

LEGICOM

N° 36 - 2006/2

REVUE THÉMATIQUE DE DROIT DE LA COMMUNICATION

Les biens culturels

Les notions de bien et de produit culturel

La diversité culturelle

Le mécénat à l'aune de la loi du 1^{er} août 2003

La responsabilité de l'expert d'œuvre d'art

La protection des biens culturels

Œuvre d'art et droit moral

Les enjeux économiques des droits de suite
et d'exposition

Le domaine public payant

La commercialisation des biens culturels

Le produit culturel : le DVD et les programmes
audiovisuels



ISBN 2-35113-009-X Prix : 51 €
Diffusion : Presses universitaires de France
Distribution : Union-Distribution



Le DVD : un produit culturel au destin contrarié ?

Ariane Fusco-Vigne

Avocat au Barreau de Paris

L'ESSENTIEL

Le Dvd est devenu, depuis la fin des années 1990, le support incontournable de diffusion des œuvres cinématographiques puisque, aujourd'hui, 60 % des œuvres reproduites sur support Dvd sont des films. Grâce à ces propriétés, le Dvd apparaît comme le support multiculturel et multimédia par excellence. Il apporte un enrichissement indéniable à l'œuvre cinématographique principale et permet ainsi de satisfaire le désir assoiffé d'hyperconsommation du public. Les règles du droit d'auteur n'ont pas contrarié l'apparition de ce nouveau produit culturel. Si le Dvd a en effet connu une irrésistible ascension sans embûche, devenant un véritable bien de consommation dès les années 1998, les ventes s'essouffent depuis 2005. Cette baisse stigmatise-t-elle une crise de l'industrie culturelle ou doit-on concevoir que ce marché est arrivé à maturité ? Il faut peut-être considérer que cette baisse résulte de la progression du téléchargement illégal via Internet, qui serait aujourd'hui une vraie menace pour le Dvd et l'économie du cinéma en général, ou de la mise en place d'une offre légale de Video on demand. Ces menaces ont poussé les professionnels à réagir en plaçant des systèmes anti-copie sur les Dvd. Mais pourra-t-on éviter l'ébranlement de l'industrie du cinématographique ? ■

L'apparition des technologies numériques a bouleversé toute l'industrie culturelle. Quel a été son impact sur celui du secteur de l'industrie cinématographique (1) ?

En terme de création, les techniques numériques ont d'abord profité au son, dès les années 1980, avec le développement du DTQS (*Digital Theater Sound*), plus qu'à l'image, puisque le procédé argentique conservait, en termes de couleur et de grain, une qualité supérieure. Toutefois, de plus en plus de réalisateurs ont désormais adopté cette technique, soit parce qu'elle permettait d'offrir une expression artistique et politique nouvelle (2), soit parce que la définition de l'image numérique, de plus en plus performante, avec ses avantages, les ont convaincus.

Les techniques numériques ont sans conteste facilité la phase de post-production image (montage virtuel, effets spéciaux, étalonnage, visionnages, travail des rush, stockage...).

En termes de diffusion, elles ont entraîné la rénovation du parc des salles, mais, son coût restant élevé, cette rénovation se fait lentement.

Enfin, le numérique a également permis l'apparition du Dvd.

2- Le Dvd (Digital Video Disc ou Digital Versatile Disc) est devenu, depuis la fin des années 1990, le support incontournable de diffusion des œuvres cinématographiques puisque, aujourd'hui, 60 % des œuvres reproduites sur support Dvd sont des films (3).

Le Dvd est un disque optique de 12 cm de diamètre à haute capacité de stockage. Grâce à ces propriétés, il permet d'associer au film principal reproduit des bonus :

scènes du film non montées, filmographie du réalisateur et acteurs principaux, galerie d'images, affiches, interviews, *making off* documentaire, parfois lien hypertexte, teaser, arborescence etc... Aussi le Dvd apparaît-il comme le support multiculturel par excellence. Il apporte un enrichissement indéniable à l'œuvre cinématographique principale et permet ainsi de satisfaire le désir assoiffé d'hyperconsommation du public.

Support multiculturel par excellence, le Dvd est également une œuvre multimédia par excellence. Les nombreuses interrogations, suscitées par la qualification et le régime de l'œuvre multimédia (4), semblaient annoncer des heures sombres pour le Dvd.

Il n'en a rien été. Le Dvd a en effet connu une irrésistible ascension, beaucoup plus rapide que celle du Cd, devenant un véritable bien de consommation dès les années 1998. Ses ventes n'ont cessé de croître jusqu'en 2004 et ont totalement écrasé celles des cassettes Vhs. En 2003, la vente de Dvd en France avait progressé de 30,4 %. La presse spécialisée consacre désormais autant de pages de critiques aux sorties de Dvd qu'aux sorties de films. Le prix moyen d'un Dvd a connu une baisse particulièrement sensible, passant de 18,22 euros en moyenne en 2003 à 15,25 euros en 2004, qui s'explique notamment par la multiplication des Dvd discounts. En 2004, 75 % des foyers étaient équipés d'un lecteur de Dvd grâce à la forte baisse de son coût d'acquisition.

3. Toutefois, l'année 2005 semble marquer une rupture : les ventes des Dvd ont baissé pour la première fois de 4,6 %. Certains professionnels de la vidéo considèrent que cette baisse résulte de la progression du téléchargement illégal via

1. *Révolution numérique et industries culturelles*, Philippe Chantepie et Alain le Diberie, La découverte, collection Repère 2005.
2. Par exemple le Dogme 95 fondé par Lars Von Trier. Ce dogme appelait le metteur en scène « à faire « vœu de chasteté » en luttant contre l'embourgeoisement du cinéma ».

