

Avis n° 2014-1 relatif à l'exception de copie privée des programmes télévisés.

Le Collège de la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet,

Vu la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation du droit d'auteur et des droits voisins ;

Vu le code de la propriété intellectuelle, notamment ses articles L. 331-13, L. 331-31 et L. 331-36;

Vu les demandes d'avis enregistrées par la Haute Autorité le 2 mai 2013 et le 14 février 2014,

Après avoir entendu le rapporteur et en avoir délibéré le 11 septembre 2014 en présence de : Marie-Françoise MARAIS, Christian PHELINE, Anne-Elisabeth CREDEVILLE, Jean BERBINAU, Denis RAPONE, Bernard TRANCHAND, Alain LEQUEUX, Didier MATHUS.

Considérant ce qui suit :

1. La Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet (Hadopi) a été saisie le 2 mai 2013 d'une demande d'avis relative à l'exception de copie privée des programmes télévisés reçus en ADSL par l'intermédiaire du fournisseur d'accès à internet (ci-après « FAI » et « télévision par ADSL »). L'auteur de la saisine se plaint de ce que l'enregistrement des programmes en format numérique n'est possible qu'à partir de l'enregistreur¹ intégré au matériel fourni par le FAI et que les copies sont soumises à des restrictions d'usage au moyen de mesures techniques de protection. L'auteur de la saisine s'interroge sur la licéité de ces restrictions à la faculté de copie privée et demande en substance au Collège :
 - si un FAI est en droit d'apposer des mesures techniques de protection restreignant les facultés de copie privée des programmes, qu'ils soient reçus par « flux IP » ou par « flux TNT », qu'il s'agisse de chaînes gratuites ou de chaînes payantes ;
 - comment assurer l'interopérabilité des enregistrements réalisés, y compris en cas de changement de fournisseur.
2. Le 14 février 2014, l'Hadopi a été saisie d'une demande d'avis relative à l'exception de copie privée des programmes télévisés reçus par satellite, au moyen d'un récepteur satellite acquis dans le commerce. L'auteur de la saisine se plaint de restrictions analogues dans l'usage des copies réalisées à partir de l'enregistreur intégré à son récepteur satellite et interroge la Haute Autorité sur la légalité de ces mesures techniques de protection qui constituent, selon lui, « *une atteinte au droit de la copie privée* ».
3. Ces deux saisines posent des questions similaires relatives au contenu de l'exception de copie privée et aux restrictions qui peuvent y être légalement apportées. Elles rejoignent des interrogations déjà signalées à l'Hadopi par les professionnels du secteur de la télévision dans le cadre de son chantier *Exceptions au droit d'auteur et aux droits voisins*.
4. Le Collège de l'Hadopi, qui est investi d'une mission de régulation des mesures techniques de protection définie par les articles L. 331-31 et suivants du code de la propriété intellectuelle, constate que les auteurs de la saisine sont des bénéficiaires de l'exception de copie privée définie aux 2° des articles L. 122-5 et L. 211-3 du code de la propriété intellectuelle et peuvent, à ce titre, la saisir, en application de l'article L. 331-36 du même code de « *toute question relative à la mise en œuvre effective de cette exception* ». Les saisines répondent aux conditions de recevabilité posées, notamment, par l'article R. 331-56 du code de la propriété intellectuelle. Le Collège décide de les joindre pour y répondre par un même avis.

