

**Avis n° 2018-01 relatif à l'exception de copie privée des programmes télévisés
reproduits par voie d'accès à distance.**

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 ;

Vu la demande d'avis enregistrée par la Haute Autorité le 26 avril 2018 ;

Considérant que lors de l'instruction, ont été sollicités les principaux protagonistes mis en cause dans le cadre de la saisine ainsi que les acteurs publics et privés susceptibles d'éclairer la Haute Autorité dont la Commission copie privée, le Conseil supérieur de l'audiovisuel, la Fédération Française des Télécoms et l'association Familles Rurales.

Après en avoir délibéré le 25 octobre 2018, en présence de : Denis RAPONE, Alexandra BENSAMOUN, Louis de BROISSIA, Brigitte GIRARDIN, Alain LEQUEUX, Marcel ROGEMONT et Vincent VIGNEAU ;

Considérant ce qui suit

Sur la recevabilité de la saisine

1. La Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet (Hadopi) a été saisie par lettre recommandée avec accusé de réception le 26 avril 2018, en application de l'article L. 331- 36 du code de la propriété intellectuelle, d'une demande d'avis quant à la mise en œuvre effective de l'exception de copie privée des programmes télévisés reçus par la plateforme Molotov TV.
2. La plateforme Molotov TV est un distributeur d'un service de télévision qui est soumis aux dispositions de l'article L. 331-9 du code de la propriété intellectuelle et qui met à disposition un service de stockage mentionné au deuxième alinéa de l'article L. 311-4 du code de la propriété intellectuelle.
3. L'auteur de la demande d'avis est abonné à la plateforme Molotov TV et dispose d'un compte lui permettant de bénéficier des programmes diffusés par cette plateforme et de ses services de reproduction à distance.
4. À ce titre, cet auteur peut être regardé comme « une personne bénéficiaire » de l'exception de copie privée définie au 2° de l'article L. 122-5 et à l'article L. 211-3 du code de la propriété intellectuelle et est susceptible d'introduire une demande d'avis en vertu de l'alinéa 2 de l'article L. 331- 36 du code de la propriété intellectuelle.
5. La saisine répond, par ailleurs, aux conditions de recevabilité d'ordre général posées par le point I de l'article R. 331-56 du code de la propriété intellectuelle.

Sur la demande d'avis

6. L'Hadopi a pour mission de s'assurer que les restrictions techniques mises en œuvre par les services en ligne n'aient pas pour effet de priver le bénéficiaire effectif de l'exception de copie privée. Les décisions de la Haute Autorité, notamment en matière d'exceptions aux droits d'auteur, sont soumises à certaines vérifications induites par le « test en trois étapes » et, à ce titre, ne peuvent pas en vertu de l'article R. 331-64 du code de la propriété intellectuelle « *porter atteinte à l'exploitation normale des œuvres ni causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes des titulaires des droits* ».
7. La demande d'avis met en exergue des limitations de certaines fonctionnalités d'enregistrement d'une partie des programmes distribués par la plateforme Molotov TV telles que:

- L'impossibilité d'activer la fonctionnalité d'avance rapide sur les programmes enregistrés des chaînes M6, W9 et 6ter (chaîne du groupe M6) ;
- Pour les abonnements payants, la restriction des capacités d'enregistrement des chaînes des groupes TF1 et M6 à 20 heures cumulées par groupe ;
- L'impossibilité d'enregistrer certains flux simultanément ;
- La limitation à deux semaines de la possibilité de planifier les enregistrements ;
- L'impossibilité de copier sur d'autres supports les fichiers enregistrés.

La Haute Autorité est saisie, selon les termes même de la demande, aux fins de « savoir si l'exigence de copie privée est satisfaite malgré ces restrictions » au regard de l'article L. 331-9 du code de la propriété intellectuelle.

Sur les observations générales formulées par les principaux protagonistes

8. La société Molotov TV, rencontrée à deux reprises indique que ces restrictions du bénéfice de la copie résultent des exigences de certains ayants droit et qu'elles ont donné lieu à plusieurs réclamations de la part de ses abonnés. Elles rendent peu compréhensible l'usage de son service d'enregistrement personnel en réseau dit « *Network Personal Video Recorder* » (NPVR) car, d'une part, ces restrictions diffèrent d'une chaîne à l'autre et, d'autre part, le bénéficiaire s'acquitte d'un abonnement global pour 150 heures de copies sans pouvoir réaliser 150 heures de copie pour certains groupes de chaînes. La société Molotov TV souligne que ces limitations sont sans équivalent sur les box des fournisseurs d'accès à internet qui ont pourtant des capacités totales de stockage similaires aux enregistreurs vidéo personnels dit « *Personal Video Recorder* » (PVR).
9. Les ayants droit visés expressément par la demande d'avis à savoir les groupes M6 et TF1 font valoir que l'enregistrement « dans les nuages » est de nature à entraîner une modification de la consommation des services linéaires en privant les éditeurs du lien direct avec le téléspectateur et pourrait nuire notamment aux offres de « *replay TV* » proposées par les éditeurs.