3. Voir l'enquête réalisée par le Service des études, des statistiques et de la Prospective du CNC, accessible sur www.cnc.fr.

4. Voir notamment sur ces questions, J.-L. Goutal, « Multimédia et réseaux : l'influence des technologies numériques sur les pratiques contractuelles en droit d'auteur », *D.*, 1997,

Chroniques, p. 357 ; B. Edelman, « L'œuvre multimédia, un essai de qualification », *D.*, 1995, Chroniques p. 109 ; E. Barbry et F. Olivier, « Le multimédia à l'épreuve du droit français », *JCP G*, n° 43, 25 octobre 1995, I, 3879.

Internet, qui serait aujourd'hui une vraie menace pour le Dvd et l'économie du cinéma en général. Le Français auraient en effet piratés 120 millions de fichiers vidéo en 2005, presque autant que les ventes de Dvd (5).

Après une irrésistible ascension (I), le Dvd serait-il aujourd'hui l'objet d'un irréversible déclin ? (II).

I- L'IRRÉSISTIBLE ASCENSION DU DVD

Le droit d'auteur aurait pu être un frein à l'ascension économique du Dvd. Il n'en a rien été. La jurisprudence n'a pas contrarié l'apparition de ce nouveau produit culturel. Les règles de droit, comme les protagonistes se sont facilement adaptés à ce nouveau support. Aussi, par un accueil bienveillant du juge (A) et la réaction discrète des auteurs (B), le Dvd a pu prendre son envol économique.

A. Un accueil bienveillant du Juge :

Par l'héritage d'une jurisprudence développée sous l'empire de la cassette vidéo (1) et par une interprétation extensive du terme vidéogramme et de la présomption de l'article L. 132-24 du Code de la propriété intellectuelle (2), le juge a facilité l'intégration juridique de ce nouveau support.

1. L'héritage d'une jurisprudence édictée avant l'apparition du support Dvd : l'assiette de rémunération

Au travers de la procédure engagée par l'un des auteurs du film "De Nuremberg à Nuremberg" réalisé par Frédéric Rossif, la

jurisprudence a édifié les règles applicables en matière d'assiette de rémunération (6). Le mouvement avait été engagé en matière d'édition littéraire : en 1984, la Cour de Cassation avait en effet jugé qu'« il résultait des dispositions impératives de la loi que la participation de l'auteur aux recettes doit être calculée en fonction du prix de vente au public » (7).

Cette jurisprudence se limitait-elle à l'édition ? Les juges ont très vite répondu à cette interrogation par la négative et ce, malgré la résistance des professionnels de l'audiovisuel. En effet, tant les premiers juges que la Cour d'Appel de Paris (8), vont décider que l'article L. 132-25 du Code de la propriété intellectuelle était d'ordre public et qu'en conséquence, les auteurs d'œuvres diffusées sur support vidéo devaient être rémunérés au pourcentage du prix hors taxe payé par le public et non sur la base des recettes nettes part-producteur.

Cette jurisprudence, édictée sous l'empire de la cassette vidéo, avait donc vocation à s'appliquer au support Dvd.

L'un des aspects économiques essentiels du contrat de cession de droit, à savoir la rémunération, contrepartie de l'autorisation d'exploitation consentie par l'auteur, était donc d'ores et déjà encadré lors de l'apparition du Dvd et le numérique n'aura ainsi eu aucune incidence sur cette jurisprudence.

2. L'édification d'une jurisprudence liée à l'apparition du support Dvd

Avant l'apparition du support Dvd et sous le règne de la cassette vidéo, l'auteur n'avait généralement pas autorisé l'exploitation de son œuvre sur support Dvd. Dans ces conditions, le producteur, à défaut d'a-

5. Le Dvd a-t-il un avenir ? *JDD* 18 janvier 2006.

6. TGI Paris, 6 janvier 1993, *D.*, 1994, Somm. p. 279, obs. T. Hassler ; CA Paris, 13 octobre 1995, *D.*, 1996, Somm. p. 76, obs. T. Hassler ;

RDA, avr. 1996, p. 325 ; Cass. civ., 1^{re}, 9 octobre, 1984, *Bull. civ. I*, n° 252.

7. Cass. Civ., 1^{re}, 9 octobre 1984, *Bull. civ. I*, n° 252.

8. TGI Paris, 6 janvier 1993, *D.* 1994, Somm. p. 279.

voir obtenu des auteurs les droits d'exploiter l'œuvre audiovisuelle sur support DVD, pouvait-il céder les droits d'exploitation sur support DVD ? L'usage des termes « vidéogramme », « vidéodisque » voire « vidéo », dans un contrat de cession permettait-il une exploitation sur support DVD ?

Par un arrêt du 16 janvier 2004 (9) opposant les sociétés GAUMONT et TELEDIS à la société Editions René Château, la Cour d'Appel de Paris a été amené à trancher ces questions. La société GAUMONT avait cédé aux Editions René Château les droits d'éditions en vidéogramme de différents films de son catalogue. Seul figurait dans les contrats de cession le terme vidéogramme suivi de la parenthèse « vidéodisque ou vidéo ».

