

LEGIPRESSE

L'actualité du droit des médias et de la communication

Tribune

La loi de 1881 « à l'épreuve d'internet » :
fantasmes et réalités

Basile Ader, avocat au Barreau de Paris

Chroniques et opinions

Les services d'enregistrement de programmes
dans le Cloud et l'exception de copie privée
Le NDVR encadré par la Loi Création

Julien Grosslerner, avocat au Barreau de Paris

Florence Jean, avocat au Barreau de Paris

Cours et tribunaux

Nouvelle condamnation de la France
à Strasbourg : conflits de logiques

Cour EDH (5^e sect.), 12 juillet 2016

*Emmanuel Dreyer, professeur à l'École de droit
de la Sorbonne (Université de Paris I)*

Entrelacs et faux-semblant
autour de l'article 53 de la loi de 1881

Cour de cassation (1^{re} civ.), 6 avril 2016

*Pierre Guerder, doyen honoraire
de la Cour de cassation*

Décryptage

Loi du 7 juillet 2016 relative à la liberté
de la création, à l'architecture
et au patrimoine : aperçu critique

*Emmanuel Derieux, professeur à l'Université
Panthéon-Assas (Paris II)*

Synthèse

JURISPRUDENCE DE LA COUR EDH EN MATIÈRE
DE LIBERTÉ D'EXPRESSION

AOÛT 2015 – JUILLET 2016

Christophe Bigot, avocat au Barreau de Paris



Le droit à l'information du public confronté au droit de s'opposer à l'utilisation de ses données personnelles

 page 479

La Cour de cassation se prononce

Commentaire sous Cour de cassation, 12 mai 2016
par *Nicolas Verly, avocat au Barreau de Paris*

Les services d'enregistrement de programmes dans le Cloud et l'exception de copie privée

Le NDVR encadré par la Loi Création

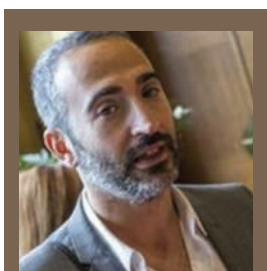
La « Loi Création » du 7 juillet 2016 est venue encadrer l'arrivée sur le marché français des services de « NDVR » (Network Digital Video Recorder) qui permettent à un téléspectateur de copier des programmes télévisés dans le Cloud.

Alors que cette technologie se développe à travers le monde et que les distributeurs de services de télévision voient le fort potentiel d'une telle offre, le choix du législateur d'encadrer ces services par le biais d'une exception au droit exclusif des auteurs soulève de nombreuses interrogations.

Si la consommation des programmes télévisés se concentre encore autour du direct¹, on constate depuis de nombreuses années une nette tendance à la délinéarisation permettant au téléspectateur d'accéder à ses programmes télévisés quand il le veut.

L'avènement du magnétoscope dans les années 70 permettait déjà de répondre à ce souhait en offrant la possibilité aux téléspectateurs d'enregistrer les programmes de leur choix et d'en diffuser le visionnage. Suivant ce mouvement, les chaînes de télévision et leurs distributeurs, notamment les Fournisseurs d'Accès à Internet (« FAI »), ont multiplié les nouvelles offres de consommation en mode « non linéaire », telles que la télévision de rattrapage (« TVR »), la « VoD » ou « SVoD », le « Start-Over² », ou encore le « Reverse EPG³ ». Ces modes de mise à disposition non linéaire de programmes sont essentiellement contrôlés et monétisés par les détenteurs de droits et leurs partenaires.

Cette délinéarisation de l'offre de contenus pose de nombreuses questions au regard du droit d'auteur et des droits voisins. La récente loi n° 2016-925 « relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine » du 7 juillet 2016 (« Loi Création ») a ainsi témoigné de



Julien Grosslerner
Avocat au Barreau
de Paris



Florence Jean
Avocat au Barreau
de Paris

la volonté d'encadrer l'arrivée sur le marché français des services de « NDVR » (Network Digital Video Recorder) lesquels permettent à un téléspectateur de copier des programmes télévisés dans le Cloud.

La loi susvisée a introduit au sein de l'article L.311-4 du Code de la propriété intellectuelle (« CPI ») un principe de rémunération pour copie privée pour la fourniture « par voie d'accès à distance » de « reproduction à usage privé d'œuvres à partir d'un programme diffusé de manière linéaire » dont le débiteur sera l'éditeur d'un service de radio ou de télévision ou son distributeur. Le choix du législateur d'encadrer ces services par le biais d'une exception au droit exclusif des auteurs soulève de nombreuses interrogations.

Une chose est certaine, la technologie du NDVR se développe à travers le monde (I) et les distributeurs de services de télévision y voient là une offre à fort potentiel⁴. L'édifice législatif français (et communautaire) existant avant la loi ne permettait toutefois pas (et ne permet peut-être toujours pas) d'encadrer le NDVR sans l'autorisation des ayants droit (II), solution non retenue par le

législateur français qui a préféré tenter d'encadrer ces services par le biais de la copie privée (III) ce qui nous semble critiquable à plusieurs égards.

1. Ainsi, aux termes de l'étude « Vidéoscope 2015 » menée par Scholè Marketing et Vivaki Advance, la télévision en direct représenterait 74 % de la consommation, tout support confondu.

2. Cette fonctionnalité permet au téléspectateur d'un programme télévisé en linéaire qui a déjà commencé à être diffusé de reprendre le visionnage de ce programme à son début.

3. Cette fonctionnalité permet au téléspectateur, via l'EPG, de visionner un programme préalablement diffusé en mode linéaire.

4. Ces FAI sont en effet susceptibles de toucher un large public dès lors que 45,3 % des foyers français déclarent recevoir la télévision par ADSL (Observatoire de l'équipement audiovisuel des foyers, 2^e trimestre 2015).

I. APERÇU DE LA TECHNOLOGIE DU NDVR

A. Du magnétoscope au NDVR

Suivant l'évolution des technologies digitales, les foyers se sont peu à peu équipés de « Digital Video Recorder » (« DVR »), dispositif permettant l'enregistrement en numérique et le stockage d'un programme télédiffusé en linéaire comme le permettait le magnétoscope en mode analogique. Ces enregistreurs numériques sont notamment proposés via les box mises à disposition par les FAI⁵, l'utilisateur en ayant au moins la garde matérielle et étant directement à l'origine de la mise en œuvre du processus d'enregistrement. Ce matériel permet au téléspectateur de programmer son enregistrement à l'avance, de visionner une autre chaîne pendant qu'il en enregistre une autre ou encore d'utiliser la fonction « *contrôle du direct* »⁶.

Quant au « *Network Digital Video Recorder* » (« NDVR »), il s'agit d'un dispositif permettant l'enregistrement et le stockage de programmes dans le Cloud, c'est-à-dire de façon totalement dématérialisée, sur des serveurs dépendant *a priori*, des installations d'un distributeur de services audiovisuels. Les contenus enregistrés sont ensuite disponibles à la demande, au moyen d'une communication en streaming de point à point entre le Cloud et le terminal (box, téléphone, tablette, ordinateur, etc.), et/ou par le biais d'un téléchargement des copies effectuées dans le Cloud.

