

Les copies hors ligne dans le streaming musical par abonnement : part du droit exclusif d'exploitation ou exception au droit d'auteur ?

Gaël MAUPERTUIS

Étudiant en Master 2 Droit de la propriété intellectuelle, Nantes Université.

Mémoire de recherche sous la direction du professeur Agnès LUCAS-SCHLOETTER.

INTRODUCTION

Il ne fait aucun doute que c'est aujourd'hui le streaming¹ qui cristallise la majeure partie des enjeux en matière de musique. Rien d'étonnant à en voir l'essor fulgurant qu'ont connu les plateformes offrant ce type de services à leurs abonnés depuis leur avènement dans les années 2000².

À ce titre, le streaming musical par abonnement ne manque plus une occasion de faire réagir, en particulier sur les difficultés qu'il engendre, entre manque de transparence et maigre rémunération des artistes³, en témoigne la récente résolution votée par le Parlement européen à propos du marché de la diffusion de musique en continu⁴.

Reste que, de façon tout à fait paradoxale, l'une des pratiques les plus prisées des plateformes de streaming ne fait intervenir à aucun niveau une diffusion en continu, puisqu'il s'agit de proposer aux utilisateurs un mode d'écoute hors connexion. Une fonctionnalité bien connue des abonnés, mais trop souvent occultée des débats, alors même qu'elle soulève pléthore d'interrogations en propriété intellectuelle.

Certes, la souscription à un abonnement auprès d'une telle plateforme aura toujours pour finalité première d'offrir à celui qui s'en acquitte l'accès à un catalogue musical par le biais du streaming. C'est pourquoi le droit d'auteur européen ne s'intéresse en grande partie à ces plateformes que sous l'angle de la communication au public, les œuvres musicales diffusées en continu ne faisant pas l'objet d'une reproduction au sens de l'article 2 de la directive (UE) n° 2001/29/CE⁵.

De par la nature singulière de leur mode de diffusion, les plateformes de streaming sont finalement peu amenées à mobiliser le droit de reproduction. La gestion de leurs immenses bases de

¹Par « streaming », nous ne renverrons dans cet article qu'aux offres légales proposées sur le marché de la musique numérique par des plateformes telles que Spotify, Deezer ou Apple Music.

²V. Rapport GESAC, Study on the place and role of authors and composers in the European music streaming market, 2022, p. 11.

³Par « artiste », nous entendons à la fois désigner les auteurs-compositeurs et les artistes-interprètes.

⁴Résolution du Parlement européen du 17 janvier 2024 sur la diversité culturelle et les conditions pour les auteurs sur le marché européen de la diffusion de musique en continu.

⁵Les seules copies générées par une diffusion en streaming sont les copies transitoires nécessaires au fonctionnement de ce procédé technique (mise en cache) et elles sont de fait exemptées du droit de reproduction aux termes de l'article 5 1. de la directive 2001/29.

données pourra, le cas échéant, soulever des questions de cet ordre⁶, mais de façon globale, la force du streaming est justement que son fonctionnement ne requiert pas de copie, ce qui est à la fois gage de rapidité et de simplicité.

Néanmoins, le streaming présente tout de même un certain nombre de contraintes pour les utilisateurs, la première et la plus évidente étant qu'il nécessite l'accès à une connexion Internet. Ajouté à cela, l'utilisateur peut rencontrer des problèmes de latence due à la mise en mémoire tampon, ou encore, une diminution de l'autonomie de la batterie de son appareil⁷.

De fait, pour répondre à ces difficultés et permettre à leurs abonnés d'accéder à leur musique en toute circonstance dans les meilleures conditions possibles, la plupart des plateformes de streaming ont progressivement déployé au sein de leurs services respectifs un mode d'écoute hors connexion. Celui-ci permet à l'utilisateur de télécharger⁸ n'importe quelle œuvre musicale disponible dans son abonnement afin de pouvoir en profiter au sein de l'application, non plus en streaming, mais en local, ce qui supprime aussi bien l'obligation d'une connexion Internet que les autres contraintes préalablement énoncées. C'est cette pratique que les anglophones désignent sous l'appellation de *tethered download*.

À la suite de la mise en œuvre de ce mécanisme par l'abonné, les copies des œuvres téléchargées sont stockées sur son appareil. Toutefois, il ne s'agit là que de copies limitées. Elles ne sont disponibles que pour un certain temps (30 jours dans la majorité des cas), après quoi l'accès y est rendu impossible grâce à des mesures techniques de protection, faute de se reconnecter à Internet. Ces mêmes mesures ont également pour conséquence d'enfermer le contenu téléchargé dans l'univers de l'application, prévenant ainsi toute copie subséquente ou transfert. En outre, si l'utilisateur met fin à son abonnement, son accès aux copies est aussitôt bloqué⁹.

Il ressort de cette fonctionnalité que les plateformes de streaming musical par abonnement peuvent encore moins qu'avant être appréhendées sous le seul angle de la communication au public, car aussi limitées soient les copies permises par le mode hors connexion de ces plateformes, elles n'en demeurent pas moins des copies.

⁶Afin de permettre la diffusion des dizaines de millions d'œuvres musicales qui composent leurs catalogues, les plateformes de streaming stockent nécessairement les fichiers de ces œuvres dans leurs bases de données, ce qui vient toucher au droit de reproduction. De plus, n'oublions pas que le producteur d'une base de données peut en interdire l'extraction substantielle du contenu sur le fondement de la directive (UE) n° 96/9/CE, ce qui recoupe en partie l'interdiction d'un acte de reproduction.

⁷V. M. Harris, *What Is Offline Mode in a Streaming Music Service?*, 2019.

⁸Les plateformes de streaming se sont elles-mêmes appropriées le terme « télécharger » pour définir le fonctionnement de leurs modes d'écoute hors connexion. ; V. par ex. « Écoutez en mode hors connexion. ». Spotify. En ligne. <https://support.spotify.com/fr/article/listen-offline/> Consulté le 28 février 2024.