La Cour a jugé que « le DVD reste une forme de vidéodisque, catégorie qui se définit de manière générale comme tous formats de disques stockant des images-sons sous technologie numérique et appartient à la catégorie des vidéogrammes qui se définit de manière générale comme tout support permettant l'enregistrement, la conservation et la reproduction d'un programme audiovisuel ».

La Cour d'appel de Paris a donc décidé qu'en l'espèce, le DVD rentrait dans la catégorie des vidéodisques et le vidéodisque étant un vidéogramme, le DVD rentrait dans cette catégorie.

Une telle décision allait à l'encontre de la définition utilisée par les professionnels de l'édition vidéo, qui distinguent le DVD du vidéodisque.

Par ailleurs, rappelons que si d'après les travaux préparatoires de la loi de 1985, le vidéogramme inclurait tout support sur lequel l'œuvre est fixée, sans distinction entre la nature numérique ou analogique

du support (10), une telle assimilation ne prend pas en compte une des dimensions essentielles du DVD : celle de l'interactivité. Or il nous semble que dès lors que le DVD inclut une arborescence, il ne peut être assimilé à un simple vidéogramme.

Le producteur aurait ainsi dû se faire céder les droits d'adaptation de l'œuvre objet du DVD.

La Cour va également considérer que l'argument relatif à l'absence de cession des droits des auteurs au producteur d'une telle exploitation était un argument inopérant dès lors que l'article L 132-24 du Code de la propriété intellectuelle offrait au producteur une présomption de cession des droits des auteurs à son profit. Une telle interprétation était contestable dès lors qu'en l'espèce, aucune rémunération spécifique n'avait été contractuellement prévue au profit des auteurs.

Il est à ce propos intéressant d'effectuer un parallèle avec une jurisprudence de 12 ans l'aînée de celle précitée, rendue sous l'empire de la cassette vidéo, toujours en présence de la société GAUMONT (11). En résumé, la question se posait de savoir si la cession du droit d'exploitation d'un film sur pellicule cinématographique comprenait également le droit de l'exploiter par reproduction sur cassette vidéo. Ou bien on considérait que la cession du droit d'exploitation à l'aide du procédé optique excluait le droit d'exploiter le film par procédé magnétique, c'est-à-dire sur cassette vidéo, ou bien on jugeait que la cession du droit d'exploitation cinématographique incluait tous procédés de reproduction, qu'il soit optique ou magnétique.

La Cour de cassation a jugé que, après analyse des termes de deux articles des contrats litigieux, l'un de ces articles étant muet sur le droit de reproduction, tandis

9. C. A Paris, 4^e Ch, Section B, 16 janvier 2004, *Gaz. Pal.*, 7-8 mai 2004 n°128-129, p. 60.
10. Rapport Sénateur Jolibois (Ch), t, II, p 49

cité par N. Beaurain, « DVD : les professionnels de l'audiovisuel face au numérique », *Légipresse*, n° 174, II, septembre 2000, page 92.

11. Cass Civ. 1^{re}, 9 juin 1982. B. Edelman, *D.*, 1983, *J.*, p. 33.

que l'autre visait l'exploitation du film en formats 35 mm et 16 mm, formats ne correspondant pas à la reproduction sur bandes magnétiques, la Cour d'appel avait à bon droit décidé que les parties n'avaient pas entendu inclure dans le champ contractuel la reproduction de l'œuvre sur bande magnétique à partir de la pellicule cinématographique...

Quoiqu'il en soit, l'interprétation résultant de l'arrêt précité du 16 janvier 2004, aussi contestable soit-elle, a sans aucun doute permis de lever toute barrière juridique à l'essor économique du Dvd.

B. Des auteurs très discrets :

Certains professionnels de l'industrie cinématographique considèrent le droit d'auteur comme un frein. Pourtant, il semblerait en pratique que, concernant l'exploitation sur support Dvd, les auteurs aient fait un usage plutôt modéré de leur droit moral (1) et patrimonial (2).

1. L'usage modéré de leur droit moral :

La doctrine, dès les années 1990, s'était légitimement souciée de l'incompatibilité du droit moral de l'auteur avec le développement des techniques numériques et plus particulièrement du droit au respect de l'œuvre.

En effet, aux atteintes classiques du droit moral (recadrage d'images, colorisation, insertion de publicité et de logos...) s'ajoutaient celles liées à l'intégration de l'œuvre sur un nouveau support numérique. Ce transfert d'un support argentin à un support numérique se fait par

un système de compression qui permet de réduire la taille d'un fichier. Cette méthode de compression est par nature destructrice puisqu'elle efface automatiquement les éléments visuels répétés et ne permet pas de tenir compte de nuances infimes (12).

L'autre danger que pouvait susciter le Dvd résidait dans l'association ou non de nombreuses œuvres accessoires à l'œuvre principale via la création de bonus : la sortie d'œuvres audiovisuelles anciennes, sans bonus, pouvait-elle constituer une atteinte au droit moral de l'auteur ou de ses ayants-droit, l'œuvre audiovisuelle n'ayant pas été enrichie par cette nouvelle possibilité de diffusion ? Ou bien au contraire, l'association de l'œuvre audiovisuelle à d'autres documentaires pouvait-elle porter atteinte au respect de l'œuvre principale ?

Ces craintes ne se sont pas vérifiées et peu d'affaires se sont présentées devant les tribunaux. Certes, des litiges ont pu se transiger, mais le faible nombre de procès reste significatif. Plusieurs explications, bien sûr non exhaustives, pourraient être avancées.