Le NDVR permet donc à tout un chacun de créer sa propre vidéothèque accessible en tous lieux et par n'importe quel terminal. Pour des raisons d'ordre technique et/ou économique, la durée et/ou la capacité de stockage des contenus peuvent toutefois être limitées à l'initiative du prestataire de services de NDVR. Deux modalités de fonctionnement du NDVR sont par ailleurs envisageables : d'une part la création d'une copie à la demande de chaque utilisateur (comme en matière de DVR), d'autre part la création d'une seule et unique copie de l'œuvre qui sera enregistrée sur un serveur distant, à la demande du premier utilisateur par exemple, avec un système d'indexation de sorte que chaque utilisateur faisant ultérieurement une demande d'enregistrement soit redirigé vers le contenu préalablement enregistré et stocké, ou éventuellement sur une partie seulement, en fonction des instructions qu'il aura pu préalablement donner⁷.

B. Le NDVR : une technologie déjà proposée dans d'autres pays

Cette technologie n'est pas nouvelle et les opérateurs télécoms de plusieurs pays européens proposent déjà ce type de services, comme par exemple Proximus (Belgique), Telefónica (Espagne), NOS (Portugal) ou encore KPN (Pays-Bas), sans qu'à notre connais-

sance la législation locale n'encadre ces services par l'exception de copie privée. L'exemple Suisse, en revanche, se rapproche davantage de la logique adoptée par la Loi Création dans la mesure où la fourniture de services de NDVR (Swisscom par exemple) donne lieu au paiement d'une redevance⁸ en fonction du nombre de clients et soumise à gestion collective.

Cependant, le lancement sur le marché de ce type d'offre a parfois donné lieu à contentieux. Aux États-Unis par exemple, l'annonce par la société Cablevision de son intention de commercialiser un service de NDVR sans autorisation des ayants droit a donné lieu à un célèbre contentieux dont la Cour suprême n'a cependant pas souhaité se saisir, de sorte que la décision rendue en appel⁹ fait aujourd'hui jurisprudence. Contrairement à l'affaire *Betamax*¹⁰, les services de la société Cablevision n'ont pas été examinés sous l'angle de la notion de *fair use*¹¹, mais sous celui de la contrefaçon directe. En l'espèce, les juges d'appel ont considéré que ces services ne portaient ni atteinte au droit de reproduction des ayants droit (Cablevision n'était pas directement responsable des copies), ni à leur droit de représentation publique (selon le juge américain, aucun public n'était réellement concerné par les activités de Cablevision qui se contentait de transmettre à chaque abonné sa propre copie).

En Europe, le lancement du NDVR a également donné lieu à quelques contentieux, comme par exemple en Belgique où le tribunal de commerce d'Anvers a condamné la société *Right Brain Interface* à propos de son dispositif « *Bhaalu* »¹² qui permettait, moyennant l'achat d'un boîtier, d'enregistrer dans le

8. Tarif commun 12, *Redevance pour la mise à disposition de set-top-boxes avec mémoire et de vPVR*. Cette redevance s'inscrit dans le cadre de la notion d'« usage privé » qui permet à un particulier de faire des copies ou d'en charger un tiers.

9. *Cartoon Network LP, LLLP v. CSC Holdings, Inc. (Cablevision)* (536 F.3d 121 (2d Cir. 2008)). La jurisprudence Cablevision est néanmoins fragile. L'affaire *Aereo* (Cour Suprême, 25 juin 2014, *Broadcasting Cos. V. Aereo Inc.*) a relancé le débat de la légalité des services de copies à distance dans une espèce où il était question d'un service payant de retransmission par Internet de programmes diffusés par voie hertzienne simultanément à leur diffusion. Ce service fonctionnait grâce à la mise en place de milliers de petites antennes de réception dédiées aux abonnés et impliquait des reproductions temporaires (cache) sur les disques durs de la société *Aereo*, copies qui restaient propres à chaque abonné. Aucune rémunération n'était reversée aux chaînes. La Cour a ici considéré que les activités d'*Aereo* étaient substantiellement similaires à celles des distributeurs de services de télévision par câble et que cette société se livrait à des actes de représentation publique sans autorisation. Les juges ont néanmoins admis que dans d'autres hypothèses, le rôle « actif » joué par l'utilisateur dans la transmission des programmes pourrait affecter son analyse. Sa décision semble donc davantage condamner le fait qu'*Aereo* se soit comporté comme un service de quasi-distribution par câble, laissant ainsi une porte ouverte aux services de NDVR qui se contenteraient de fournir des équipements permettant la copie.

10. *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417. (1984). Dans cette affaire, la Cour Suprême avait considéré que l'utilisation des cassettes *Betamax* pour réaliser une copie d'un programme télévisuel, même non autorisée, aux fins de le regarder ultérieurement était une hypothèse de *fair use* et n'avait pas condamné Sony.

11. Le droit américain ne connaît pas, à proprement parler de droit à la copie privée, notion qu'il envisage à travers la notion de « *fair use* » dont l'application est soumise à quatre critères : (i) le but et le caractère de l'utilisation (ce qui induit de déterminer si l'utilisation est commerciale), (ii) la nature de l'œuvre protégée, (iii) l'ampleur et l'importance de la partie de l'œuvre concernée par l'utilisation et (iv) l'effet de l'utilisation sur le marché potentiel de l'œuvre protégée (US Copyright Law, art. 107). Dans l'affaire *Betamax*, la Cour a également pris en considération le bénéfice résultant pour le public de l'invention du *Betamax*, soulignant qu'elle n'induisait pas une réduction claire des revenus disponibles pour les ayants droit des œuvres copiées.

12. Prés. Com. Anvers, 4 nov. 2014, *VRT, Mediaaan SBS Belgium c. Right Brain Interface*, RG A/14/1067

5. Des enregistreurs de ce type peuvent également être intégrés dans des récepteurs satellite.

6. Cette fonction permet de mettre en pause un programme commencé, l'enregistrement initié au moment du choix de la chaîne s'enregistrant sur la box TV de telle façon qu'il est possible de reprendre la lecture au point où l'on s'est arrêté.

7. Les opérateurs parlent d'« *advance share copy model* ». Pour des raisons évidentes de coût, nous supposons que cette dernière technique est celle qui est privilégiée. Pourtant d'un point de vue légal, la première technique (une copie par utilisateur) est celle qui nous semble la plus cohérente au regard de la conception de copie privée.

Cloud les émissions diffusées en linéaire par différentes chaînes. Cette société n'avait pas conclu d'accord avec les différents ayants droit impactés par ses services et le Tribunal a refusé de faire application de l'exception de copie privée dès lors que la source était illicite¹³ et a en outre considéré que ce dispositif mettait en œuvre le droit de communication au public.

II. LE NDVR AU REGARD DU DROIT FRANÇAIS ET DU DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

À l'évidence, la Loi Création a introduit un principe d'assujettissement à la rémunération pour copie privée (« RCP ») des services de NDVR afin de contourner le principe du droit exclusif des auteurs (et des titulaires de droits voisins) d'autoriser la reproduction de leurs œuvres.

Cette réforme démontre qu'il n'était pas possible de faire entrer ces services dans le cadre de l'exception de copie privée en l'état. Le rapport Lescure l'avait d'ailleurs soulevé : « *En l'état actuel des textes et de la jurisprudence, l'assujettissement à la RCP des copies effectuées grâce aux services de cloud computing pourrait être entaché d'une certaine fragilité juridique. L'adoption d'une disposition législative indiquant explicitement que ce type de service relève de l'exception de copie privée permettrait de clarifier la situation* »¹⁴.