⁹V. A. Strowel, *Private Copying Levies Do Not Apply in the Case of Streaming*, 2020, DIGITALEUROPE.

Face au constat faisant de la reproduction l'essence même de toute écoute hors connexion, certains ont pu être tentés par un recours à l'exception de copie transitoire¹⁰ afin d'exempter de tels actes de reproduction du droit exclusif d'exploitation, à l'instar des fichiers temporaires générés par la mise en cache lors d'une diffusion en streaming¹¹. Mais la comparaison entre ces deux hypothèses ne saurait tenir.

Comme rappelé par la Cour de justice dans ses célèbres arrêts *Infopaq*¹², puis *Filmspeler*¹³, l'exemption du droit de reproduction sur le fondement de l'exception de copie transitoire est subordonnée à la rencontre de cinq conditions cumulatives, dont l'existence d'un caractère « transitoire ou accessoire ». Or, pour cela, il faut que les copies en cause soient effacées dès la fin du processus technique auxquelles elles sont attachées, ce qui n'est nullement le cas des copies hors ligne, qui demeurent sur l'appareil de l'utilisateur après écoute.

En principe, donc, le droit de reproduction s'applique au *tethered download*, et avec lui la faculté pour l'auteur de l'autoriser ou de l'interdire sur ses œuvres. Cela étant, l'exception de copie transitoire n'est pas la seule exception au droit d'auteur qu'il soit possible de mobiliser pour tenir en échec le droit exclusif. En effet, comment ne pas songer ici à la copie privée, elle qui déchaîne les passions depuis son émergence en droit allemand dans les années 60¹⁴, jusqu'à sa consécration en droit communautaire à l'article 5 2. b) de la directive 2001/29 ?

L'idée pourra paraître, tantôt séduisante, tantôt inconcevable, selon les sensibilités de chacun. Le fait est qu'entre les lacunes des textes et le manque d'occasions pour les juges de venir les combler, il est pour l'heure impossible de trancher avec certitude. L'appréhension juridique du phénomène encore récent qu'est le *tethered download* nous plonge au fond dans un océan de possibles dont il reste encore à découvrir ce qui en émergera.

Ce dont nous pouvons toutefois être certain, c'est que l'exception de copie privée, de par sa seule existence, suffit à devoir douter de la qualification des copies hors ligne. Une fois de plus, le droit d'auteur se retrouve ici confronté au défi d'adaptation dont il est coutumier face à l'évolution permanente des nouvelles technologies ; défi dont l'exception de copie privée est l'un des exemples les plus criants, tant l'apparition du numérique en a révolutionné le concept¹⁵.

¹⁰Article 5 1. de la directive 2001/29.

¹¹Telle était la position défendue par les plateformes de streaming au début des années 2010, dans l'espoir d'échapper au spectre du droit d'auteur. ; V. CSPLA, Rapport de la commission spécialisée « Informatique dans les nuages », 2012, p. 13.

¹²CJCE, 16 juill. 2009, C-5/08, ECLI:EU:C:2009:465, *Infopaq*.

¹³CJUE, 26 avr. 2017, C-527/15, ECLI:EU:C:2017:300, *Stichting Brein c/ Jack Frederik Wullems* (« *Filmspeler* »).

¹⁴V. Loi sur le droit d'auteur et les droits voisins du 9 septembre 1965 (Allemagne).

¹⁵N. Binctin, *J.-Cl. Prop. litt. art.*, fasc. 1510, 2023, § 7.

Il en résulte que se prêter à l'exercice de qualification du *tethered download*, c'est inévitablement se frotter aux difficultés que suscite la portée de l'exception de copie privée dans l'environnement numérique. Mais plus encore, se prêter à cet exercice est l'occasion de rappeler que la recherche d'une qualification ne se limite jamais à une ardeur intellectuelle, car c'est de la qualification dont découle le régime, ce qui, au regard de la disparité des régimes envisagés, ne saurait être chose prise à la légère.

Sur la rémunération en particulier, chacun sait que les artistes du paysage musical ont grande peine à vivre de l'exploitation de leurs œuvres. De fait, les sommes les plus importantes que reçoivent nombre de ces artistes sont celles qui leur sont reversées au titre de la « compensation équitable »¹⁶ prévue en droit communautaire pour contrebalancer les effets néfastes de la copie privée. Il est dès lors aisé de comprendre en quoi l'application de cette exception au *tethered download* leur apparaît enviable, tout comme elle revêt une perspective désastreuse pour les plateformes, elles qui ne sont pour l'heure assujetties à aucune compensation de la sorte.

Comme nous le verrons, il est des défenseurs de ces deux chemins potentiels et aucun ne peut prétendre incarner la seule voie possible à suivre. Reste qu'une voie à suivre, c'est ce que notre droit réclame aujourd'hui, tant il n'est plus concevable de rester dans un brouillard d'incertitude sur pareille question que celle des copies hors ligne.

Loin de n'être qu'une fonctionnalité parmi d'autres pour les plateformes de streaming, l'écoute hors connexion est devenue l'un de leurs principaux arguments publicitaires¹⁷ en raison du facteur d'attractivité qu'un tel mode d'accès aux œuvres représente pour les utilisateurs. Comprendons bien là que le *tethered download* s'est imposé en quelques années comme une composante essentielle de tout abonnement à un service proposant du streaming¹⁸.

Les intérêts à permettre l'existence pérenne des copies hors ligne dans notre droit sont donc multiples et le besoin de statuer sur le sort juridique de ces copies ne fait aucun doute. Demeure pour nous la tâche de s'atteler à l'étude des réponses possibles à ce besoin, ce qui nous conduira à revenir en profondeur sur l'appréhension incertaine des copies hors ligne en droit d'auteur européen (I), sans qu'il nous soit possible d'en décorrélér l'analyse du danger que représente l'apparence salvatrice de la « compensation équitable » face aux géants du streaming (II).

¹⁶Article 5 2. b) de la directive 2001/29.

