rémunération pour copie privée se fera via une baisse automatique des achats de biens relevant de l'assiette, et via une adaptation des taux applicables aux appareils de reproduction.

III. Incidence des MTP sur la répartition des rémunérations perçues par la copie privée

La répercussion des mesures techniques sur le système de rémunération pour copie privée constituera un facteur de réduction de l'ensemble de la rémunération collectée sur les supports

² En effet les MTP prélevant une première rémunération pour les copies qu'elles autorisent doivent générer une diminution corrélative de la rémunération pour copie privée. Lorsque ces copies sont effectuées sur des supports propres non soumis à redevance, comme ici, la baisse de ventes de supports soumis à redevance que ces MTP induisent, permet de répercuter le fait que ces copies ne doivent plus être rémunérées via l'article 55 LDA. Ce mécanisme de répercussion serait grippé si l'utilisateur de tels services payait une redevance intégrale sur ce dispositif attaché à la MTP.

et appareils de reproduction. Il s'ensuit que la rémunération perçue après répartition par chaque titulaire du droit à la rémunération sera diminuée en proportion.

En conséquence, certains de ces titulaires verront leur quote-part dans la rémunération totale diminuée alors qu'aucune MTP n'est appliquée à leurs œuvres. En revanche, d'autres titulaires, dont les œuvres sont protégées par une MTP, continueront à percevoir une quote-part qui demeure déterminée sans égard au fait que leurs œuvres ne sont plus, ou sont moins, susceptibles de donner lieu à la mise en œuvre de l'exception.

Cet état des choses peut apparaître choquant, certains ayants droit percevant une rémunération moindre sans que leur préjudice, constitué par la copie de leurs œuvres, n'ait changé. La question de la répercussion de l'utilisation de MTP sur l'ensemble du système de rémunération pour copie privée, en ce compris sur la répartition de la rémunération collectée, pourrait dès lors se poser.

Répercuter l'utilisation de MTP sur le processus de répartition de la rémunération ne se ferait cependant pas sans poser des difficultés d'ordre pratique, en particulier eu égard au fait que cela nécessiterait de vérifier, œuvre par œuvre, si de telles mesures sont utilisées. Un tel mécanisme pourrait éventuellement s'appuyer sur un inventaire, par les sociétés collectives de gestion, des œuvres grevées de MTP, dont leurs membres sont titulaires de la rémunération pour copie privée. Un tel inventaire aurait par ailleurs l'avantage de faciliter le suivi de l'utilisation de MTP sur le marché, ce qui aiderait sa répercussion sur la détermination de la rémunération pour copie privée.

Une déclaration d'application ou de non application de MTP sur leurs œuvres ou prestations pourrait également être demandée aux ayants droit préalablement à toute répartition des sommes prélevées au titre de la rémunération pour copie privée.

CONCLUSION

Une incidence limitée des mesures techniques sur la rémunération pour copie privée

Contre toute attente, cette étude n'a pas conclu à une grande incidence du déploiement des mesures techniques sur la copie privée.

Les raisons en sont multiples. Les mesures techniques de protection ne sont pas encore largement déployées sur le marché ou ne le sont que dans les marchés émergents dont la part dans les modes de consommation des œuvres reste marginale. Peu de dispositifs techniques ont un effet direct sur la copie privée, ne l'empêchant qu'assez rarement, à l'exception notable du format DVD.

De ces effets limités sur la réalisation effective de reproductions à des fins d'usage personnel, nous avons déduit une diminution, bien que peu importante, des actes de copie qui seront effectués suite au déploiement de mesures techniques, sans pouvoir exactement en évaluer l'ampleur. Cette incertitude tient à la fois au caractère essentiellement émergent des offres sécurisées de contenu protégé par un droit d'auteur ou un droit voisin, mais également à la difficulté de mesurer l'effet, souvent indirect et diffus, des dispositifs techniques rencontrés.

C'est pourquoi la méthodologie choisie dans cette étude a été de développer une formule qui repose sur diverses variables afin qu'elle puisse s'adapter sans cesse à des évolutions factuelles constantes.

Cette formule repose sur la conjugaison des éléments suivants : la présence d'une mesure technique sur des produits ou services contenant des œuvres protégées par le droit d'auteur, la part de marché de ce produit et service sécurisé, l'effet direct ou indirect de la mesure technique sur la copie privée. La conjonction de ces facteurs détermine l'influence que devrait avoir une mesure technique donnée sur la rémunération pour copie privée.

Il peut paraître surprenant qu'en dépit des prévisions de la Commission européenne sur le retrait progressif du système de rémunération pour copie privée en fonction de l'avancée des mesures techniques obérant la copie, notre étude parvienne à une conclusion plus mesurée et tranche en faveur d'une incidence bien plus partielle des mesures techniques sur la rémunération pour la copie privée.

Ce résultat inattendu s'explique par les logiques distinctes, voire contradictoires, qui régissent le système de la rémunération pour copie privée d'une part, et le principe des mesures techniques et du *phasing out* d'autre part.