¹ En anglais *personal video recorder (PVR)*

Sur le cadre juridique de l'exception de copie privée des programmes télévisés :

L'exception de copie privée instituée par le législateur français :

5. Le législateur français a institué une exception dite de copie privée, définie par l'article L. 122-5 du code de la propriété intellectuelle, aux termes duquel « *l'auteur ne peut interdire : (...) 2° les copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective* » ; la même exception est prévue à l'article L. 211-3 du même code pour les droits voisins.
6. Le législateur français a, en outre, dans le but de maintenir la faculté historique de copie privée des programmes télévisés, y compris sur support numérique, prévu à l'article L. 331-9 du code de la propriété intellectuelle, dans sa rédaction issue de l'article 2 de la loi n° 2009-669 du 12 juin 2009, que « *Les éditeurs et les distributeurs de services de télévision ne peuvent recourir à des mesures techniques qui auraient pour effet de priver le public du bénéfice de l'exception pour copie privée, y compris sur un support et dans un format numérique, dans les conditions mentionnées au 2° de l'article L. 122-5 et au 2° de l'article L. 211-3* ».
7. En contrepartie de l'exception de copie privée, le législateur a introduit, par la loi n° 85-660 du 3 juillet 1985², une rémunération à raison des copies privées réalisées à partir des phonogrammes et des vidéogrammes, qui vient compenser le préjudice subi par les ayants droit. Conformément au droit européen, qui connaît également l'exception de copie privée, le montant de cette rémunération doit tenir compte « *du degré d'utilisation des mesures techniques de protection (...) et de leur incidence sur les usages relevant de l'exception pour copie privée* »³. En effet, les dispositions de l'article 6 de la directive 2001/29/CE protègent la faculté des ayants droit d'utiliser des mesures techniques de protections destinées « *à empêcher ou à limiter (...) les actes non autorisés par le titulaire d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin* ».

Les limitations de la faculté de copie privée des œuvres en application du « test en trois étapes » :

8. Les stipulations de l'article 9 de la convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques prévoient que les parties à cette convention ne peuvent porter atteinte au droit exclusif d'autoriser la reproduction des œuvres que dans des « *cas spéciaux* » et pourvu que la reproduction licite sans autorisation « *ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur* ». Ce principe, dit du « test en trois étapes », est rappelé aux articles L. 122-5 et L. 211-3 du code de la propriété intellectuelle. Il s'ensuit qu'ainsi que le jugent le Conseil constitutionnel (n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006) et la Cour de cassation (civ. 1ère, 28 février 2006, n° 05-15.824 et 05-16.002) l'auteur peut limiter voire interdire la copie privée de son œuvre par des mesures techniques de protection, lorsque ces copies causeraient un préjudice injustifié ou une atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre, laquelle « *s'apprécie au regard des risques inhérents au nouvel environnement numérique* ». Dans sa décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, le Conseil constitutionnel a estimé qu'il est permis de recourir à des mesures techniques « *limitant le bénéfice de l'exception à une copie unique, voire faisant obstacle à toute copie, dans les cas particuliers où une telle solution serait commandée par la nécessité d'assurer l'exploitation normale de l'œuvre ou par celle de prévenir un préjudice injustifié à leurs intérêts légitimes* ». Par ailleurs, l'article L. 331-7 du code de propriété intellectuelle précise que les ayants droit peuvent recourir à des mesures techniques qui ont pour « *objectif de limiter le nombre de copies* », à condition de ne pas priver les bénéficiaires de l'exception de copie privée.

Sur les possibilités actuelles de copie privée des programmes télévisés reçus par ADSL et satellite, et leur variété :

9. Les programmes audiovisuels peuvent être diffusés selon plusieurs technologies. La copie de ces programmes elle-même peut être analogique ou numérique. Il en résulte une grande variété des possibilités de copie privée selon le mode de communication du contenu envisagé et le type de copie. Par ailleurs, les services reposant sur un accès à distance à l'œuvre se développent.
10. S'agissant de la copie privée numérique, les descriptions des auteurs des deux saisines, complétées des éléments recueillis lors de l'instruction, montrent que la faculté de copie des programmes

² Loi n° 85-660 du 3 juillet 1985 relative aux droits d'auteur et aux droits des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle.