A. Désuétude du système actuel de la copie privée à l'ère du numérique

Face au développement des moyens de reproduction, la loi du 3 juillet 1985 a introduit le principe de la RCP sous une forme forfaitaire et soumise à la gestion collective. Cette rémunération, prélevée sur les supports vierges, quelle que soit l'utilisation qui en est effectivement faite, se voulait être une solution équitable en raison de l'incapacité matérielle et technique de contrôler les copies effectuées par des particuliers à des fins personnelles. Il était donc impossible de prélever une rémunération auprès de chaque copiste sur une base proportionnelle et de la reverser à l'auteur dont l'œuvre est copiée.

À l'ère du numérique en revanche, ces arguments ne valent plus. Avec des services comme le NDVR il est en effet tout à fait possible de quantifier avec précision le volume des copies effectuées, d'identifier les œuvres copiées et leurs copistes. Il est donc loisible de penser que les droits exclusifs de l'auteur pourraient être pleinement garantis. À tout le moins, le caractère forfaitaire de la rémunération n'est plus justifié et les modalités de répartition de la RCP manquent aujourd'hui de pertinence.

En outre, et comme l'ont parfaitement résumé les Professeurs Lucas, « *force est de constater que le phénomène de copie privée, impossible à endiguer jusqu'à ces dernières années, s'est généra-*

lisé dans une certaine indifférence, le législateur n'intervenant qu'avec beaucoup de retard (et pas de façon générale) pour compenser le préjudice causé aux auteurs. Dès lors s'est répandue dans le public l'illusion que la copie privée, à la condition d'être non lucrative, est permise »¹⁵.

Rappelons enfin que le droit de l'Union laisse une entière liberté aux États membres sur ces questions dès lors qu'ils n'ont qu'une « *faculté* » de prévoir des exceptions au droit de reproduction et non une obligation. Aussi, certains auteurs ont justement relevé que « *la tentation est de revenir, au moins pour la copie numérique, au droit exclusif, qui reste le principe* ».¹⁶

B. L'incapacité des textes existant sur l'exception de copie privée à encadrer les services de NDVR

Avant l'adoption de la Loi Création, se posait la question de savoir si l'activité de NDVR pouvait entrer dans le cadre de l'exception de copie privée ou restait dans celui du droit exclusif, nécessitant alors l'accord exprès des ayants droit. Rappelons à ce stade que l'article L. 122-5 du CPI limite l'exception de copie privée aux copies réalisées à partir d'une source licite, strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective. La directive 2001/29 (« *la Directive DADVS* ») précise que l'exception est limitée aux copies effectuées par une personne physique à des fins non directement ou indirectement commerciales et à condition que les titulaires de droits reçoivent une compensation équitable.

1. L'obstacle de la notion de copiste matériel

Sur la base de ces textes et de la célèbre jurisprudence *Rannou-Graphie*¹⁷, il est communément admis que le bénéfice de la copie privée est subordonné à l'identité entre le copiste - qui réalise la copie, détient et contrôle le matériel nécessaire - et le bénéficiaire de la copie, la copie devant par ailleurs être réalisée par (et non seulement pour) une personne privée. Ainsi, suivant cette conception, la cour d'appel de Grenoble a par exemple refusé le bénéfice de l'exception de copie privée à un exploitant de magasin réalisant sur demande de ses clients des copies de CD audio et de cédéroms, cet exploitant étant « *matériellement et légalement le copiste* »¹⁸. À travers la technologie du NDVR, la copie n'est pas réalisée par une personne physique mais par une

« À l'évidence, la Loi Création a introduit un principe d'assujettissement à la rémunération pour copie privée des services de NDVR afin de contourner le principe du droit exclusif des auteurs d'autoriser la reproduction de leurs œuvres. »

13. Les signaux étaient en effet captés au mépris des droits des télédistri-
buteurs.

14. Mission « Acte II de l'exception culturelle », « Contribution aux politiques
culturelles à l'ère numérique », mai 2013.

15. *Traité de la propriété littéraire et artistique*, André Lucas et Henri-Jacques
Lucas, 2^e édition, Litec, p. 268.

16. *Traité de la propriété littéraire et artistique*, André Lucas et Henri-Jacques
Lucas, 3^e édition, Litec, p. 250.

17. Cass. Civ 1^{re}, 7 mars 1984, n° 12-17016.

18. CA Grenoble, 1^{re} ch., 18 janv. 2001 : *Comm. com. électr. 2001*, comm.
n° 59, note C. Caron. Dans cette affaire, les juges ont précisé que les ar-
ticles L.122-5 2° et L.211-3 2° sont des « *textes qui exigent actuellement
que le titulaire du droit d'usage attaché à l'original copié, le copiste réalisant
matériellement la copie avec du matériel dont il a la possession juridique et
matérielle chez lui et l'utilisateur futur soient une seule et même personne
physique* » et que « *le maintien de l'interdiction de l'activité économique ou
bénévole consistant à copier "à l'acte" pour le compte d'autrui, fait partie de
la stratégie des pouvoirs publics de dissuasion du phénomène de la copie, en
raison du risque de trouble économique, social et culturel qui créerait la dimi-
nution, voire la disparition de la rémunération des créateurs professionnels et
des entreprises qui diffusent leurs œuvres par suite de l'abus des nouvelles
technologies de l'information et de la communication* ».

société, dans un but précisément commercial de sorte que la notion de copiste matériel conduirait à considérer que c'est le prestataire de services de NDVR qui est le copiste.

Dans une seconde acception, l'identité entre le copiste matériel (détenteur des moyens techniques/réalisateur de la copie) et le copiste intellectuel (initiateur/utilisateur de la copie) est remise en cause et un arrêt très ancien et dont la portée est discutée¹⁹ semble l'avoir admise. C'est davantage un mouvement doctrinal qui plaide en faveur de cette conception intellectuelle, aux fins d'encadrer les copies dans le Cloud²⁰. Cette conception de copiste intellectuel rend délicat l'examen des conditions de la copie privée puisqu'on entend artificiellement se placer au niveau de la copie elle-même en ignorant l'acte de reproduction, alors qu'on accepte par ailleurs que ces deux aspects de la copie puissent être dissociés. Donner autant de flexibilité à la notion de copie privée peut paraître relativement excessif et risque de lui faire perdre le sens que le législateur avait entendu lui donner.

L'évolution des nouvelles technologies et l'absence de définition légale du copiste conduisent, il est vrai, à s'interroger sur la pertinence de l'acception matérielle du copiste. Les Professeurs Lucas ont ainsi souligné qu'« on ne saurait aller jusqu'au bout de cette logique » [de la définition matérielle]²¹. Comme le relève le Professeur Gautier à propos de la photocopie, mais le raisonnement devrait pouvoir s'appliquer à l'ensemble de l'exception pour copie privée, il semble peut-être plus exact de considérer que ce qui reste subordonné à l'autorisation de l'auteur – et donc en dehors du champ de l'exception pour copie privée – est la situation d'« *entremise d'un tiers, facilitant, contre rémunération, la photocopie de tout ou partie de l'œuvre, notamment par fourniture d'une machine* ». En d'autres termes « *c'est la fourniture publique de moyens, qui fonde le refus de l'exception et le retour à l'autorisation* »²². Aussi, le critère « clé » serait celui de mise à disposition de la copie contre rémunération. Cette acception de la notion est, nous le verrons, partiellement mis en avant par la cour d'appel de Paris s'agissant de services de copies de programmes télévisés dans le Cloud.