La première serait celle de l'existence « d'une culture de domptage » des auteurs d'œuvres audiovisuelles. L'auteur d'une œuvre audiovisuelle dispose en effet d'un droit moral affaibli par les articles L 121-5 dernier alinéa (13) et L 121-6 (14) du Code de la propriété intellectuelle.

Comme le résume le professeur Gautier, « le droit moral de l'auteur d'une œuvre audiovisuelle est limité à la fois pour ceux qui restent et ceux qui partent » (15). Dès lors, déjà domptés par ces exceptions accordées au producteur de l'œuvre audiovisuelle, les auteurs ont-ils peut-être été raisonnables

12. Voir sur le problème du droit moral et du numérique le mémoire de Sabine Nehme, *le droit moral de l'auteur à l'épreuve du numérique*, 2002-2003, Mémoire de DESS Droit du multimédia et de l'informatique.

13. Article L 121-5 CPI : « Les droits propres des auteurs tels qu'ils sont définis à l'article

L 121-1, ne peuvent être exercés par eux que sur l'œuvre audiovisuelle achevée ».

14. Article L121-6 CPI : « Si l'un des auteurs refuse d'achever sa contribution à l'œuvre audiovisuelle ou se trouve dans l'impossibilité d'achever cette contribution par suite de force majeure, il ne pourra s'opposer à l'utilisation,

en vue de l'achèvement de l'œuvre, de la partie de cette contribution déjà réalisée. Il aura, pour cette contribution, la qualité d'auteur et jouira des droits qui en découlent ».

15. P.-Y. Gautier, *Propriété Littéraire et Artistique*, PUF 5^e édition refondu, p. 268.

quant à l'exercice de leur droit moral. La deuxième raison de cette discrétion pourrait être le fait que les auteurs ont, semble-t-il, accepté les altérations techniques liées à l'intégration de leur œuvre sur support numérique dès lors que, le temps aidant, la qualité de l'image a supplanté celle de l'image argentique.

En effet, l'intégration de films anciens sur support numérique a au contraire permis leur restauration. Certains films dont la pellicule était très fragile ont ainsi pu être à nouveau exploités, soit en salle, soit sur support DVD. Les risques étaient donc en réalité faibles et le numérique a finalement permis la réexploitation de films anciens, souvent grâce et/ou sous le contrôle des ayants-droit.

Pour les œuvres plus récentes, si le début du DVD aurait pu permettre des atteintes à l'intégrité de l'œuvre, les progrès en matière de définition de l'image ont permis une retranscription de très haute qualité, ce que les évolutions prochaines du DVD ne feront que confirmer.

Si les ayants droit avaient été par ailleurs plus menaçants, rappelons que par un arrêt de la Cour d'appel de Pau du 25 novembre 1999 (16), il a notamment été jugé que constituait « une atteinte au droit moral de l'auteur d'une brochure publicitaire, notamment au droit au respect de sa création, la reproduction de la brochure par scannage (...) Le document contrefaisant étant de moins bonne qualité alors que le scannage rend les visuels plus flous et dénature les photographies et la brochure elle-même ». Cette jurisprudence aurait peut-être conduit les juges à comparer si l'image numérisée apportait une dénaturation à l'œuvre, exercice hautement périlleux quand on n'est pas un spécialiste de l'image. Ces derniers auraient peut-être eu recours à la jurisprudence établie en matière d'œuvre architecturale

qui exige généralement que l'atteinte à l'intégrité d'une œuvre doit être perceptible (17).

Quant aux bonus, ils ont constitué un tel atout marketing qu'ils ont peut-être ainsi calmé l'ardeur de certains auteurs.

Les craintes liées à la numérisation ne se sont donc pas vérifiées, les avancées, tant pour les œuvres audiovisuelles anciennes que pour les plus récentes ayant été qualitativement enrichissantes.

Il est troisièmement possible d'avancer que dès l'apparition des DVD, la pratique contractuelle a permis de limiter les risques de contentieux. Les contrats de cession de droits se sont très vite dotés de clauses types, tout comme celles concernant les logos et les interruptions publicitaires, telles que « l'auteur cède le droit de numériser le film, de le mettre en mémoire sur tout support, de moduler, compresser, décompresser ou utiliser tous les autres procédés techniques de même nature à l'égard du film digitalisé pour les besoins de son stockage, son transfert et/ou son exploitation ». Sous couvert de cession de droits patrimoniaux sur son œuvre, l'auteur renonçait ainsi implicitement à engager tout contentieux sur le fondement de l'atteinte à son droit moral.

Ce type de clause aurait-il attiré les foudres des juges? Certainement, puisqu'il est de jurisprudence constante qu'un auteur ne saurait renoncer à son droit moral, inaliénable et imprescriptible. Par un arrêt du 28 janvier 2003 (18), la Cour de Cassation a rappelé que « l'inaliénabilité du droit au respect de l'œuvre, principe d'ordre public, s'oppose à ce que l'auteur abandonne au cessionnaire, de façon préalable et générale, l'appréciation exclusive des utilisations, diffusion, adaptation, retrait, adjonction et changement auxquels ce dernier souhaiterait procéder ».

Certains auteurs, comme le professeur

16. CA Pau, 2^e Chambre, 1^{er} section, 25 novembre 1999, Juris data 1999 - 104 085.

17. Cass. Civ, 1^{er}, 7 janvier 1992, inédit.

18. Cass. civ. 1^{er}, 28 janvier 2003, Didier

Barbelivien c/ Agence Business, req. n° 00-20014.