³ Article L. 311-4 *in fine* du CPI.

télévisés reçus par ADSL et satellite est limitée par diverses mesures techniques de protection. Ces mesures varient d'un équipement à l'autre et d'un fournisseur à l'autre et résultent généralement de demandes des ayants droit. Les principales restrictions à la copie privée numérique sont les suivantes :

- le téléspectateur ne peut généralement enregistrer le programme que sur l'enregistreur intégré à son récepteur ou éventuellement sur un disque externe pour augmenter la capacité de stockage de l'enregistreur ;
 - les copies numériques ne peuvent généralement être lues qu'à partir du matériel qui les a réalisées ou en relation avec lui ; ces enregistrements ne sont pas interoperables avec d'autres systèmes de lecture ; il en résulte également que le changement de fournisseur, voire parfois le simple remplacement du récepteur, implique la perte de tous les enregistrements réalisés.
11. Ainsi, il résulte de l'instruction qu'il est toujours possible de réaliser au moins une copie numérique des programmes télévisés reçus par ADSL ou satellite mais que ces copies font le plus souvent l'objet d'importantes restrictions d'usage qui limitent l'interopérabilité et la conservation des fichiers.
 12. Lors de l'instruction de la saisine, il est apparu que certains FAI autorisent la réalisation d'une copie analogique et non protégée du programme télévisé. Toutefois, la réalisation d'une copie analogique présente des contraintes de réalisation particulières et le résultat est de moindre qualité par rapport à la copie numérique.
 13. Enfin, il faut signaler que les programmes des chaînes gratuites de la TNT reçues par le biais de décodeurs TNT sont non protégés et donc copiables sans restriction sur les enregistreurs commercialisés à cet effet. Ainsi, l'auteur de la première saisine interroge le Collège sur la possibilité pour un FAI de crypter l'ensemble des chaînes, y compris les chaînes gratuites et les chaînes reçues par l'entrée TNT du boîtier fourni par le FAI, dans un contexte où les chaînes gratuites peuvent être librement copiables sur la TNT reçue avec un récepteur acheté dans le commerce.
 14. L'examen des questions posées par les saisines nécessite, d'une part, de rechercher les qualités que le législateur a voulu attacher à la copie privée et, d'autre part, de garder à l'esprit que ce contenu doit rester compatible au « test en trois étapes ». En d'autres termes, l'exception de copie privée ne doit pas, dans les faits, porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre, ni causer un préjudice injustifié aux auteurs et doit rester à l'intérieur d'un cas spécial. Par conséquent, les restrictions à la copie qui seraient imposées par le souci d'assurer la compatibilité de la copie privée au test des trois étapes seraient légitimes.

Sur les qualités de la copie privée de programmes audiovisuels :

15. Le Collège relève que le législateur a institué un unique régime de la copie privée pour l'ensemble des œuvres concernées, quel que soit leur support, sans poser de limites en terme de conservation ou d'interopérabilité, à condition que la copie soit strictement réservée à l'usage privé du copiste. L'article L. 331-5 du code de la propriété intellectuelle dispose que les mesures techniques « *ne doivent pas avoir pour effet d'empêcher la mise en œuvre effective de l'interopérabilité, dans le respect du droit d'auteur* » et « *ne peuvent s'opposer au libre usage de l'œuvre* » dans les limites instituées par le droit de la propriété littéraire et artistique. Par ailleurs, cet usage fait l'objet, dans les conditions prévues à l'article L. 311-1 du même code, d'une rémunération qui doit compenser le préjudice subi par les ayants droit.
16. S'agissant de la copie privée des programmes télévisés, les travaux préparatoires de l'article L. 331-9 du code de la propriété intellectuelle cité ci-dessus montrent que le législateur a entendu garantir, dans la mesure du possible, une continuité entre les copies analogiques et les copies numériques. Or, la faculté de réaliser des copies analogiques au moyen de magnétoscopes n'était pas limitée par des mesures techniques de protection, ni s'agissant du nombre de programmes copiables, ni s'agissant de la faculté de conserver ces copies et de les lire sur d'autres magnétoscopes. Il convient d'éviter que le passage au numérique entraîne une rétrogradation du libre usage des copies par le public dès lors que cet usage demeure strictement privé, même si l'impact de cette rétrogradation est limité par la différence de qualité entre copie analogique et copie numérique. Avec le développement des nouvelles technologies et la multiplication des terminaux de lecture, y compris au sein d'un même

foyer, l'objectif du consommateur est d'accéder à l'œuvre à partir de tous ses supports. Le respect de la volonté du législateur implique, dès lors, de ne pas limiter la possibilité de lecture des copies privées sur différents supports tant que cette copie reste protégée contre les utilisations non autorisées.