Ces différentes conceptions de la copie privée, tantôt teintées d'un critère économique ou d'un critère intellectuel, amènent à s'interroger sur le DVR où la copie, bien qu'initiale par une personne physique pour son propre usage, est réalisée grâce à un matériel temporairement mis à sa disposition, par un FAI par exemple, dans le cadre d'une relation commerciale. Le DVR, à l'instar des magnétoscopes traditionnels, n'a, à notre connaissance, cependant pas fait l'objet de controverses.

19. TGI de Paris, 3^e ch. 28 janv. 1974 à propos de la condamnation du CNRS suite aux nombreuses copies délivrées aux chercheurs, faute pour le CNRS d'avoir pris certaines précautions. Le tribunal avait cependant considéré dans cette espèce que la qualité de copiste devait être reconnue aux chercheurs eux-mêmes.

20. Voir par exemple p. 15 et suivant du rapport de la commission spécialisée du CSPLA « Informatique dans les nuages ».

21. *Traité de la propriété littéraire et artistique*, André Lucas et Henri-Jacques Lucas, 2^e édition, Litec, p. 261.

22. Pierre-Yves Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, 9^e édition, Puf, p. 355 et s.

2. L'obstacle de la compensation équitable

Les services de NDVR, en permettant des possibilités presque infinies de copies de programmes initialement diffusés en linéaire, vont nécessairement impacter le droit des auteurs d'œuvres audiovisuelles et des titulaires de droits voisins²³. Or les textes sur la RCP n'envisage(ai)nt pas le cas des entreprises de communication audiovisuelle, pas plus qu'ils ne prévoyaient la soumission des services de NDVR au paiement d'une compensation dès lors que les espaces de stockage numérique distant – le Cloud – ne sont pas aujourd'hui soumis à rémunération. Notons enfin que les services de NDVR ne sont par nature – contrairement aux hypothèses plus classiques de mise en œuvre de la copie privée – pas proposés de façon désintéressée ce qui est susceptible d'accroître, selon nous, le préjudice des ayants droit. En outre, et contrairement à d'autres supports soumis à la RCP, ces services sont exclusivement destinés aux copies de programmes télévisés²⁴.

3. L'obstacle du « test en trois étapes »

En tout état de cause, les limitations apportées au droit exclusif de l'auteur d'autoriser la reproduction de son œuvre doivent être conformes au test dit des « trois étapes », sur lequel nous reviendrons plus tard et qui prescrit de limiter les exceptions aux cas spéciaux²⁵, qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre, et qui ne causent pas un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit.

4. La position de la jurisprudence

La condamnation en 2011 de la société Wizzgo qui proposait un service de NDVR (en permettant de télécharger les copies effectuées dans le Cloud) a confirmé le dynamisme de la notion de copiste matériel. En effet, cette société avait tenté de légitimer son service, d'une part, par l'exception de copie transitoire, afin de justifier les copies réalisées préalablement à la mise en ligne des contenus, et, d'autre part, par l'exception de copie privée, au regard de l'offre de copies proposée aux utilisateurs²⁶. Aucun de ces arguments ne fut néanmoins accueilli, la cour ayant souligné que « la copie opérée par le service est dotée d'une valeur économique propre dès lors qu'à chaque copie est attaché un utilisateur et que le

23. L'article L. 211-3 prévoit en effet, de façon similaire à l'article L. 122-5 CPI, que l'exception de copie privée ne doit pas porter atteinte à l'exploitation normale de l'interprétation, du phonogramme, du vidéogramme ou du programme, ni causer un préjudice injustifié à leurs intérêts légitimes. Quant à la CJUE, elle considère que seuls les titulaires d'un droit exclusif de reproduction au sens de l'article 2 de la directive 2001/29 sont susceptibles de subir un préjudice devant être compensé équitablement (CJUE, 12 novembre 2015, Aff. C-572/13, *Reprobel*, points 47 et suivants).

24. Ou éventuellement de programmes de radio.

25. Cette première étape du test peut être comprise comme comportant deux éléments : un « cas » et sa « spécialité ». Si l'adoption de la Loi Création permet de respecter le premier de ces critères (en considérant que la RCP en matière de NDVR revient aujourd'hui à encadrer cette technologie par l'exception pour copie privée de façon plus ou moins explicite), un doute subsiste néanmoins s'agissant du critère de la spécialité. En effet, cette loi permet de faire de la copie privée dans le Cloud la norme, ce qui semble contraire à l'approche quantitative de ce critère qui a été suivie par le Panel de l'OMC et qui retient qu'une exception serait un cas spécial lorsque son champ d'application est limité ou a une portée exceptionnelle (*Bulletin du droit d'auteur de l'Unesco*, janvier-mars 2007, *Le rôle du test des trois étapes dans l'adaptation du droit d'auteur à la société de l'information*, Christophe Geiger ; Séverine Dusollier, « L'encadrement des exceptions au droit d'auteur par le test des trois étapes », I.R.D.I., 2005, p. 213-223).

26. Cour d'appel de Paris Pôle 5, chambre 1, 14 décembre 2011, *Wizzgo/ Metropole Television et autres*, *Légipresse* n° 291, février 2012.

montant des recettes publicitaires générées par le service sera directement lié au nombre des utilisateurs du service et au volume des copies réalisées pour le compte de ces utilisateurs [...] qu'au surplus, la copie réalisée n'est pas destinée à l'usage du copiste mais à l'usage de l'utilisateur final »²⁷. Il convient par ailleurs de préciser que la société Wizzgo ne bénéficiait d'aucune autorisation des chaînes de télévision, y compris pour distribuer le flux en mode linéaire.

L'arrêt rendu dans cette affaire par les juges parisiens est on ne peut plus clair et vient utilement rappeler que les services de NDVR poursuivent une finalité commerciale et étrangère à la conception de copiste matériel. Une réforme législative s'imposait, sauf à obliger les opérateurs à négocier avec les ayants droit l'autorisation de proposer des services de NDVR.

C. L'aboutissement d'une ré-flexion relativement ancienne

Le mécanisme retenu par la loi Création n'est pas en soi une surprise, plusieurs rapports suggéraient déjà d'étendre l'exception de copie privée au Cloud. Les débats parlementaires ont ainsi fait référence au rapport de 2012 de la commission spécialisée du CSPLA « Informatique dans les nuages »²⁸ ainsi qu'au « rapport Lescure » de 2013²⁹. Dans un registre voisin, l'HADOPI s'était déjà montrée très favorable à l'exception de copie privée en matière de copie de programmes télévisés au moyen du DVR³⁰.

En réalité, si ces rapports sont, à certains égards, favorables à l'encadrement des services de Cloud par l'exception de copie privée, il ne faut pas perdre de vue qu'ils font également état de plusieurs difficultés, et d'alternatives. Aussi, le rapport du CSPLA se fait l'écho d'avis divergents sur la question et s'en remet au test des trois étapes³¹. Quant au rapport Lescure³², l'allégation selon laquelle « en l'état actuel du droit communautaire, rien n'interdit à un État membre d'adopter une

telle disposition », à propos de l'assujettissement à la RCP des copies effectuées grâce aux services de cloud computing, nous paraît quelque peu contestable.