Le système actuel des *levies* repose sur l'idée d'une compensation évaluée grossièrement pour un préjudice subi collectivement par les ayants droit. A l'inverse, la mesure technique s'applique naturellement à un exemplaire et à un acte d'utilisation individualisé et déterminé.

Réconcilier ces deux logiques (compensation d'un préjudice collectif / autorisation ou interdiction d'un préjudice individuel ; copie potentielle / copie effectivement réalisée ou empêchée) ne pourrait se faire qu'en recourant à un critère strict d'application ou non d'une mesure technique sur l'œuvre. Dans ce cas, la rémunération pour copie privée ne devrait pas être perçue (ou devrait être remboursée) sur les supports ou appareils au moyen desquels une copie n'a pu se faire ou s'est faite contre une contrepartie financière, en raison de la présence d'un dispositif technique quelconque. Ceci impliquerait cependant une analyse du marché par trop fastidieuse, voire impraticable, et contredirait le système de *rough justice* inhérent à la compensation pour copie privée.

Cette approche a cependant un effet pervers : tout comme le principe d'une *rough justice* pour la perception de compensation pour copie privée, la prise en compte des mesures techniques sur le seul plan du préjudice global n'est pas transparente pour le consommateur qui persiste à percevoir qu'il a soit payé pour une copie qu'il ne peut accomplir ou pour laquelle il a déjà rémunéré l'auteur.

L'hiatus entre la perception du consommateur d'un double paiement de la copie ou d'un paiement sans copie réalisable et le faible effet du déploiement des mesures techniques sur la rémunération pour copie privée, pose également la question même du régime de l'exception dans un environnement numérique.

Les mesures techniques régissent des actes de fixation. A l'identique, la philosophie qui domine le principe du *phasing out* a tendance à tenir compte de chaque acte de fixation contrôlé par le dispositif technique, quelle qu'en soit la qualification juridique. Il est probable qu'à l'avenir, les DRM utilisés dans des offres de contenu en ligne auront pour fonction première d'autoriser un certain nombre d'actes d'utilisation au bénéfice de l'acquéreur du produit et du service et non de l'asservir à une série d'interdictions. Le perfectionnement technique permettra de fournir un contenu à l'utilisateur destiné à une utilisation normale dans la sphère personnelle de ce dernier (sphère qui pourrait inclure un certain nombre d'équipements de lecture, de résidences, de lieux de travail ou de moyens de transport individuels). Cette autorisation, certes sécurisée mais de manière de plus en plus imperceptible, inclura nécessairement la réalisation de fixations, indispensables pour

matérialiser le service fourni, notamment pour « fabriquer » le premier exemplaire de l'œuvre acquise, et pour « distribuer » l'œuvre dans chaque point d'utilisation envisagé.

Considérer ces fixations comme des copies privées équivaudrait à une autre hypothèse de double paiement dans le chef de l'utilisateur : le même acte d'acquisition et de jouissance de l'œuvre ferait en effet l'objet d'un paiement au fournisseur du contenu et d'un paiement des ayants droit, par le biais de la rémunération pour copie privée, et ce pour la simple raison que la jouissance d'une œuvre immatérielle nécessite des fixations multiples.

Ces copies ne sont pourtant pas toutes des copies privées, mais constituent des actes d'utilisation normale d'une œuvre, que l'évolution récente du droit d'auteur, à tout le moins s'agissant des œuvres numériques, légitime par le biais d'une exception distincte de la copie privée et qui n'est généralement assortie d'aucune compensation ou rémunération. La réalisation de ces fixations ne suscite en outre aucun préjudice pour les titulaires de droit, si l'on considère qu'elles ne sont que des actes d'utilisation d'un exemplaire de l'œuvre, utilisation qui, contrairement à celle qui porte sur des exemplaires matériels de l'œuvre, engendre automatiquement la réalisation d'une copie. Le considérant 35 de la directive 2001/29 précise par ailleurs que lorsque le préjudice subi par l'ayant droit est minime, aucune obligation de paiement ne devrait intervenir.

Cette réflexion démontre que les dispositifs techniques envisagés par les autorités communautaires dans la directive de 2001 ne sont plus seulement des mécanismes qui empêchent ou limitent la copie, mais deviennent de plus en plus des outils qui contrôlent et autorisent la réalisation de fixations diverses, matérialisant, dans le chef de l'utilisateur, la jouissance normale de l'œuvre. A ce titre, ces mesures techniques prouvent peut-être que si le régime des rémunérations pour copie privée doit tenir compte de leur développement, c'est également la notion même de copie privée qu'elles mettent à mal, rendant le système de rémunération de plus en plus antagonique dans un environnement digital.

Plutôt que de tenter d'évaluer l'incidence de mesures techniques sur le préjudice que doit compenser la rémunération pour copie privée, ne devrait-on pas plus largement étudier l'évolution de la copie privée, et donc du préjudice qui en résulte pour les ayants droit, dans l'environnement numérique ?