17. Il résulte de l'ensemble de ces éléments que, selon le Collège, la faculté de copie privée accordée par le législateur implique la possibilité de réaliser une copie interopérable et conservable, sous la réserve de ce qui suit :

Sur la licéité des restrictions d'usage des copies privées des programmes télévisés :

18. Le risque d'une atteinte à l'exploitation normale des œuvres télédiffusées doit s'apprécier en prenant en compte le contexte des technologies numériques et des modes d'exploitation de ces œuvres. Ainsi que le Collège l'avait relevé dans son avis n° 2013/1, l'essor des technologies de codage numérique et des traitements de données modifie la nature des copies réalisées, qui peuvent être parfaitement semblables à l'original (y compris en qualité haute définition), en nombre potentiellement illimitées et facilement modifiables. Le régime de l'exception de copie privée, dont il résulte de l'application du « test en trois étapes » qu'il repose sur un équilibre entre les droits des auteurs et les facultés d'usage des consommateurs, est donc affecté par ces changements technologiques. En outre, les nouvelles technologies de la communication permettant un partage illimité des œuvres grâce au réseau internet, le préjudice causé par l'utilisation illégale d'une copie privée sur ce réseau peut s'avérer considérable pour les ayants droit. Le législateur, qui a spécifiquement protégé les copies numériques des programmes télévisés, a également, par la loi n° 2009-669 du 12 juin 2009, entendu lutter contre la contrefaçon sur internet d'œuvres sous format numérique et protéger l'offre légale d'œuvres culturelles sur internet.
19. Si l'on peut objecter que les œuvres cinématographiques ne sont diffusées à la télévision, en application de la chronologie des médias, qu'à un moment où l'œuvre a déjà fait l'objet d'une exploitation importante et où les études de l'Hadopi montrent qu'elle fait déjà, dans la plupart des cas, l'objet d'une contrefaçon sur internet, ce n'est pas le cas de beaucoup d'œuvres diffusées pour la première fois à la télévision : téléfilms, émissions sportives ou de divertissement, certaines séries télévisées, journaux,.... Les artistes, producteurs et diffuseurs soutiennent que le partage illicite de copies de ces programmes détourne une partie de l'audience, à la fois en direct et pour la télévision de rattrapage, privant d'autant de ressources d'abonnement ou de publicité les bénéficiaires de l'exploitation de l'œuvre. Pour les ayants droit, le partage de la copie réalisée lors de la première diffusion d'une œuvre à la télévision française peut, en outre, avoir des répercussions sur la rentabilité d'autres actes d'exploitation de la même œuvre. On constate également un développement de chaînes de télévision illégales sur internet qui retransmettent tout ou partie du flux linéaire diffusé par les chaînes légales. Il résulte de l'instruction que les ayants droit étrangers demandent, pour ces motifs, à ce que la faculté de copie privée de leurs œuvres diffusées à la télévision française soit limitée et qu'un refus pourrait avoir des conséquences sur la disponibilité de certaines œuvres en France.
20. Le Collège estime donc que ce risque de préjudice d'exploitation est de nature à justifier, à la demande des ayants droit, les restrictions d'usage des copies privées nécessaires à sa prévention. Il y a toutefois lieu de vérifier que les restrictions d'usage imposées ne vont pas, en l'état de l'art des techniques, au-delà de ce qui est nécessaire.
21. L'auteur de la première saisine interroge également le Collège sur l'existence d'une obligation de différencier la protection selon les chaînes et selon les modes de réception ainsi que sur la pratique de certains opérateurs de crypter l'enregistrement des copies lorsque les ayants droit ne l'ont pas demandé. Il résulte de l'instruction et des principes dégagés ci-dessus, d'une part, qu'en pratique, sauf à adopter un comportement discriminatoire, un FAI peut protéger, en conséquence indirecte d'une demande des ayants droit, l'ensemble des flux qui transitent par son récepteur, quelle que soit leur origine, d'autre part, qu'en principe, la protection devrait varier en fonction des chaînes et même en fonction des programmes d'une même chaîne, selon les demandes des ayants droit et du risque d'exploitation prévisible.
22. Toutefois, les obligations légales dérivées de l'exception de copie privée doivent tenir compte des contraintes techniques afin de respecter un équilibre entre les différents droits et libertés en présence. Dans le cas présent, lorsqu'il est démontré que des contraintes techniques conduisent, pour ne pas