Enfin, nous relevons dans ces rapports, et chez certains partisans de la RCP³³ en matière de Cloud, une interprétation extensive de la jurisprudence *Padawan* de la CJUE³⁴ selon laquelle la Cour aurait remis en cause la conception de copiste matériel en énonçant qu'il « est loisible aux États membres d'instaurer, aux

fins du financement de la compensation équitable, une " redevance pour copie privée " à la charge non pas des personnes privées concernées, mais de celles qui disposent d'équipements, d'appareils et de supports de reproduction numérique et qui, à ce titre, en droit ou en fait, mettent ces équipements à la disposition de personnes privées ou rendent à ces dernières un service de reproduction ». Déduire de cet arrêt que la Cour serait revenue sur la notion de copiste matériel, sous le seul prétexte qu'elle envisagerait une hypothèse de redevance pour copie privée dans le cadre de la mise à disposition d'équipement ou d'un service de reproduction rendu par un tiers, nous paraît hasardeux. D'une

part, cette décision n'envisage pas l'hypothèse des copies dans le Cloud, d'autre part, la Cour s'est en réalité prononcée non pas sur l'exception de copie privée mais sur le périmètre de la RCP et ses redevables.

Les arguments de neutralité technologique et d'équivalence fonctionnelle³⁵ ont également été mis en avant aux fins de justifier l'encadrement du NDVR par la RCP. Nous pensons toutefois que ce raisonnement mérite d'être tempéré au regard, notamment, de certains considérants de la directive DADVISI qui invitent les États membres à réexaminer les exceptions et limitations aux droits « à la lumière du nouvel environnement électronique » et qui soulignent que « la confection de copies privées sur support numérique est susceptible d'être plus répandue et d'avoir une incidence économique plus grande. Il y a donc lieu de tenir dûment compte des différences existant entre copies privées numériques et analogiques et de faire une distinction entre elles à certains égards »³⁶.

III. L'ADOPTION DE L'AMENDEMENT NDVR DANS LE CADRE DE LA LOI CRÉATION

A. La méthodologie en question

En incorporant une modification du CPI par le biais d'un amendement, le gouvernement s'est dispensé de mener une étude d'impact à laquelle les rapports susvisés ne peuvent se substituer. Les débats parlementaires font d'ailleurs état de cette absence

27. Le tribunal de grande instance avait quant à lui précisé exclure l'applicabilité de l'exception pour copie privée « même si elle ne génère pas directement une recette », la « société Wizzgo étant le créateur de la copie mais n'en étant pas l'utilisateur, l'exception de copie privée n'est pas applicable », TGI Paris 3^e chambre, 1^{re} section, 25 novembre 2008.

28. Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique, rapport de la commission spécialisée « Informatique dans les nuages » et avis du 23 octobre 2012.

29. Mission « Acte II de l'exception culturelle », « Contribution aux politiques culturelles à l'ère numérique », mai 2013. Voir notamment fiche B-7.

30. Avis n° 2014-1 rendu par le Collège de la Haute Autorité pour la Diffusion des Œuvres et la Protection des Droits sur Internet le 11 septembre 2014.

31. Nous constatons par ailleurs que le rapport rendu par le CSPLA ne se prononce pas spécifiquement sur le NDVR mais plus largement sur le Cloud computing, orientant son étude sur les services dits de « de casier personnel », les services de synchronisation associés à un service de vente (tel que iTunes in the Cloud) et les services d'identification, de recherche et d'obtention d'équivalents tel que iTunes Match.

32. L'objectif du rapport Lescure s'inscrit en faveur d'une réforme des politiques culturelles à l'ère du numérique et plaide pour la nécessité de garantir le bénéfice de l'exception de copie privée dans cet univers. Ce rapport a par exemple avancé que la « solution contractuelle », qui consiste à faire prévaloir le droit exclusif et à intégrer les possibilités de copie dans l'autorisation donnée par les ayants droit, serait « concrètement » inapplicable. Cette assertion nous paraît contestable s'agissant du NDVR et d'autres rapports ont pu plébisciter l'inverse, comme les « *Recommandations issues de la médiation sur les redevances pour copie et reproduction privées* » déposées en janvier 2013 par Antonio Vitorino et préconisant à l'inverse, et dans certains cas, un système de licences pour encadrer les copies privées.

33. Voir par exemple la présentation de l'amendement initial de l'Assemblée nationale n° 233, finalement retiré ou encore les déclarations du député David Assouline selon lequel « la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne admet qu'un tiers puisse intervenir dans l'acte de copie privée », faisant ici très probablement référence à la jurisprudence *Padawan*, voire à l'affaire C-463/12 *Copydan* du 5 mars 2015 (réunion de la commission de la culture, de l'éducation et de la communication, 9 février 2016).

34. CJUE, 21 octobre 2010, Aff. C-467/08, *Padawan SL c/SGAE*.

35. En l'espèce entre les enregistreurs de type DVR et le NDVR.

36. Considérants n° 31 et 38.

d'étude, ce qui paraît incompréhensible lorsqu'on sait que le gouvernement s'est en fait montré favorable à l'encadrement du NVPR par la RCP³⁷. À notre connaissance ce texte n'a par ailleurs fait l'objet d'aucune notification à la Commission européenne en dépit des dispositions de la directive n° 2015/1535 sur la procédure de notification des projets de règles techniques relatives aux services de la société de l'information. Cette procédure semblait pourtant, à certains égards, pouvoir s'imposer, sauf à considérer que la notification ne s'impose pas en présence d'un amendement³⁸.

Quant au processus d'adoption de la Loi Création, les modifications successives de l'article 7 bis AA³⁹ et les nombreux amendements déposés de part et d'autre de l'hémicycle illustrent un manque de consensus et les questions épineuses que soulève la RCP appliquée au NDVR.

Les premières moutures de l'article 7 bis AA avaient pour objet de modifier l'ensemble des articles L.122-5, L. 211-3 et 311-4 du CPI⁴⁰. Dans un second temps, les modifications portant sur les articles L.122-5 et L.211-3 du CPI⁴¹ ont été successivement abandonnées, les parlementaires se concentrant sur le seul article L.311-4 de ce code, en affinant la définition des débiteurs de la RCP et des prestataires de services de NDVR. Le Sénat s'est par ailleurs attaché à prévoir la conclusion d'un accord entre éditeurs de services de radio et de télévision et leurs distributeurs, « pour pallier l'absence de concertation préalable sur le sujet »⁴².

Le texte finalement adopté ajoute un alinéa supplémentaire à l'article L. 311-4 du CPI disposant que sont débiteurs de la RCP « l'éditeur d'un service de radio ou de télévision ou son distributeur, au sens de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, qui fournit à une personne physique, par voie d'accès à distance, la reproduction à usage privé d'œuvres à partir d'un programme diffusé de manière linéaire par cet éditeur ou son distributeur, sous réserve que cette reproduction soit demandée par cette personne physique avant la diffusion du programme ou au cours de celle-ci pour

la partie restante » et complète les alinéas existants relatifs aux critères à prendre en compte pour la détermination de la RCP (capacités de stockage et nombre d'utilisateurs du service).