¹⁷En témoigne, par exemple, l'utilisation du slogan « Pas de connexion ? Pas de problème ! » par Deezer dans ses récentes campagnes publicitaires, ainsi que son site web. ; V. « Télécharger de la musique pour écouter en hors ligne ». Deezer. En ligne. <https://www.deezer.com/explore/fr/features/offline/> Consulté le 28 février 2024.

¹⁸V. par ex. Hadopi, Délibération n° 2020-06 du 24 septembre 2020, affaire dans laquelle le requérant se plaignait de ne pouvoir accéder en mode hors ligne à des programmes enregistrés via un service de NPVR, ce qu'il estimait nécessaire pour lui en raison de l'accès limité à Internet de son lieu de résidence du fait de sa zone géographique.

I/ L'appréhension incertaine des copies hors ligne en droit d'auteur européen

Entre droit exclusif et copie privée, la bataille fait rage dans l'Union européenne pour mettre la main sur le *tethered download*. Aussi, si la pratique contractuelle exclue la copie privée et rattache depuis toujours les copies hors ligne au droit exclusif d'exploitation (A), prudence reste de mise envers toute interprétation trop rigoureuse du périmètre de l'exception de copie privée (B).

A) Le rattachement prosaïque des copies hors ligne au droit exclusif d'exploitation dans la pratique contractuelle

Afin de brosser le portrait des copies hors ligne en droit d'auteur européen, la première étape ne peut être que de s'intéresser à la manière dont ces copies sont appréhendées dans les contrats passés entre les titulaires de droits et les plateformes, eux qui font tourner les rouages du marché de la diffusion de musique en continu.

Le principe de fonctionnement des plateformes de streaming se fonde ainsi sur l'octroi de licences d'exploitation, le plus souvent conclues auprès des organismes de gestion collective (OGC) auxquels les artistes ont préalablement apporté leurs droits¹⁹.

Traditionnellement, c'était en toute logique la communication au public qui était au cœur de ces licences, mais l'arrivée du *tethered download* a changé la donne. Les modes d'écoute hors connexion s'étant largement démocratisés, la pratique contractuelle a pris soin d'intégrer les copies hors ligne aux licences, étendant davantage les autorisations d'exploitation conférées aux plateformes de streaming à la reproduction des œuvres.

En cela, les plateformes qui disposent d'un mode d'écoute hors connexion doivent aujourd'hui payer une rémunération supplémentaire aux titulaires de droits pour que la licence conclue entre eux couvre les actes de reproduction attachés au *tethered download*, en plus de la diffusion en streaming²⁰. Un résultat acquis grâce au poids de la négociation collective qui est à saluer²¹, en ce qu'il permet aux artistes de toucher une rémunération effective sur les copies hors ligne de leurs œuvres.

¹⁹Il est à noter qu'un artiste qui gère lui-même ses droits peut distribuer sa musique sur les plateformes de streaming en passant par un distributeur indépendant de musique numérique comme TuneCore ou DistroKid. Cela étant, la gestion collective reste le cas de figure le plus fréquent dans l'industrie musicale, tant le rôle des OGC dans cette industrie est essentielle pour contrebalancer l'influence des maisons de disque, en particulier les *majors*.

²⁰V. par ex. « Obtenez votre autorisation pour votre service d'écoute et/ou de visualisation de musique par abonnement ». SACEM. En ligne. <https://clients.sacem.fr/autorisations/ecoute-de-musique-par-abonnement/> Consulté le 28 février 2024.

²¹Ce sont les OGC des différents États membres qui ont intégré dans les contrats de licences avec les plateformes de streaming une rémunération supplémentaire au titre du *tethered download*.

Cependant, la pratique contractuelle ne saurait commander à la loi, tout comme une convention ne saurait créer d'obligations en dehors de ses parties²². De fait, les licences d'exploitation sur lesquelles s'appuient les plateformes n'ont qu'un effet relatif qui ne peut rivaliser avec l'effet absolu de la loi.

Comme chacun le sait, la loi est en principe la seule à pouvoir définir le champ d'application des exceptions au droit d'auteur²³. Sachant cela, il apparaît légitime de se demander si la pratique contractuelle ne pourrait pas faire fausse route, en tissant un pont un peu trop hâtif entre *tethered download* et droit exclusif.

De prime abord, il est vrai, c'est peut-être à la reproduction que l'on songe le plus aisément à l'évocation des copies hors ligne, ce qui peut trouver un sens dans le parallèle qui est souvent fait entre le *tethered download* et la location.

Cette approche des copies hors ligne comme une forme de louage est notamment défendue en doctrine par le professeur Alain Strowel²⁴ qui trouve, dans le *tethered download*, une logique hautement similaire à celle de la location au sens du droit d'auteur européen²⁵, justifiant selon lui de se tourner vers le droit exclusif pour régler le sort des copies hors ligne.

Ce serait ainsi le transfert par licence contractuelle du droit de location à la plateforme qui lui permettrait d'autoriser les reproductions nécessaires à l'écoute hors connexion²⁶. Une vue de l'esprit qui peut s'entendre, mais qu'il convient néanmoins de ne pas laisser nous séduire outre mesure.

Le parallèle entre la location et le *tethered download*, bien que pertinent à certains égards, présente le risque de détourner l'attention. La question n'est pas de savoir si les copies hors ligne peuvent se fondre dans le moule de la location. Si aucune exception ne trouve à s'appliquer au *tethered download*, le droit de reproduction prévaudra, que ces copies soient des « copies louées » ou non. Dès lors, pour faire triompher le droit exclusif, la preuve à apporter n'est pas celle d'une forme de louage, mais celle d'une incompatibilité avec la copie privée.

²²V. par ex. Article 1199 du Code civil en droit français.

²³Nous reviendrons en seconde partie sur la place laissée à la liberté contractuelle dans l'organisation des exceptions qui tend à modérer ce principe, mais il n'en demeure pas moins que c'est toujours la loi qui fixe les contours des exceptions. En outre, la liste posée à l'article 5 de la directive 2001/29, bien que complétée par d'autres directives, doit être considérée comme exhaustive (CJUE, 29 juil. 2019, C-516/17, ECLI:EU:C:2019:625, *Spiegel Online*).