porter une atteinte disproportionnée à certains droits et libertés, à un choix binaire qui consiste soit à renoncer à toute protection soit à protéger l'ensemble des œuvres dont certaines n'ont pas fait l'objet d'une demande de protection, il peut être admis que l'ensemble des œuvres soit protégé. Cette extension de la protection peut, en effet, être justifiable, en l'état de l'art technique, par le souci d'éviter une « atteinte à l'exploitation normale » des œuvres pour lesquelles la protection est demandée. Il appartient aux acteurs du secteur de la télévision d'appliquer ces principes, en différenciant les protections lorsque cela est techniquement possible et ne représente pas une contrainte disproportionnée.

Sur la nécessité de garantir une certaine interopérabilité des copies privées et une faculté de conservation :

23. Lorsqu'ils imposent au téléspectateur des restrictions d'usage des copies privées des programmes télévisés, les ayants droit ne doivent pas aller au-delà de ce qui, en l'état de l'art technique et dans le respect des droits des tiers, est nécessaire à la prévention du préjudice d'exploitation invoqué : au-delà, ces restrictions sont contraires à la volonté du législateur, dans un contexte où, par ailleurs, le consommateur paye une rémunération pour copie privée. A cet égard, et en l'état de l'instruction, le Collège estime que la démonstration n'est pas faite de la nécessité du niveau des restrictions d'usage constatées. Au contraire, il lui semble possible de développer des mesures techniques de protection qui protègent les exploitants d'actes illégaux de partage sur internet des copies numériques tout en garantissant, d'une part, une certaine interopérabilité des copies avec les principaux supports de lecture situés dans le foyer ou à l'extérieur, dès lors que cela demeure pour un usage privé et, d'autre part, la conservation des copies, y compris en cas de changement de fournisseur.
24. Le Collège relève d'ailleurs que certains systèmes de vente d'œuvres musicales ou cinématographiques par téléchargement définitif sur internet offrent des conditions d'interopérabilité et de conservation supérieures à celles constatées pour la télévision par ADSL ou par satellite. Il semble donc possible de protéger les œuvres en restreignant moins l'usage des copies.
25. Dans l'hypothèse où la généralisation d'un tel système ou d'un système similaire s'avèrerait moins protecteur contre les usages non autorisés que les pratiques et restrictions actuelles, cela ne serait pas de nature à justifier, par ce seul motif, des restrictions supplémentaires. Il suffit, pour qu'il n'y ait plus de risque d'atteinte à « l'exploitation normale de l'œuvre » que la protection soit efficace pour le plus grand nombre.
26. Les dispositions des articles L. 122-5 et L. 211-3 du code de la propriété intellectuelle impliquent donc que soit davantage préservée la faculté légale de réalisation d'une copie privée interopérable et conservable. Cependant, le Collège souligne :
 - En premier lieu, que la mise à disposition, pour les téléspectateurs qui le souhaitent, d'un dispositif technique permettant la réalisation de telles copies n'a pas à être gratuite lorsqu'elle requiert l'utilisation de moyens de copie additionnels (enregistreur, support de copie) commercialisés dans le respect du droit de la concurrence ;
 - En second lieu, qu'il ne saurait être attendu des opérateurs, qui ont agi dans l'incertitude des exigences à tirer des articles L. 122-5, L. 211-3 et L. 331-9 du code de la propriété intellectuelle, un renouvellement du parc de récepteurs existants. Il leur appartient de mettre en place le système de leur choix pour assurer la conservation et l'interopérabilité des copies. Il est par ailleurs essentiel qu'en application de l'article L. 331-10 du code de la propriété intellectuelle, une information précise soit donnée sur les possibilités d'usage des copies réalisables avec chaque matériel.
27. En revanche, si, à l'issue d'un délai raisonnable, il n'est pas proposé aux téléspectateurs une faculté de copie privée conforme aux principes dégagés ci-dessus, le Collège rappelle que le législateur a institué, à l'article L. 331-32 du code de la propriété intellectuelle, un dispositif spécifique permettant à certains professionnels tiers d'obtenir les informations leur permettant de concevoir et de commercialiser un système permettant la lecture des fichiers de copie privée sur d'autres supports. Le Collège a interprété ce dispositif dans son avis n° 2013/2 pour lui donner tout son effet utile.