La loi Création a donc modifié l'étendue de la copie privée en allongeant la liste des redevables de la RCP tout en s'affranchissant de modifier les articles relatifs au périmètre de la copie privée, fragilisant de façon évidente cet édifice. Il est en effet pour le moins étonnant de toucher sensiblement, comme on l'a vu, à la philosophie de l'exception pour copie privée, construite depuis des décennies, sans même viser les articles L.122-5 et L.211-3 du CPI qui la définissent. Enfin on regrette que le législateur n'ait pas modifié les articles L.311-5 et R.311-1 du CPI pour intégrer au sein de la commission pour la rémunération de la copie privée, et aux côtés des représentants des fabricants ou importateurs de supports, les éditeurs et leurs distributeurs, nouveaux débiteurs de la RCP.

B. Fragilité juridique

1. Les critères de la copie privée ignorés

Le législateur entend donc soumettre à la RCP un service de copies réalisées par une entreprise commerciale qui de surcroît pourra les soumettre à une utilisation collective⁴³ dans l'hypothèse où elle ne réaliserait qu'une seule copie dans le Cloud pour l'ensemble de ses téléspectateurs - abonnés, liberté que le texte n'encadre pas clairement. En effet, doit-on considérer que la précision selon laquelle la copie est réalisée « à la demande » de la personne physique pour un usage privé est suffisante pour interdire au prestataire de services de NDVR de faire une première copie en aval et de la mettre ensuite en partage selon les instructions données à ses abonnés ? Comme nous l'avons précédemment évoqué, un tel partage de la copie nous semble aux antipodes de la notion traditionnelle de copie privée où chaque utilisateur est censé détenir et utiliser sa propre copie.

Il est par ailleurs permis de douter qu'une compensation équitable puisse être allouée à l'ensemble des ayants droit dès lors que les entreprises de communication audiovisuelle sont tout simplement ignorées des bénéficiaires de la RCP alors qu'elles seront les premières concernées. En tant que producteur d'une partie de leurs programmes, ces entreprises pourront prétendre, pour ceux-ci, à compensation. Mais qu'en est-il s'agissant des émissions qui n'auraient pas été préalablement fixées sur un support et qui représentent une large partie des contenus aujourd'hui consommés en mode non linéaire, ou encore des émissions non susceptibles d'être qualifiées d'œuvres de l'esprit ? Il est vrai qu'à la différence des producteurs de vidéogrammes par exemple, la copie de ce type de programmes, s'ils ne sont pas fixés sur des supports, n'entraîne pas de baisse des ventes escomptées. Il n'en demeure pas moins qu'elle entraîne certainement un manque à gagner par des revenus parallèles (publicité, licences d'exploitation, etc.) et

37. Voir par exemple les déclarations du député Marcel Rogemont qui parle de « coproduction » avec le gouvernement à propos d'un amendement déposé en première lecture devant l'Assemblée nationale mais finalement retiré. Quant au rapporteur à l'Assemblée nationale, le député Patrick Bloche, il relèvera que ce « sujet est éminemment complexe et il est, en effet, fort ennuyeux que nous ne disposions d'aucune étude d'impact » (Rapport présenté lors de la deuxième lecture auprès de l'Assemblée nationale).

Le sénateur Jean-Pierre Leleux a également souvent reproché au Sénateur David Assouline d'écrire sous la dictée du gouvernement.

38. Voir notamment l'article 5 de la Directive (UE) n° 2015/1535 du 9 septembre 2015. Le gouvernement a en effet sans doute considéré que la procédure de notification ne s'imposait pas s'agissant d'amendements d'origine parlementaire. Cela est néanmoins contestable dès lors qu'à en croire les débats parlementaires plusieurs amendements sont en réalité d'origine gouvernementale et qu'en pratique les services ministériels ont déjà notifié par le passé des amendements ou des propositions de loi. Le texte est donc fragile, une procédure en manquement voire une contestation sur son opposabilité n'est dès lors pas totalement exclue.

39. Article du projet de la Loi Création qui a porté en son sein, et tout au long des débats, différentes versions d'amendements portant sur le NDVR.

40. Voir par exemple le texte issu des travaux de la Commission de la culture, de l'éducation et de la communication, à l'initiative du député David Assouline.

41. De façon surprenante, la version de l'article 7 bis AA présentée par la commission culture éducation et communication en deuxième lecture au Sénat ne retenait ainsi qu'une modification de l'article ayant trait aux exceptions aux droits voisins.

42. Déclaration du rapporteur Monsieur Leleux lors d'une réunion de la commission culture éducation et communication (deuxième lecture au Sénat).

43. En réalité, dès lors que cette réforme conduit à considérer que le copiste n'est pas le prestataire de services, l'exigence que les copies ne soient pas « destinées à une utilisation collective » ne lui est pas applicable. C'est là l'illustration des problématiques engendrées par la notion de copiste intellectuel où l'acte de reproduction est prétendument dissocié de la copie finalement réalisée, au risque de dénaturer la raison d'être de l'exception de copie privée.

pour lequel aucune compensation n'est aujourd'hui prévue⁴⁴. À l'évidence, le socle de la copie privée se trouve donc chamboulé et la notion de copiste intellectuel privilégiée alors qu'elle n'a jamais, à notre connaissance, été clairement consacrée⁴⁵. La formulation apportée par le législateur témoigne de cette difficulté puisqu'il a été précisé que la reproduction devra être « demandée par cette personne physique ». Une brèche a néanmoins été ouverte et nous reviendrons sur ses possibles conséquences.

2. L'échec au test des trois étapes

Comme nous l'avons précédemment évoqué, l'extension de la copie privée au cas du NDVR pourrait ne pas passer la première étape de ce test qui conditionne le respect par la France des textes de l'Union européenne⁴⁶.

Quant à la deuxième étape, l'interdiction de porter atteinte à « l'exploitation normale de l'œuvre », celle-ci suppose que la copie privée ne devienne pas en elle-même un véritable mode d'exploitation. Or permettre la copie systématique et sans limitation de programmes diffusés de façon linéaire est susceptible de revêtir une importance économique considérable, alors que la mise en place de ce service aurait pu être gérée par la voie contractuelle. À notre sens, la Loi Création prive les auteurs et titulaires de droits voisins de leur liberté de monnayer leurs droits exclusifs au profit de fournisseurs de services de NDVR, lesquels répercuteront *in fine* la RCP sur les utilisateurs finaux.

Enfin, quant « aux intérêts légitimes de l'auteur », il semble qu'il y soit nécessairement porté un préjudice injustifié dès lors que les deux premières étapes du test ne semblent pas pouvoir être franchies⁴⁷.

3. L'atteinte au droit de représentation

Il existe une difficulté supplémentaire à vouloir soustraire les services de NDVR aux accords entre ayants droits et opérateurs. Elle tient à ce que ces services ne portent pas uniquement atteinte au droit de reproduction mais également au droit de représentation pour lequel la seule limitation qui pourrait être admise est la représentation privée et gratuite au sein « du cercle de famille », difficilement applicable à l'espèce⁴⁸.

44. Médiamétrie intègre depuis 2011 l'audience en différé dans les 7 jours et devra donc, dans cette optique, réfléchir à intégrer la consommation de la télévision au travers des services de NDVR – notamment dans la constitution du panel – afin de limiter le préjudice des chaînes.