²⁴V. A. Strowel, *Private Copying Levies Do Not Apply in the Case of Streaming*, 2020, DIGITALEUROPE.

²⁵L'article 2 1. a) de la directive (UE) n° 2006/115/CE définit la location comme la « mise à disposition pour l'usage, pour un temps limité et pour un avantage économique ou commercial direct ou indirect ». Or, ce qui définit les copies hors ligne, c'est précisément le fait qu'elles soient mises à la disposition de l'abonné pour un temps limité, en échange de quoi celui-ci paye un abonnement.

²⁶La faculté pour le titulaire de transférer, céder ou donner par licence contractuelle son droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la location est admise à l'article 3 3. de la directive 2006/115.

Par conséquent, il faut ici nous en remettre à l'article 5 2. b) de la directive 2001/29 qui, rappelons-le, est d'interprétation stricte²⁷. Selon ce texte, les reproductions qui entrent dans le champ de l'exception sont celles qui sont « effectuées sur tout support par une personne physique pour un usage privé et à des fins non directement ou indirectement commerciales ». À ces conditions, il nous faut également ajouter celle de la source licite posée en jurisprudence²⁸ et nous obtenons alors la définition complète de l'exception qui, aux yeux de ceux qui défendent cette thèse, recèle une incompatibilité manifeste avec le *tethered download*²⁹.

Afin d'aller dans ce sens, il est possible d'avancer qu'une copie hors ligne n'est pas réalisée par une personne physique, mais par la plateforme elle-même, pour le compte de son abonné. De plus, cet abonné ne possède pas la source de la copie ; copie sur laquelle il n'a pas de contrôle total, elle qui n'est qu'une copie limitée et non-permanente, dépendante d'un accès régulier à Internet et du paiement d'un abonnement³⁰.

En outre, les copies hors ligne font déjà l'objet d'une rémunération par licence³¹, ce qui paraît incompatible avec la vocation première de la copie privée qui est d'indemniser un préjudice³², d'autant que le versement de toute compensation au titulaire pourrait alors s'apparenter à un double paiement, ce qui serait excessif³³.

Enfin, il n'est un secret pour personne que si des mesures techniques de protection permettent de prévenir les risques de copies privées, alors la compensation attachée à l'exception « perd une partie de sa justification »³⁴. Or, de par leur nature, les copies hors ligne sont toujours protégées par d'importantes mesures techniques.

En apparence, les arguments ne manquent donc pas pour exclure purement et simplement les copies hors ligne du champ d'application de l'exception de copie privée. Toutefois, si ce sont les textes qui consacrent les exceptions, ce sont les juges qui les interprètent ; une interprétation qui se doit, certes, d'être stricte, mais qui ne doit pas pour autant pécher par excès.

B) La défiance permise envers toute interprétation trop rigoureuse de l'exception de copie privée

²⁷V. par ex. CJUE, 10 avr. 2014, C-435/12, ECLI:EU:C:2014:254, *ACI Adam*.

²⁸CJUE, 10 avr. 2014, C-435/12, ECLI:EU:C:2014:254, *ACI Adam*.

²⁹V. A. Strowel, *Private Copying Levies Do Not Apply in the Case of Streaming*, 2020, DIGITALEUROPE.

³⁰V. *supra*.

³¹V. *supra*.

³²V. en ce sens CJUE, 21 oct. 2010, C-467/08, ECLI:EU:C:2010:620, *Padawan*.

³³V. Considérant 35 de la directive 2001/29.

³⁴C. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, LexisNexis, 6^e ed., 2020, p. 374. ; V. aussi A. Lucas, A. Lucas-Schloetter et C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 5^e ed., 2017, p. 411.

Ces dernières années, la Cour de justice s'est révélée particulièrement friande du recours au principe de neutralité technologique pour apprécier le champ de l'exception de copie privée³⁵.

D'une manière générale, la neutralité technologique est un principe selon lequel le recours à une technologie ne doit pas être privilégié au détriment d'une autre. Il s'illustre notamment en droit d'auteur au considérant 5 de la directive 2001/29 qui pose que les règles en la matière doivent « être adaptées et complétées pour tenir dûment compte [de] l'apparition de nouvelles formes d'exploitation » dans un contexte d'« évolution technologique ».

Ainsi, c'est par exemple du respect de la neutralité technologique que la Cour de justice est venue déduire, dans l'arrêt *Strato*³⁶, qu'une copie privée pouvait être une copie dans le *cloud*. Il en ressort sans mal qu'avec ce principe en filigrane, la balance ne penche plus aussi nettement qu'avant en faveur du droit exclusif pour ce qui concerne le *tethered download*.

De toutes les tares que certains attribuent aux copies hors ligne, la plus lourde à porter est sans doute le caractère limité que revêtent ces copies. À en croire ceux qui rejettent l'application de la copie privée, ce caractère ferait obstacle à l'exception. Pourtant, rien dans les termes de l'article 5 2. b) de la directive 2001/29 ne vient le soutenir³⁷.

Si nous nous référons à l'arrêt *Strato*, le *cyberlocker*³⁸ qui était en cause dans cette affaire proposait à ses clients des espaces de stockage dans le *cloud* contre un abonnement. Par conséquent, les copies n'étaient pas permanentes. Elles dépendaient de la durée de l'abonnement. Reste qu'il s'agit bien de copies privées pour la Cour de justice, alors même que ces copies se trouvent dans les nuages, et non sur un appareil tangible, ce qui est au contraire le cas des copies hors ligne.

À cet argument, il serait possible de répliquer que l'utilisateur d'un *cyberlocker* peut extraire comme il le souhaite les copies de son espace de stockage, ce que ne peut pas faire l'abonné à une plateforme de streaming³⁹. Il existe cependant une hypothèse de copies limitées soumises au régime de la copie privée en droit d'auteur européen : les fameux magnétoscopes numériques en ligne (ou NPVR⁴⁰).