Gautier, considèrent toutefois qu'un aménagement, notamment via le mandat, puisse se faire. Dès lors que sa parfaite information est respectée et qu'il a donné un consentement exprès, l'auteur aurait la liberté d'aménager contractuellement l'exercice de son droit moral, à la plus grande satisfaction des producteurs...

2. Un usage modéré de leur droit patrimonial

Face au développement des techniques numériques et du développement des œuvres multimédias, la rémunération forfaitaire des auteurs s'est peu à peu imposée au détriment de la rémunération proportionnelle. Les dispositions relatives au logiciel en témoignent (19). En matière de production de Dvd, si la rémunération proportionnelle des auteurs de l'œuvre audiovisuelle principale est le principe, le forfait a grandement été utilisé afin de rémunérer les auteurs des œuvres accessoires à celle de l'œuvre principale sur le fondement de l'article L 131-4 du Code de la Propriété Intellectuelle.

Cet article énumère les exceptions au principe de la rémunération proportionnelle. Les alinéas 3 et 4 étaient plus particulièrement susceptibles de s'appliquer au Dvd : l'alinéa 3 dispose que « *Les frais des opérations de calcul et de contrôle seraient hors de proportion avec les résultats à atteindre* ». Or recourir à une rémunération proportionnelle dans le cadre d'une œuvre multimédia regroupant des dizaines d'œuvres préexistantes ou de commandes, peut pour certaines petites structures, poser de véritables problèmes d'identification, de base de calcul et de gestion.

L'alinéa 4 dudit article dispose que « *La nature ou les conditions de l'exploitation rendent impossible l'application de la règle de la rémunération proportionnelle, soit que la contribution*

de l'auteur ne constitue pas l'un des éléments essentiels de la création intellectuelle de l'œuvre, soit que l'utilisation de l'œuvre ne présente qu'un caractère accessoire par rapport à l'objet exploité ».

En sa première branche (« *Soit que la contribution de l'auteur ne constitue pas l'un des éléments essentiels de la création intellectuelle* »), l'alinéa 4 est susceptible de s'appliquer, les bonus n'étant pas toujours essentiels au film.

Concernant la seconde branche de l'alinéa 4 (« *soit que l'utilisation de l'œuvre ne présente qu'un caractère accessoire par rapport à l'objet exploité* »), elle nous amène à envisager les bonus non pas par rapport au film mais par rapport au Dvd et à cerner la notion d'accessoire. Le doyen Carbonnier définit l'accessoire comme « *certaines biens, certains travaux constituent de simples compléments, non indispensables à d'autres biens ou travaux principaux, auxquels ils n'en apportent pas moins une utilité supplémentaire* » (20). Cette définition sied bien, nous semble-t-il, aux bonus et il est possible, au cas par cas, de recourir à cet alinéa pour appliquer la rémunération au forfait.

Le bonus est le plus souvent l'accessoire du Dvd, comme il est l'accessoire du film. Le forfait est donc susceptible d'être justifié en matière de bonus, sauf à ce que les œuvres accessoires, par leur qualité et leur durée, aient une place tout aussi importante que le film principal lui-même.

Un tel raisonnement devra, bien entendu, être appliqué au cas par cas, le principe de rémunération au forfait devant rester une exception par rapport au principe de rémunération proportionnel même si, on le sait, le forfait est le mode préféré de rémunération des professionnels puisqu'il permet de limiter les risques liés à l'établissement des redditions de comptes, de sous cession et surtout de rentabiliser au mieux leurs investissements...

19. Art. L. 131-4, 5° du CPI.

20. J. Carbonnier, *Droit Civil*, T. 3, 19^e édition,

Thémis, 2000, § 59, cité par P-Y Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF Droit,

5^e édition, p. 532.

Concernant la rémunération des auteurs de bonus et donc parfois de documentaires, rappelons que la Société Civile des Auteurs Multimédia (SCAM), la Société des droits de Représentation Mécanique (la SDRAM), le Syndicat des producteurs et le syndicat de l'édition ont signé un protocole qui permet aux auteurs de percevoir leurs rémunérations via la SCAM lors de l'édition en DVD de leurs œuvres audiovisuelles et de leurs traductions. Ce protocole met ainsi en place un système de perception directe des droits auprès de la SCAM et de la SDRAM : un pourcentage sera appliqué par vidéogramme et non par œuvre ou par auteur.

Voilà peut-être une raison de plus de ne pas voir à l'avenir la multiplication de contentieux liés à la production et à la diffusion de DVD.

Ces quelques développements permettent, entre autres, d'expliquer le fabuleux essor qu'a connu le DVD. Cet essor est-il aujourd'hui menacé ?

II-L'IRREVERSIBLE DECLIN DU DVD ?

Nous l'avons vu, le marché du DVD s'esouffle : les ventes ont baissé de 4,6 % en 2005. Certains professionnels considèrent cette baisse comme conjoncturelle, reflet d'une crise de toute l'industrie culturelle qui, de l'ère de la rareté, est passée à une ère d'abondance dans laquelle le consommateur, bien que grand carnivore, n'est pas toujours capable de suivre (21).

D'autres au contraire considèrent que le marché du DVD est arrivé à maturité. Si tel était le cas, une phase de stabilisation succéderait à cette baisse. D'autres enfin considèrent que la menace réelle est celle de l'Internet, sonnante ainsi le glas du DVD.