45. Exception faite de l'affaire CNRS précitée.

46. Et plus généralement des accords supranationaux puisque ce test se retrouve dans la Convention de Berne et les accords ADPIC.

47. Ce critère serait un « outil visant à apprécier la proportionnalité entre l'octroi de l'exception et la préservation des intérêts de l'auteur » et « ce n'est que si ce préjudice est injustifié ou hors de proportion que l'exception doit être considérée illégitime au regard du test », Séverine Dusollier, *op. cit.*

48. Cet argument ne peut, selon nous, être invoqué qu'au bénéfice du détenteur d'une copie. Or le droit de représentation dont il s'agit ici fait partie intégrante du processus de copie et intervient en aval de la délivrance de cette copie. Le sens et la portée de la limitation du droit exclusif en matière de représentations privées et gratuites est donc, selon nous, sans aucun rapport avec la situation créée dans le cadre de la Loi Création où celui qui met en œuvre l'acte de représentation est l'éditeur ou son distributeur, et non le particulier destinataire et usager de la copie.

En effet, la mise à disposition par streaming des contenus copiés pourrait impliquer un acte de représentation tant au sens de la directive DADVSI (acte de communication au public) que du CPI⁴⁹. L'encadrement des services de NDVR par la RCP ne suffirait donc pas puisqu'il occulte la seconde étape de mise en œuvre dans ces services, à savoir l'acte permettant l'accès à la copie stockée dans le Cloud. Il pourrait néanmoins être considéré – dans l'hypothèse où une copie est réalisée pour chaque utilisateur – que la mise à disposition des œuvres n'est pas un acte de communication faute d'impliquer un « public » au sens de la jurisprudence de l'Union, c'est-à-dire un nombre indéterminé de destinataires potentiels et un nombre assez important de personnes⁵⁰.

4. Le précédent italien

Une disposition similaire à celle promulguée par la Loi Création avait été intégrée à la loi italienne à la suite d'un processus législatif initié fin 2007 et visant à étendre le champ de l'exception de copie privée aux services de NDVR (« *videoregistrazione da remoto* »)⁵¹. Par suite, la Commission européenne a été destinataire d'une plainte courant 2008. Ce précédent est riche d'enseignements puisqu'il a donné l'occasion à la Commission de s'exprimer sur la compatibilité de ce texte au regard des règles de l'Union.

Si le gouvernement italien a tenté de faire valoir que le dispositif qu'il souhaitait mettre en place n'avait pas d'incidence sur le droit de reproduction et le droit de représentation⁵², la Commission n'a pas été convaincue et sa position sur l'exception de copie privée en matière de NDVR est relativement claire⁵³. Rappelant que la définition du droit de reproduction est suffisamment large pour inclure en son sein les reproductions numériques dans le Cloud, elle a d'abord constaté que le droit de représentation (« *making available right* ») au sens de l'article 3 de la directive DADVSI, était également mis en œuvre par le fournisseur de services d'enregistrement à distance. S'agissant de l'exception de copie privée dont se prévalaient les autorités italiennes, la Commission relève que la Directive définit une exception qui est circonscrite aux actes destinés à un usage

49. Voir en ce sens, CJUE, 7 mars 2013, *ITV Broadcasting*: « une mise à disposition des œuvres par le biais de la retransmission sur Internet d'une radiodiffusion télévisuelle terrestre [qui] se fait suivant un mode technique spécifique qui est différent de celui de la communication d'origine [...] doit être considérée comme une communication au sens de l'article 3 de la directive 2001/29 »

50. CJUE, 19 novembre 2015, Aff. C-325, *SBS Belgium NV c/SABAM*, *Légipresse* n° 340, juillet - août 2016, p. 415, « Télévision - éditeur, distributeur : qui communique au public ? (et qui doit payer ?) », Julien Grosslerner et Florence Jean.

51. Article 71-7 de la loi italienne sur le droit d'auteur. Compte tenu de la position de la Commission européenne sur le sujet, ce dispositif est resté lettre morte, les décrets d'application de ce dispositif n'ayant pas été votés.

52. Le gouvernement italien faisait notamment état des éléments suivants : le dispositif se serait contenté de permettre la fixation de signaux de télévision diffusés en linéaire et en analogique, le stockage était limité dans le temps (les copies étant ensuite automatiquement effacées des unités de stockage ce qui se limiterait à une modalité de « *time shifting* ») et l'utilisateur décidait seul de ses choix et des modalités de fixation des programmes.

53. Lettre du 23 février 2009, MARKT D1/DB D (2009) D/.

privé sans dimension commerciale⁵⁴. La Commission a également confronté la disposition italienne litigieuse au regard du test en trois étapes et conclu qu'elle ne passait pas la seconde. L'exception italienne étant donc trop large au regard des dispositions de la Directive DADVSI, la Commission a invité le gouvernement italien à revoir sa position sous peine d'enclencher une procédure de manquement.

5. La question préjudicielle en attente

Les doutes qui pèsent sur le caractère compatible d'une exception pour copie privée en matière de NDVR au regard du droit de l'Union devraient bientôt être levés, le tribunal de Turin ayant présenté une demande de décision préjudicielle à la CJUE le 12 mai dernier⁵⁵. Deux questions sont ainsi posées à la Cour : une disposition nationale peut-elle interdire ou au contraire permettre à « un entrepreneur commercial de fournir à des particuliers un service d'enregistrement à distance de copies privées d'œuvres protégées par le droit d'auteur au moyen d'un système informatique en nuage, en intervenant activement dans l'enregistrement, sans autorisation du titulaire du droit » ?⁵⁶

C. Impact économique

L'ampleur de la reproduction tolérée en matière de copie privée n'est pas encadrée et comme nous l'avons précédemment relevé, les chaînes de télévision ne font pas partie des bénéficiaires de la RCP alors que la fabrication du signal de ces chaînes représente un investissement considérable⁵⁷.

La Loi Création, en permettant à des distributeurs de mettre à disposition des contenus sous couvert de la copie privée, risque ainsi de porter une grave atteinte aux chaînes de télévision en concurrençant leurs propres activités : rediffusion et services secondaires (TVR notamment). Indirectement c'est le financement de la création qui pourra être impacté puisqu'il est principalement assuré par ces éditeurs.

Cette mise en concurrence n'est pas négligeable au regard du marché de la TVR. En 2015, la consommation a augmenté de plus de 36 % et le chiffre d'affaires généré par ces services a été estimé à 90 millions d'euros⁵⁸. En outre, les services de NDVR sont tellement simples à l'utilisation qu'ils sauront séduire des téléspectateurs qui n'auraient par ailleurs pas cherché à copier les contenus traditionnellement consommés en TVR en l'absence d'une telle technologie⁵⁹.

Rappelons toutefois que l'article L.311-4 CPI prévoit que la mise à disposition de services de NDVR sera le fait de l'éditeur ou de

« son » distributeur ce qui laisse bien évidemment entendre que les chaînes ne seront pas privées de tous leurs droits dès lors que leur accord sera nécessaire et qu'on peut imaginer qu'il puisse comporter une compensation financière⁶⁰. La pratique nous montrera comment les rapports de force trouveront à s'équilibrer dans un marché où les distributeurs disposent d'ores et déjà d'imposantes infrastructures leur permettant peut-être de proposer plus aisément des services de NDVR.