Certains de ces services, qui permettent à leurs usagers d'enregistrer des programmes télévisés et de les stocker dans un *cloud*, sont par exemple tributaires de la rémunération pour copie privée en

³⁵V. par ex. CJUE, 24 mars 2022, C-433/20, ECLI:EU:C:2022:217, *Austro-Mechana c/ Strato AG*.

³⁶V. A. Lucas-Schloetter, note sous CJUE, 24 mars 2022, *Austro-Mechana c/ Strato*, C-433/20 : *Propr. intell.* 2022, n°84, p. 57-60.

³⁷Il n'y est question, ni d'une exigence de permanence des copies, ni d'une exigence de contrôle sur celles-ci.

³⁸Site d'hébergement de fichiers proposant à ses clients des espaces de stockage individualisés dans le *cloud*.

³⁹Le niveau de contrôle sur les copies diverge. ; V. *supra*.

⁴⁰Abbréviation de *network personal video recorder*.

France⁴¹. Sous couvert de la neutralité technologique, il y a ici une volonté de traiter ces enregistreurs numériques comme n'importe quel enregistreur analogique.

Molotov TV⁴² est le service emblématique de NPVR français auquel s'applique cette réglementation et ce qui est frappant avec cette plateforme, c'est que les copies réalisées grâce à elle apparaissent tout aussi limitées que les copies hors ligne. En plus d'être dépendantes du prix d'un abonnement, elles sont enfermées dans l'univers de l'application Molotov.

Contrairement à d'autres, nous aurons bien compris que le législateur français ne s'embarrasse pas du caractère limité, et la Cour de justice elle-même semble tentée de s'orienter en ce sens, bien qu'elle peine à franchir le pas. L'occasion manquée de l'arrêt *VCAST* en 2017 de statuer sur le sort des copies en matière de NPVR ne cesse de se faire ressentir⁴³.

Néanmoins, la brèche ouverte par l'arrêt *Strato* est immense⁴⁴ et des législations similaires à la législation française se rencontrent dans d'autres États membres, comme en Suisse ou aux Pays-Bas⁴⁵. Affaire à suivre donc, mais il nous semble que le caractère limité d'une copie ne peut plus être invoqué comme un argument infaillible pour exclure la copie privée.

Vient ensuite la problématique du copiste que notre droit européen exige être une personne physique⁴⁶. Il convient là de ne pas se laisser abuser. L'analyse qui conduit à retenir que l'abonné n'intervient pas techniquement dans le processus du *tethered download* et que c'est en conséquence la plateforme qui réalise la copie ne peut être perçue que comme désuète.

Si le copiste doit être une personne physique, la Cour de justice admet qu'il puisse réaliser la copie « à partir ou à l'aide d'un dispositif qui appartient à un tiers »⁴⁷. Or, dans le cas des copies hors ligne, c'est bien l'abonné qui télécharge la copie sur son appareil pour son usage privé. La plateforme ne fait, au fond, que lui fournir le dispositif technique nécessaire à la copie, ce qui n'empêche pas cette copie d'être une copie privée.

⁴¹Articles L. 311-4 et L. 331-9 du Code de la propriété intellectuelle depuis leur modification par la loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016. ; V. sur ce point G. Vercken, « L'incertitude des contrats Cloud sur les contenus : le cas topique de l'enregistreur vidéo en réseau (NPVR) après la loi du 7 juillet 2016 » : *Daloz IP/IT*. 2016, p. 467.

⁴²Molotov TV. En ligne. <https://www.molotov.tv/> Consulté le 28 février 2024.

⁴³Dans l'arrêt *VCAST*, la CJUE aurait pu statuer sur le sort des copies réalisées grâce à un NPVR, mais au lieu de cela, elle a préféré écarter cette question pour centrer sa solution sur la seule communication au public du fait de la nature particulière du service VCAST, alors même que l'exception de copie privée aurait pu trouver à s'appliquer. ; V. sur ce point C. Bernault, note sous CJUE, 29 nov. 2017, *VCast Limited*, C-265/16 : *Propriété intellectuelle*. 2018, n°67, p. 48-50.

⁴⁴Il est légitime de penser que la CJUE n'était pas encore disposée, dans l'arrêt *VCAST*, à reconnaître qu'une copie privée pouvait être une copie réalisée dans le *cloud*, ce qui est maintenant chose faite avec l'arrêt *Strato*.

⁴⁵V. BIEM, CISAC et Stichting de Thuiskopie, *Private Copying Global Study*, 2020.

⁴⁶V. *supra*.

⁴⁷CJUE, 5 mars 2015, C-463/12, ECLI:EU:C:2015:144, *Copydan Båndkopi*.

Par ailleurs, si la source de cette copie respecte l'exigence de licéité, force est de constater que ce n'est pas l'abonné qui la possède, mais là encore, une telle possession n'est pas une exigence de la définition de l'exception⁴⁸. Seule une source licite est exigée par la jurisprudence.

Que dire, pour finir, de la rémunération par licence et des mesures techniques de protection ? Sur le second point d'abord, garde à ne pas commettre d'erreur de raisonnement. La protection par mesures techniques des copies hors ligne vise à empêcher que l'abonné puisse sortir ces copies de l'univers fermé de l'application ou qu'il puisse y accéder s'il ne paye plus son abonnement⁴⁹.

Ces mesures techniques n'ont, en revanche, aucune incidence sur les actes de reproduction à l'origine des copies hors ligne⁵⁰. Dès lors, si la pertinence de l'exception de copie privée peut être questionnée à l'égard d'un support protégé dont il apparaît impossible de faire une copie⁵¹, tel n'est pas le cas pour le *tethered download*. Les mesures techniques de protection attachées à ce processus ne recherchent qu'à empêcher des actes de reproduction subsidiaires à une reproduction préalable ne faisant, pour sa part, l'objet d'aucune limitation.

Prendre en compte les mesures techniques qui protègent les copies hors ligne sera, le cas échéant, nécessaire pour évaluer la compensation équitable⁵², mais leur simple existence ne peut suffire à remettre en cause la raison d'être de la copie privée en matière de *tethered download*.