Rend l'avis suivant :

L'exception de copie privée des programmes télévisés, telle qu'elle résulte des articles L. 122-5, L. 211-3, et L. 331-9 du code de la propriété intellectuelle, et pour laquelle est acquittée une rémunération compensant le préjudice subi par les ayants droit, protège la faculté pour les téléspectateurs de réaliser, pour leur usage privé, des copies numériques interopérables et conservables y compris en cas de changement de matériel ou de distributeur de services télévisés.

Les restrictions apportées à cette faculté à la demande des ayants droit ne sont légales que lorsque elles ont pour objectif de conserver la compatibilité de la copie privée avec les exigences posées par le test en trois étapes issu de la convention de Berne et rappelé aux articles L. 122-5 et L. 211-3 du code de la propriété intellectuelle, en particulier lorsque le risque de contrefaçon des copies privées est important et de nature à porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre. Ces restrictions, mises en œuvre au moyen de mesures techniques de protection, ne doivent pas excéder ce qui est, en l'état de l'art, nécessaire pour limiter ce risque à un niveau compatible avec l'exploitation normale de l'œuvre.

En outre, ces restrictions doivent, en principe, être différenciées selon les risques en cause et selon les demandes des ayants droit. Une absence de différenciation doit être justifiée par des difficultés techniques telles que la différenciation des protections constituerait une contrainte disproportionnée qui porterait atteinte à d'autres droits ou libertés garantis.

Au regard de ces principes, des limitations privant les copies de toute interopérabilité avec d'autres lecteurs que l'enregistreur ayant réalisé la copie, et empêchant la conservation des copies en cas de changement de fournisseur, apparaissent excessives.

La Haute Autorité invite donc les opérateurs de télévision par ADSL ou satellite à proposer aux téléspectateurs, dans un délai raisonnable, une faculté de copie privée des programmes télévisés qui leur permette de réaliser des copies durablement conservables et disposant d'une interopérabilité suffisante pour l'usage privé du copiste.

La Haute Autorité souligne également qu'il est essentiel que, en application de l'article L. 331-10 du code de la propriété intellectuelle, une information précise soit donnée sur les possibilités d'usage des copies réalisables avec chaque matériel.

Le présent avis sera transmis au Ministre de la Culture et de la Communication.

Le Secrétaire Général de la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet est chargé de le notifier aux personnes qui ont saisi le Collège.

Le présent avis fera l'objet d'une publication en application de l'article R. 331-74 du code de la propriété intellectuelle.

Fait à Paris, le 11 septembre 2014,

Pour le Collège de l'HADOPI
La Présidente



Madame Marie-Françoise MARAIS