L'impact de ces nouveaux services se fera également ressentir chez les producteurs qui, privés de leur droit exclusif de reproduction, perdront probablement de leur pouvoir de négociation auprès des opérateurs. Dans le secteur du film particulièrement, les sources de revenus liés à l'offre de vidéo à la demande risquent d'être sensiblement impactées.

Enfin la question se pose de savoir si (et comment ?) les producteurs et les entreprises de communication audiovisuelle vont pouvoir imposer de céder et donc monnayer, le cas échéant, leur droit de représentation dès lors que selon le mécanisme mis en œuvre par le prestataire de services de NDVR, ce droit pourrait être mis en œuvre.

D. Problématiques de mise en œuvre

Le législateur s'est contenté de limiter l'autorisation de reproduction à celle mise en œuvre « avant la diffusion du programme ou au cours de celle-ci », ce qui exclut expressément les fonctionnalités de Start-Over et de Reverse EPG⁶¹, sans que la loi ne précise par ailleurs dans quelle mesure le téléspectateur pourrait programmer en avance les enregistrements. La loi Création ne prévoit donc pas les conditions d'usage du NDVR qui seront définies par le biais d'accords entre éditeurs et distributeurs et qui devront fixer les questions relatives à la capacité et la durée de stockage, au nombre d'utilisateurs, à la possibilité d'enregistrements simultanés ou encore à la sécurisation de ces services⁶².

Il avait d'abord été question d'un accord professionnel global avec renvoi à un décret en Conseil d'État à défaut de consensus au 1^{er} janvier 2017. C'est finalement la voie de l'accord bilatéral qui a été choisie, aux fins d'éviter les risques de blocage inhérents à l'accord collectif. En outre, compétence a été donnée au CSA pour trancher tout différend relatif à la conclusion ou l'exécution de tels accords, lui confiant de facto la lourde tâche « d'harmoniser » les conditions de mise en œuvre de la copie privée, mission qui semble pourtant dépasser le cadre habituel de ses attributions.

Ces accords auront par ailleurs nécessairement un impact sur le montant de la RCP puisqu'aux termes de l'article L.311-4 du CPI, ce montant dépendra du « nombre d'utilisateurs du service [...] et des capacités de stockage », et nous restons donc dans l'attente de la fixation par la commission pour la rémunération

54. « The making of digital copies of audiovisual works by third party service providers, such as cable operators, ISPs or telecom operators on behalf of users, who themselves are not even in possession of these original works, cannot be deemed equivalent to the making of a private copy by a consumer for his private use ».

55. C-265/16, *VCAST limited vs. R.T.I. SpA*.

56. La demande de décision préjudicielle porte sur la compatibilité d'une telle autorisation ou interdiction tant au regard de la Directive DADVSI que de la Directive 2000/31/CE 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information.

57. L'arrêt *Padawan* précise ainsi que la compensation équitable en matière de RCP doit être calculé en fonction du préjudice causé.

58. « L'économie de la télévision de rattrapage en 2015 », les études du CNC, mars 2016.

59. Le développement du NDVR renforcera par ailleurs le phénomène d'« ad skipping » ce qui risque aussi d'affecter les chaînes de télévision.

60. Pour s'en convaincre, l'article L.311-4 du CPI précise qu'il s'agit du distributeur au sens de la loi de 1986 laquelle définit le distributeur comme celui qui établit avec l'éditeur des relations contractuelles en vue de constituer une offre de services.

61. Ces fonctionnalités permettent en effet d'avoir accès à un programme d'ores et déjà diffusé.

62. Voir la nouvelle rédaction de l'article L. 331-9 du CPI.

de la copie privée des barèmes en la matière. Cette situation paraît toutefois quelque peu étrange puisque le système revient *in fine* à donner à des acteurs non bénéficiaires de la RCP le soin de fixer les modalités des services de NPVR lesquelles auront une répercussion directe sur le montant de la RCP. Ce système ne laisse-t-il pas transparaître la légitimité des chaînes à bénéficier de la RCP ? En effet, il nous semble que leur octroyer la possibilité de limiter les modalités du NDVR revient à reconnaître – implicitement – qu’elles seront les premières à être impactées.

Comme nous l’avons précédemment souligné, les accords à venir donneront probablement lieu à une monétisation des modalités techniques des services de NDVR, ce qui est particulièrement insolite dès lors qu’il s’agit en fait d’encadrer une exception par nature non commerciale.

Nous constatons par ailleurs que les critères sur lesquels les barèmes de RCP devront être fixés ne sont plus exclusivement de nature forfaitaire, contrairement à la conception classique de cette rémunération, dès lors qu’il est ici question de prendre en compte le nombre d’utilisateurs, soit un critère davantage lié aux logiques de licences. Cela étant, ce critère a le mérite de refléter la particularité des services de NDVR qui sont à 100 % dédiés à la copie des œuvres télévisées, à l’inverse d’autres supports dont l’usage pour la copie d’œuvres n’est que théorique. Enfin, nous nous interrogeons sur la façon dont sera mis en œuvre l’ensemble des questions liées aux mesures techniques

de protection et à l’interopérabilité au regard, par exemple, de l’avis rendu par l’Hadopi en matière de copie privée des programmes télévisés⁶³ sur des enregistreurs numériques, lequel avis préconise que l’utilisateur puisse conserver les contenus en cas de changement de fournisseur. La transposition de cet avis en matière de NDVR – lequel milite en faveur d’exigences relativement contestables – nous paraît loin d’être évidente.

La Loi Création s’est finalement orientée vers une extension des redevables de la RCP pour les seuls services de NDVR dans un contexte où les opérateurs de services de télévision avaient d’ores et déjà mis en place d’autres technologies pouvant plus ou moins s’y apparenter (Reverse EPG, Start-Over) ou à tout le moins impacter la notion de copie privée au sens large (download to go). L’ouverture d’une brèche en faveur de la notion de copiste intellectuel pourrait probablement favoriser l’évolution de la RCP et l’avenir nous dira si le législateur entend poursuivre son intervention afin de réguler l’ensemble des nouvelles fonctionnalités liées à la consommation non linéaire de la télévision ou si les acteurs demeureront libres de les gérer par la voie contractuelle.

J.G. et F.J.

63. Avis n° 2014-1 précité.

JEUDI 6 OCTOBRE 2016 (8 h 45 à 17 h 45)

Auditorium de la Maison du Barreau de Paris

2, rue de Harlay, 75001 Paris

Liberté d'information, liberté de création et intérêt général

Débat d'intérêt général ■ Diffamation ■ Bonne foi ■ Droits de la personnalité ■ CEDH ■
Infractions racistes ■ État d'urgence ■ Liberté d'expression ■ Publications interdites ■
Recel ■ Journaliste ■ Intérêt du public ■ Loi du 7 juillet 2016 ■ Liberté de création ■ Droit
d'auteur ■ Fiction/réel ■ Délit d'entrave ■ Exploitation des oeuvres ■ Partage de la valeur
■ Censure ■ Création publicitaire ■ Création cinématographique ■ Visas d'exploitation ■
Associations procureurs....

**RENSEIGNEMENTS
ET INSCRIPTIONS**

LÉGIPRESSE, 38, rue Croix-des-Petits-Champs, CS 30016, 75038 Paris Cedex 01
Tél. : 01 53 45 89 14 – Fax : 01 53 45 91 85 – E-mail : forum@legipresse.com
www.legipresse.com