Sur le premier point maintenant, il serait tentant de se limiter à répéter que les conventions n'ont qu'un effet relatif et que les licences d'aujourd'hui pourraient très bien être *contra legem* demain. Cela étant, ce serait occulter les incertitudes qui planent en matière de liberté contractuelle sur la compensation équitable. Nous choisirons donc de poursuivre cette réflexion en seconde partie.

Pour ce qui est de l'appréhension des copies hors ligne, nous ressortons de ce tour d'horizon avec, comme souvent en droit, la prudence pour mot d'ordre. Car s'il peut paraître aisé, au premier abord, de repousser la copie privée à l'évocation du *tethered download*, le vent qui souffle actuellement sur le droit d'auteur européen pourrait bien en décider tout autrement.

⁴⁸Par le passé, certains ont pu s'interroger sur la conformité au triple test d'une copie privée dont la source n'aurait pas été acquise à titre onéreux par le copiste, mais il en est ressorti qu'il suffisait, pour être conforme, que le support de la copie s'acquitte de la compensation équitable. ; V. en ce sens A. Lucas, A. Lucas-Schloetter et C. Bernault, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 5e ed., 2017, p. 399.

⁴⁹Les mesures techniques de protection visent aussi à bloquer l'accès à la copie au bout d'un certain temps (30 jours en moyenne) si l'utilisateur reste trop longtemps sans connexion Internet, ce afin d'éviter tout abus, mais aussi afin de récupérer les données de lecture des copies hors ligne. ; V. *infra*.

⁵⁰Ce qui coule de source en sachant qu'il s'agit d'une faculté pour laquelle l'abonné paye son abonnement.

⁵¹Les mesures techniques de protection sur les DVD étaient par exemple si efficaces qu'elles avaient conduits en France à la célèbre affaire *Mulholland Drive*. ; V. Cour de cassation, Chambre civile 1, 28 février 2006, 04-12.736.

⁵²Conformément au considérant 35 de la directive 2001/29.

Devant tant d'incertitudes, une chose demeure toutefois certaine : l'apparence salvatrice que certains attachent à la perspective d'une application de l'exception, en raison de la compensation équitable, n'est pas sans danger.

II/ Les dangers de l'apparence salvatrice de la « compensation équitable » face aux géants du streaming

Les titulaires de droits le savent, copie privée rime toujours avec compensation équitable. Nous pouvons néanmoins douter que cette compensation soit la réponse adaptée aux difficultés des artistes musicaux face aux géants du streaming, comme eux semblent le croire. Si l'enjeu de leur rémunération ne saurait être ignoré (B), le rôle alloué aux licences contractuelles dans le *tethered download* doit nous interpeller et nous conduire au préalable à la réminiscence des relations tumultueuses entre exceptions et liberté contractuelle (A).

A) La réminiscence des relations tumultueuses entre exceptions et liberté contractuelle

La houle des débats doctrinaux au sujet de la « contractualisation des exceptions »⁵³ ne date pas d'hier ; débats qui avaient été exacerbés à l'époque de l'adoption de la directive 2001/29 par son harmonisation parcellaire – et somme toute relative – des exceptions au droit d'auteur.

À la lecture de ce texte, une place de choix semble en effet laissée à la possibilité d'organiser contractuellement les exceptions⁵⁴, que ce soit dans la formulation de plusieurs considérants⁵⁵ ou articles⁵⁶. En outre, la directive ne prend pas la peine de se positionner sur le caractère impératif ou supplétif des exceptions qu'elle consacre, ce qui est facteur d'ambiguïté. Il n'en fallait pas plus à la doctrine pour se demander jusqu'où pouvait aller la limitation des exceptions par voie contractuelle.

Les copies hors ligne appellent inévitablement à se replonger dans les mêmes interrogations. À supposer que l'exception de copie privée trouve à s'appliquer au *tethered download*, les licences d'exploitation conclues avec les plateformes ne pourraient-elles pas venir considérablement en réduire l'impact ?

⁵³ M. Buydens et S. Dusollier, « Les exceptions au droit d'auteur dans l'environnement numérique : évolutions dangereuses » : *Comm. com. électr.* 2001, chron. 22.

⁵⁴ V. en ce sens S. Dusollier, « La contractualisation de l'utilisation des œuvres et l'expérience belge des exceptions impératives » : *Propri. intell.* 2007, n° 25, p. 443-452.

⁵⁵ Notamment les considérants 35 et 45 de la directive 2001/29.

⁵⁶ Comme la possibilité laissée à l'article 6 4. alinéa 4 de la directive de substituer un régime contractuel au régime légal en matière de mesures techniques de protection pour les services à la demande.

Revenons-en ici à l'argument selon lequel l'application de l'exception serait injustifiée du fait de l'existence d'une rémunération par licence sur les copies hors ligne⁵⁷.

Dans ce contexte, il est exact de considérer que verser une compensation au titre de la copie privée relèverait d'un double paiement, mais la volonté de ceux qui prêchent pour appliquer l'exception n'a jamais été de faire coexister la rémunération en vigueur avec la compensation équitable. D'ailleurs, d'aucuns pourraient estimer que si les copies hors ligne se révélaient être des copies privées, les titulaires n'auraient plus de raison d'être rémunérés par licence sur le droit de reproduction, ce qui réglerait toute crainte de double paiement.

Ce qui peut en revanche paraître troublant, c'est de chercher à compenser un préjudice fantôme, car en ce qui concerne les copies hors ligne, nous disposons de la possibilité matérielle de suivre l'exploitation des copies et de faire varier la rémunération en fonction⁵⁸. Ceci à l'esprit, si le périmètre de l'exception venait à atteindre les copies hors ligne, la rémunération par licence d'ores et déjà en vigueur pourrait sûrement constituer une « compensation équitable » en elle-même.

Si la Cour de justice reconnaît en la compensation équitable une notion autonome du droit de l'Union⁵⁹, elle laisse malgré tout une grande marge de manœuvre aux États membres pour la mettre en œuvre, ne leur imposant que l'obligation d'arriver au résultat de l'indemnisation des titulaires⁶⁰.