L'évolution des techniques informatiques, notamment le développement du haut débit qui permet désormais de réduire le temps de téléchargement et d'augmenter le stockage des œuvres et leur copie sans perte de qualité, a permis à plus de 80 % des films français d'être diffusés sur Internet avant leur sortie en DVD. 60 % des films américains sont aujourd'hui disponibles avant leur sortie en salle. 38 % des films sortis en salle dans le monde sont piratés sur Internet et près de 8 millions de français sont aujourd'hui adeptes du logiciel *peer-to-peer*.

Par ailleurs, les nombreux avantages liés à la suppression de la logistique pesante engendrée par la production (gravage) et la distribution (notamment le stockage) des produits numériques sur des supports physiques ne manqueront pas de séduire rapidement les professionnels. Le support DVD serait donc voué à disparaître.

Face à ces différentes menaces, les professionnels ont réagi en plaçant des systèmes anti-copie sur les DVD. Ces systèmes ont dans un premier temps été déclarés illicites, mais la Cour de cassation vient finalement de donner raison, le 28 février dernier, aux professionnels de la vidéo (A). Le DVD serait en fait, selon certains, menacé sur le plus long terme par la mise en place d'une offre légale de téléchargement via la Vidéo à la Demande (VAD) (B). En réalité, la vraie menace vient du téléchargement illégal et du peer to peer (C) qui, au-delà du DVD, est en train d'ébranler toute l'industrie cinématographique.

A. Le DVD, menacé par l'interdiction des mesures anti-copie ? La saga Mulholland Drive

Les dispositifs anti-copie (Digital Right

21. A. Beuve Méry et N. Herzberg, « Livres, CD, films : L'industrie culturelle est dans le rouge », *le Monde*, 17 février 2006.

Management en anglais ou Mesures Techniques de Protection en français) permettent d'identifier et de suivre les fichiers numériques, d'interdire leur copie ou d'en limiter le nombre, de limiter leur durée de vie ou de limiter leur accès via Internet.

Face aux possibilités de téléchargement hautement préjudiciable des œuvres audiovisuelles, la première arme des professionnels a donc consisté à installer des systèmes anti-copie sur les Dvd.

Les consommateurs ne l'ont pas entendu de cette manière et un contentieux est né autour de la sortie du Dvd du film de David Lynch, Mulholland Drive, dans lequel avait été inséré un système anti-copie. Les juges ont ainsi été amenés à trancher ce problème de droit avant que le gouvernement ne s'empare de la question lors de la transposition de la directive européenne.

Se plaignant de ne pouvoir réaliser une copie du Dvd Mulholland Drive, acheté régulièrement, produit par les Films Alain Sarde, édité par la société Studio canal et diffusé par la société Universal Pictures vidéo France, rendue matériellement imposDvdsible en raison de mesures techniques de protection insérées dans le support, et prétendant que de telles mesures porteraient atteinte au droit de copie privée, reconnu à l'utilisateur par les articles L. 122-5 et L. 211-3 du Code de la propriété intellectuelle, Stéphane X. et l'Union fédérale des consommateurs UFC Que choisir avaient agi à l'encontre de ceux-ci pour leur voir interdire l'utilisation de telles mesures et la commercialisation des Dvd ainsi protégés.

La Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 22 avril 2005 (22), a infirmé le jugement du tribunal de grande instance de Paris (23), qui avait considéré que le sys-

tème de mesure de protection inséré sur le support était licite, en interdisant au contraire aux producteurs du film Mulholland Drive d'utiliser une mesure de protection technique au motif qu'il était incompatible avec l'exception de copie privée qui ne saurait être limitée alors que la législation française ne comporte aucune disposition en ce sens. La Cour ajouta que la copie à usage privé n'était pas de nature à porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre sous forme de Dvd.

Une semaine avant la reprise des débats parlementaires sur le projet de loi relatif au droit d'auteur, la Cour de cassation a cassé le 28 février 2006 l'arrêt de la Cour d'appel de Paris en validant les mesures techniques de protection et en considérant que « l'exception de copie privée prévue aux articles L. 122-5 et L. 211-3 du Code de la propriété intellectuelle, tels qu'ils doivent être interprétés à la lumière de la directive européenne susvisée, ne peut faire obstacle à l'insertion dans les supports sur lesquels est reproduite une œuvre protégée, de mesures techniques de protection destinées à en empêcher la copie, lorsque celle-ci aurait pour effet de porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre, laquelle doit s'apprécier en tenant compte de l'incidence économique qu'une telle copie peut avoir dans le contexte de l'environnement numérique ».

La Cour de cassation prend donc en considération le fait qu'une partie des recettes de l'exploitation d'une œuvre audiovisuelle provient des ventes et/ou des locations de Dvd et que les systèmes anti-copie sont un moyen de préserver les recettes issues de la vente et/ou des locations de Dvd.

La Cour anticipe ainsi sur la reprise des débats parlementaires en invitant le gouvernement à réfléchir sur l'équilibre à trouver entre le respect des engagements

22. C. Vilmar, « Des droits du copiste, de Gutenberg à David Lynch. - Réflexions sur CA

Paris, 4^e ch., 22 avril 2005 », *JCP EA*, 7 juillet 2005, n° 1052.

23. TGI Paris, 30 avr. 2004 : *JCP E* 2004, 1101, note T. Maillard.

internationaux de la France et les conséquences du développement des techniques numériques sur l'industrie cinématographique pour adapter le droit d'auteur.