Ajouté à cela, la directive 2001/29 permet d'organiser contractuellement la compensation équitable⁶¹ et ne pose en aucun cas que l'exception de copie privée serait impérative. Ce point fait l'objet d'avis divergents, mais là où certaines exceptions peuvent se vanter de n'être qu'un prolongement d'une liberté fondamentale pour asseoir leur impérativité⁶², la copie privée ne peut s'offrir ce luxe, ce qui a tendance à pousser la doctrine à la considérer comme supplétive⁶³.

Il est certain qu'il existe des arguments pour défendre une forme d'intérêt d'ordre public dans la copie privée⁶⁴. Pour autant, cette dernière peut difficilement ne pas apparaître comme l'exception par excellence dont la fixation des modalités est laissée au bon vouloir des parties. Dès lors, la rémunération prévue par licence sur les copies hors ligne, assortie au paiement par les utilisateurs

⁵⁷V. *supra*.

⁵⁸En obligeant l'abonné à se connecter tous les 30 jours en moyenne pour accéder à ses copies hors ligne, les plateformes peuvent récolter les données de lecture sur ces copies afin de calculer le nombre d'écoutes sur chaque morceau et rémunérer les ayants-droits en conséquence. ; V. *infra*.

⁵⁹CJUE, 21 oct. 2010, C-467/08, ECLI:EU:C:2010:620, *Padawan*.

⁶⁰CJUE, 16 juin 2011, C-462/09, ECLI:EU:C:2011:397, *Stichting de Thuiskopie*.

⁶¹V. Considérant 45 de la directive 2001/29.

⁶²Comme les exceptions de parodie, caricature et pastiche qui se fondent sur la liberté d'expression.

⁶³M. Buydens et S. Dusollier, « Les exceptions au droit d'auteur dans l'environnement numérique : évolutions dangereuses » : *Comm. com. électr.* 2001, chron. 22.

⁶⁴V. A. Lucas, *J.-Cl. Prop. litt. art.*, fasc. 1248, 2023, § 26.

finaux de leurs abonnements⁶⁵, semble déjà permettre une indemnisation plus qu'effective des titulaires de droits, comme l'exige le droit d'auteur européen.

Il est bien entendu à débattre de si tant de pouvoir peut être laissé aux parties, l'obligation de parvenir à une indemnisation des titulaires ne pesant pas sur elles, mais sur les États membres. La Cour apprécierait-elle que la liberté laissée aux États dans l'arrêt *Padawan* profite aux parties, en plus de profiter aux législateurs nationaux ?

Quoi qu'il en soit, la lettre de la directive semble permettre de considérer la rémunération par licence telle qu'elle existe aujourd'hui comme une compensation équitable, peu importe que cela ait pour conséquence de limiter les sommes perçues par les titulaires de droits au bout du compte⁶⁶, à moins bien sûr de considérer l'exception comme impérative.

En tout état de cause, le rôle prépondérant laissé aux licences en matière de copies hors ligne pourrait permettre aux plateformes de minimiser l'impact de l'exception de copie privée en conduisant au maintien d'un *statu quo*. Nous ne pouvons alors qu'imaginer l'importance qu'aurait une fois de plus la négociation collective pour défendre les intérêts des titulaires.

Cela étant, est aussi à prendre en considération la direction dans laquelle s'oriente le législateur européen avec la directive (UE) n° 2019/790, dite directive DAMUN, entre volonté d'empêcher tout déséquilibre excessif en défaveur des artistes dans les contrats de licence⁶⁷ et consécration de nouvelles exceptions avec un caractère impératif assumé⁶⁸.

Sans tirer de conclusions hâtives de ce texte, il nous est permis de penser que les plateformes ne pourraient pas, si elles le désiraient, tenter de réduire à l'excès la portée de l'exception au nom de la liberté contractuelle, d'autant que le risque de succomber à l'abus de droit serait alors grand⁶⁹.

Du reste, peut-être le législateur européen se décidera-t-il bientôt à venir dépoussiérer la directive 2001/29, elle qui nous fait regretter en l'état l'échec de l'harmonisation des exceptions, tant son interprétation est ouverte à toutes les fantaisies. En attendant, force est de constater que les nuages amoncelés au-dessus de la rémunération des artistes risquent de subsister dans le paysage musical, que les copies hors ligne se révèlent ou non être des copies privées.

B) La juste rémunération des artistes musicaux, véritable épée de Damoclès

⁶⁵Comme chacun le sait, la compensation équitable est toujours répercutée sur le consommateur final, bénéficiaire de l'exception de copie privée. ; V. C. Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, LexisNexis, 6^e ed., 2020, p. 379.

⁶⁶Il est certain qu'une compensation légale serait bien plus lucrative pour les titulaires qu'une compensation contractuelle. ; V. *infra*.

⁶⁷V. Considérant 72 de la directive 2019/720.

⁶⁸Les exceptions prévues aux articles 3, 5 et 6 de la directive 2019/790 sont impératives.

⁶⁹V. A. Lucas, *J.-Cl. Prop. litt. art.*, fasc. 1248, 2023, § 27.

Dans le streaming musical par abonnement, il est estimé que la plateforme conserve sur le prix d'un abonnement standard (après les taxes) entre 30 et 35 % du prix, tandis que la part restante, communément appelée le *royalty pot*, est reversée au reste des acteurs impliqués⁷⁰.

Ce *royalty pot* varie en fonction du nombre d'écoutes et du type de licences conclues avec les plateformes, mais près de 80 % de son contenu revient toujours aux labels et aux interprètes – dont plus de deux tiers rien qu'aux labels –, tandis que seulement 20 % est dévolu aux auteurs et éditeurs de musique, ce qui équivaut à 15 % du pot global⁷¹.

Ces chiffres en tête, il serait feint de s'estimer surpris des difficultés mises en lumière par le Parlement européen dans son rapport de janvier⁷², comme il serait feint de ne pas faire le lien avec les motivations qui guident les titulaires de droits dans leur souhait de voir s'appliquer l'exception de copie privée aux copies hors ligne. Comme l'expose très justement le professeur Christophe Caron, la compensation équitable « est toujours une question sensible du fait des sommes importantes qu'elle engendre » et les « débats relatifs à la copie privée » sont bien souvent « guidés par des considérations propres au destin de cette [compensation] »⁷³.

Néanmoins, le bénéfice pour les artistes d'une application de la copie privée au *tethered download* se doit d'être relativisé. À supposer que le droit d'auteur européen évolue dans ce sens, nous avons vu que la compensation équitable pourrait ne pas être légale, mais contractuelle. Or, si tel était le cas, cela risquerait de ne rien changer ou presque à la rémunération, puisque les artistes toucheraient des sommes équivalentes à celles qu'ils perçoivent déjà grâce aux licences.

Ce dont les titulaires rêvent, c'est d'une compensation légale qui prendrait en compte, dans son calcul, le pouvoir sur le marché des géants du streaming. C'est ce qu'on retrouve en France pour calculer les sommes dues par les services de NPVR en mesurant le « nombre d'utilisateurs du service de stockage »⁷⁴. Il ne fait aucun doute que dans cette éventualité, les artistes ressortiraient grands gagnants, mais il faut aussi garder à l'esprit que l'exception de copie privée n'a pas vocation à rémunérer les artistes⁷⁵.

⁷⁰DCMS Committee in the British Parliament, Economics of music streaming (Second Report of Session 2021–22), 2021, p. 16-17.

⁷¹BPI, Submission to the DCMS Select Committee: Inquiry into the Economics of Music Streaming, 2020, p. 25.

⁷²V. *supra*.

⁷³C. Caron, Droit d'auteur et droits voisins, LexisNexis, 6e ed., 2020, p. 373. ; Cette citation, propre à l'équivalent français de la compensation équitable qu'est la rémunération pour copie privée, se vérifie dans l'ensemble du droit d'auteur européen.

⁷⁴Article L. 331-9 du Code la propriété intellectuelle.

⁷⁵Entre indemnisation et redevance, la CJUE a fait son choix (CJUE, 21 oct. 2010, C-467/08, ECLI:EU:C:2010:620, *Padawan*).

Ce à quoi nous assistons avec le *tethered download*, c'est en fait une forme de dégénérescence du droit d'auteur. L'exception de copie privée avait été instaurée pour compenser l'impossibilité du droit exclusif d'atteindre les exploitations dans la sphère privée, et aujourd'hui, les titulaires se retrouvent à envier une amputation encore plus grande de leur droit exclusif. Autant dire qu'il y a de quoi nous interpeller.

D'une étrange façon, plane dans l'air le sentiment que considérer les copies hors ligne comme des copies privées pourrait s'avérer être un faux remède à des maux bien réels. Nous ne doutons pas que la Cour de justice, animée entre autres par le respect de la neutralité technologique, pourrait finir par admettre que l'article 5 2. b) de la directive 2001/29 englobe le *tethered download*. Ce dont nous doutons, c'est de l'opportunité de cette évolution.

Que les conditions de la copie privée puissent être remplies par les copies hors ligne est une chose. Qu'il soit satisfaisant d'appréhender les copies hors ligne comme des copies privées en est une autre. Nul ne peut nier que l'exception de copie privée n'a pas été conçue pour s'appliquer à des copies qu'il est possible de suivre à la trace sur le plan technique. Il nous faut certes accepter que nous assistons à une mutation de l'exception de copie privée, mais peut-être nous faut-il aussi réfléchir à jusqu'où nous souhaitons pousser le principe de neutralité technologique dans notre droit.

La menace que fait peser, sur les artistes, l'enjeu d'une juste rémunération continuera d'exister, copie privée ou non. À ce titre, il nous apparaît que la priorité doit être de garantir une meilleure rémunération aux créateurs de musique par des biais plus adaptés que l'application d'une exception au droit d'auteur.

La rémunération « appropriée et proportionnelle »⁷⁶ consacrée par la directive DAMUN montre à ce propos le souci du législateur européen de répondre aux préoccupations des auteurs et des artistes-interprètes⁷⁷. Les effets de la rémunération appropriée commencent déjà à porter leurs fruits dans le streaming musical avec, par exemple, l'adoption en France d'une rémunération minimale streaming pour les artistes-interprètes⁷⁸, mais la route sera, de toute évidence, encore longue et tortueuse.

⁷⁶Article 18 de la directive 2019/790.

⁷⁷V. Considérant 73 de la directive 2019/790.

⁷⁸V. sur ce point J. Bacouelle, « Accord sur le streaming musical : la reconnaissance d'une garantie de rémunération minimale au profit des artistes » : *LPA*. 2022, n°10, p. 8-11.

Modèles d'abonnements variables⁷⁹, réduction du déséquilibre dans la répartition des revenus, droit à rémunération soumis à la gestion collective obligatoire comme en Espagne⁸⁰ : les pistes de réflexion pour la suite sont multiples. Il est en tout cas heureux de constater qu'avec la directive DAMUN, des perspectives encourageantes semblent se dessiner à l'horizon pour la rémunération des artistes musicaux.

Dans l'attente de nouvelles évolutions, il n'appartient plus qu'aux États membres d'être à la hauteur des enjeux et à l'Union européenne de s'assurer que le streaming musical par abonnement continuera d'évoluer vers une plus juste répartition des sommes colossales qu'il génère.

⁷⁹V. sur ce point Rapport GESAC, Study on the place and role of authors and composers in the European music streaming market, 2022. ; À noter qu'il apparaît préférable de proposer des modèles d'abonnements variables, plutôt que de simplement augmenter le prix de tous les abonnements, afin que le streaming musical demeure une offre légale la plus attractive possible. Car, comme nous le savons, l'attractivité des offres légales participe indirectement de la lutte contre la contrefaçon (V. par ex. EUIPO, Online Copyright Infringement in the European Union, 2023).

⁸⁰V. sur ce point J. Bacouelle, « Streaming et droits des artistes-interprètes de la musique : vers une évolution des normes internationales ? » : *LPA*. 2022, n°2, p. 20-24.