L'autorisation, pour l'instant, par la Cour de Cassation et peut-être, bientôt, par la loi, de l'utilisation de systèmes anti-copie sur les supports DVD, si elle constitue une avancée pour les professionnels de la vidéo et plus généralement du cinéma, n'est qu'une goutte d'eau dans l'océan du téléchargement.

B. Le DVD menacé par la mise en place du téléchargement au travers de la Vidéo à la Demande ?

Tous les acteurs du secteur de l'audiovisuel sont d'accord : le meilleur moyen de lutter contre le téléchargement illégal d'œuvres audiovisuelles par l'Internet viendra notamment d'une offre légale de qualité (24).

La vidéo en ligne (Video On Demand ou Vidéo à la Demande) permet au consommateur d'acheter le droit de consulter, pour une durée limitée, la copie numérique d'une œuvre audiovisuelle en la téléchargeant ou en la visionnant en direct, en stream, au travers d'un réseau public (Internet) ou privé (câble/satellite). Le fournisseur du service (opérateur, câblo-opérateur, groupe de communication) fait office de guichet unique, en assurant l'encaissement ainsi que la diffusion de l'œuvre et en reversant leur quote-part aux détenteurs de droits.

Un accord sur la VAD a été signé le 20 décembre 2005 (25) pour une durée de 12 mois entre l'ensemble des représentants de la filière cinématographique (ARP, BLIC, BLOC, SACD), les fournisseurs d'accès (AFAR, France Télécom), Canal Plus et France

Télévisions afin de mettre en place l'offre légale et attractive de films sur Internet.

En proposant une telle offre, les professionnels ne mettent-ils pas en danger le DVD, voire les exploitations en salle des films ? Il convient de répondre par la négative, tant que la chronologie des médias sera là pour servir de garde fou.

Toute l'économie du cinéma repose en effet en France sur la chronologie des médias qui vise à protéger l'exploitation des œuvres cinématographiques en salle grâce à la mise en place d'un ordre de diffusion de l'œuvre cinématographique en fonction des supports. Le respect de cette chronologie permet ainsi d'amortir le budget de plus en plus important des films.

Cette chronologie a fait l'objet de nombreuses modifications, au gré des différentes mutations technologiques. Progressivement, il est apparu qu'indépendamment de l'intervention du législateur, la chronologie des médias resterait un aspect essentiel de la stratégie commerciale des ayants droit. Aussi, dans le cadre de la révision de la Directive « télévision sans frontières » de 1997, la chronologie des médias a été renvoyée à la négociation avec les ayants-droit. Aujourd'hui, le dispositif législatif et réglementaire ne concerne plus que la diffusion des films à la télévision (26).

C'est dans ce contexte qu'est intervenu l'accord précité. Au-delà de son impact sur le développement de la production des œuvres cinématographiques (qui impose aux opérateurs de cinéma à la demande de contribuer au développement de la production de films), et au-delà de la fixation des conditions de rémunération des ayants droit qui leur sera versée par la SACD, cet accord interprofessionnel a permis de fixer la place de la

24. Voir sur la VOD, le journal du net sur www.journaldunet.com/0602/060227-vod.shtml.

25. Voir sur l'historique de la chronologie des médias,

http://www.ddm.gouv.fr/article.php?id_article=260.

26. Sur la « consommation » du public en droit d'auteur, v. V. Nisato, *Le consommateur et*

les droits de propriété intellectuelle, Thèse Avignon, 2005, n° 166 et s.

VOD dans la chronologie des médias en lui offrant une fenêtre de 33 semaines après la sortie du film en salles alors que l'exploitation par vente et location de supports vidéographiques se fera dans les six mois suivant la sortie du film.

Cette nouvelle chronologie permet ainsi de laisser au Dvd tout comme à l'exploitation en salle du film, leur légitimité et d'assurer le retour sur investissement des producteurs.

Cette chronologie est pourtant aujourd'hui menacée par le téléchargement illégal.

C. Le Dvd menacé par le *peer to peer* ?

Ici, la réponse ne peut pas être nuancée. Le Dvd, comme toute l'industrie cinématographique, est menacé par le *peer to peer* et le téléchargement illégal de films.

Il convient de lutter juridiquement avec force contre cette possibilité qu'a aujourd'hui le public de s'approprier, avec beaucoup plus de facilité qu'avant, les œuvres dématérialisées grâce au numérique. Ce public est ainsi devenu un consommateur d'œuvres (27). Cette modification sémantique n'est pas sans conséquence: le terme public est défini par le Petit Robert comme « *ce qui concerne le peuple pris dans son ensemble, qui appartient à la collectivité sociale* » et le terme « consommateur » par « *celui qui utilise des marchandises, des richesses des services pour la satisfaction de ses besoins* » (28).

Alors qu'il émanait du terme « public » une certaine passivité, il se dégage au contraire du terme « consommateur » un certain individualisme, chassant tout esprit de citoyenneté et engendrant surtout une désacralisation de la création.

Cette emprise du consommateur et cette désacralisation de la création sont en train de faire naître l'idée que les biens culturels seraient des *res communes*: des choses qui, par nature, échappent à toute appropriation individuelle, mais dont l'usage est offert à tout le monde comme le sont l'air, l'eau courante et les rivages, une telle idée entraînant, dans son sillage, celle de la gratuité.

Aussi les professionnels, conscients de la brèche ouverte par ce logiciel et le téléchargement illégal de films ont engagé, sur le modèle américain, une série d'actions contentieuses à l'encontre des internautes usagers du téléchargement et du *peer to peer*.

Dans chacun de ces contentieux, les faits étaient schématiquement les suivants: un internaute s'était livré à l'échange de fichiers soit musicaux soit audiovisuels, grâce à un logiciel de *peer-to-peer* qui lui permettait de partager ses fichiers avec d'autres utilisateurs du même logiciel.

Le Tribunal de Grande Instance de Pontoise, par un jugement du 2 février 2005 (29) a condamné un internaute en estimant que l'élément matériel de la contrefaçon ressortait à la fois du téléchargement d'œuvres et de leur mise à disposition des internautes. Le Tribunal de Grande Instance de Vannes, le 29 avril 2004 (30) a également condamné lourdement six internautes pour s'être constitués une collection de fichiers en les téléchargeant puis en les copiant en se fondant sur l'article L.335-2 du Code de la propriété intellectuelle.

Une jurisprudence plus clémentaire a tiré argument de l'exception de copie privée pour relaxer des internautes adeptes du *peer to peer*: la Cour d'appel de Montpellier

27. Nouveau Petit Robert, Dictionnaire de la langue française, édition 1993.

28. TGI Pontoise, 2 février 2005, SACEM, SDRM, SPPF, SCPP c/Alexis B.

29. TGI Vannes, 29 avril 2004, Correctionnel, Min Public, FNDF, SEV, GAUMONT, Disney, SACEM, SDRM et ac/CL, ML.

30. CA Montpellier 10 mars 2005, RLDI 2005/5,

n° 133, obs. P. Sirinelli et M. Vivant. Confirmant TGI Rodez 13 oct. 2004, D. 2004, p. 3132, note J. Larrieu.

dans un arrêt du 10 mars 2005 (31), confirmant une jugement du Tribunal de Grande Instance de Rodez du 13 octobre 2004 (32), a considéré que la preuve d'un usage autre que strictement privé tel que prévu par l'exception de l'article L.122-5 du Code de la Propriété Intellectuelle, par le prévenu, des copies qu'il a réalisées n'apparaissant pas rapportée en l'espèce, il convient d'entrer en voie de relaxe à son égard.

Enfin d'autres arrêts et/ou jugements ont affiné le raisonnement précédent en opérant une distinction entre l'acte d'émission de fichiers protégés et celui de leur réception. Le Tribunal de Grande Instance du Havre, dans un jugement du 20 septembre 2005 (33) a condamné un internaute qui avait téléchargé et mis en partage, depuis son ordinateur, 14 797 fichiers, à 500 euros d'amende et 3 000 euros de dommages et intérêts. Les juges ont décidé de ne pas poursuivre l'acte de reproduction induit par le téléchargement d'œuvres de l'esprit, mais de condamner leur partage. Si le téléchargement de fichiers peut entrer dans le champ d'application de l'exception de copie privée, en revanche, le fait de partager cette reproduction a pour conséquence de ne plus permettre de se prévaloir de cette exception, puisqu'il s'agit alors d'une « utilisation collective » de l'œuvre.

D'autres jugements ont abondé en ce sens, notamment le Tribunal de Grande Instance du Havre, le 20 septembre 2005 (34), par une ordonnance d'homologation. Le procureur de la République a choisi de ne pas engager de poursuites sur le fondement de la reproduction d'œuvres de l'esprit, mais

uniquement sur celui de l'usage collectif par le biais d'un réseau « *peer to peer* ».

Il serait ainsi implicitement reconnu que l'acte de téléchargement descendant ne constitue pas une contrefaçon dès lors que les copies restent strictement réservées à un usage privé et non destinées à une utilisation collective. Dès lors que le fichier téléchargé n'est pas mis à la disposition d'autres personnes connectées au réseau, l'acte reste licite, cet acte étant alors couvert par l'exception de copie privée. Seule la mise à disposition, savoir l'émission, serait constitutive d'une contrefaçon (35).

Par ces deux dernières catégories de décisions, celles relaxant les prévenus au motif que la preuve d'un usage autre que strictement privé n'était pas apporté ou ceux reconnaissant que seule la mise à disposition de fichiers constituerait une atteinte à l'exception de copie privée, les juges, se méprenant sur la portée de l'exception de copie privée, protègent malheureusement l'Internaute qui aurait téléchargé illicitement des films via Internet (36).

De telles décisions, si elles devaient se pérenniser, sonneraient alors le glas, entre autres, du Dvd, même si un temps de répit lui sera accordé en raison, pour l'instant, de la piètre qualité des films téléchargés.

Si le gouvernement décide, via la licence globale, d'autoriser le téléchargement d'un film gratuitement dès sa sortie, cela portera un coup fatal à cette fameuse chronologie des médias et en conséquence au retour sur investissement du producteur. A terme c'est tout le mode de financement de l'industrie cinématographique qui sera remis en cause.

A. F.- V.

31. J. Larrieu, « *Peer-to-peer* » et copie privée », *D.*, 2004, J., p. 3132.

32. TGI Havre, 20 septembre 2005, Monsieur L.T C/SACEM, *RLD* 2005/11, n° 305, note F. Macrez.

33. *Ibidem*.

34. *Ibidem*.

35. Ch. Caron et Y. Gaubiac, « L'échange d'œuvres sur l'Internet ou le P2P », in Mélanges Victor Nabhan : *Les Cah. propr. intell.*, Hors série, Montréal, éd. Yvon Blais, 2005, p. 31.

36. Voir sur ce point l'article de J.-M. Frodon, « Production, changement d'ère » in *Cahiers du Cinéma*, n° 608, janvier 2006.