Sur les services proposés par la plateforme Molotov TV

10. Molotov TV est le seul distributeur d'un service de télévision en France à la date de la saisine mettant à disposition un service de stockage mentionné au deuxième alinéa de l'article L. 311-4 du code de la propriété intellectuelle.
11. L'article 2.1 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication définit les distributeurs de services de télévision comme « *toute personne qui établit avec des éditeurs de services des relations contractuelles en vue de constituer une offre de services de communication audiovisuelle mise à disposition auprès du public par un réseau de communications électroniques au sens du 2° de l'article L. 32 du code des postes et des communications électroniques.* ».
12. Molotov TV propose une offre de distribution de services audiovisuels sur le réseau internet dite également « *over-the-top* » (OTT). Cette expression désigne les services audiovisuels utilisant l'internet ouvert sans réseau associé pour la distribution de leurs contenus, ce qui les distingue des réseaux classiques de distribution de services de télévision tels que les réseaux de communications électroniques exploités et gérés par les fournisseurs d'accès à internet, les réseaux hertziens et le câble.
13. Les contrats de fourniture de ses services aux consommateurs sont également soumis au code de la consommation au même titre que les contrats relatifs aux services de médias audiovisuels à la demande qui ont fait l'objet d'une recommandation de la commission des clauses abusives n°17-02 du 7 décembre 2017 (publiée au BOCCRF le 19 février 2018).
14. Parmi les services proposés par Molotov TV, la fonctionnalité dite de « Bookmark » permet de réaliser, à la demande de l'utilisateur, une copie d'un programme et de la conserver dans l'espace personnel « dans les nuages » associé au compte utilisateur. Lorsque les utilisateurs atteignent leur capacité de stockage personnel, ils ne peuvent plus enregistrer de programmes et doivent effacer les anciens enregistrements pour libérer de l'espace. Les utilisateurs peuvent augmenter cette capacité en payant un forfait mensuel supplémentaire dans la limite d'un plafond de 500 heures.

Sur l'exception de copie privée des programmes télévisés par voie d'accès à distance

15. La loi institue une exception dite de copie privée à l'article L. 122-5 du code de la propriété intellectuelle, selon lequel « 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.
16. Le régime de l'exception de copie privée repose toutefois sur un équilibre entre les facultés d'usage des consommateurs et les droits des auteurs en prenant en compte le contexte des technologies numériques et des modes d'exploitation de ces œuvres. L'auteur peut ainsi limiter 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 selon la Cour de cassation « *au regard des risques inhérents au nouvel environnement numérique* » (civ. 1ère, 28 février 2006, n° 05-15.824 et 05-16.002).
17. La 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, a introduit une rémunération à raison des copies privées réalisées à partir des phonogrammes et des vidéogrammes. Le montant de la redevance pour copie privée doit cependant tenir compte en application de l'article L. 331-4 du code de la propriété intellectuelle « *du degré d'utilisation des mesures techniques de protection (...) et de leur incidence sur les usages relevant de l'exception pour copie privée* ».
18. Le législateur français a plus spécifiquement consacré la faculté de copie privée des programmes télévisés sur support numérique. L'article L. 331-9 du code de la propriété intellectuelle tel qu'il résulte de la loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet dispose 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* ».
19. Les travaux préparatoires de la loi du 12 juin 2009 montrent que le législateur a souhaité, à travers la rédaction de l'article L.331-9 du code de la propriété intellectuelle, veiller au maintien de la faculté historique de copie privée à partir de la télévision, y compris sur support numérique, et a entendu garantir, dans la mesure du possible, le principe de neutralité technologique et ainsi la continuité entre les copies analogiques et les copies numériques.
20. Cette faculté a ultérieurement été étendue aux services de copie des programmes linéaires « dans les nuages » par la loi n°2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine. Suivant la logique de neutralité technologique, les travaux parlementaires de cette loi en 2016 mettent en évidence que « *ces services qui s'apparentent à des magnétoscopes numériques, offrent aux particuliers des usages de copie équivalents à ceux dont ils disposent déjà grâce à leur box. Le choix d'assujettir ces services d'enregistrement numérique à distance n'est donc pas arbitraire, en ce qu'il se fonde sur cette équivalence d'usage* ».
21. Cependant, les travaux parlementaires font état également de craintes quant aux risques qui pourraient être induits par les capacités de stockage potentiellement illimitées de ces services. Dans ce contexte, l'article L. 331-9 du code de la propriété intellectuelle dans sa rédaction résultant de la loi du 7 juillet 2016 renvoie à des conventions entre les éditeurs et les distributeurs le soin de définir « *les fonctionnalités de ces services de stockage* ». Le Conseil supérieur de l'audiovisuel peut être saisi par un éditeur ou un distributeur de ces services de tout différend relatif à la conclusion ou à l'exécution de la convention mentionnée à l'avant-dernier alinéa du présent article et rendre une décision dans les conditions définies à l'article 17-1 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 précitée.
22. La faculté mentionnée au point 19 n'a, par ailleurs, pas été étendue à l'ensemble des services en ligne de reproduction. L'article L. 311-4 du code de la propriété intellectuelle dans sa rédaction issue de cette même loi du 7 juillet 2016 dispose que la rémunération pour copie privée est « *versée par l'éditeur d'un*

service de radio ou de télévision ou son distributeur, au sens de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, qui fournit à une personne physique, par voie d'accès à distance, la reproduction à usage privé d'œuvres à partir d'un programme diffusé de manière linéaire par cet éditeur ou son distributeur, sous réserve que cette reproduction soit demandée par cette personne physique avant la diffusion du programme ou au cours de celle-ci pour la partie restante ». Cette dernière précision est apparue essentielle pour se conformer à la jurisprudence européenne sur les services de reproduction numérique intervenant à des fins commerciales à destination des personnes privées.

23. Le 3 juillet 2018, la Commission copie privée a adopté les barèmes définitifs de la redevance pour copie privée visant les services en ligne comme Molotov TV. Les nouveaux barèmes se substituent à ceux adoptés en juin 2017 qui, en l'absence d'études *ad hoc* sur les pratiques de copies sur ces supports, étaient fondés sur celui appliqué aux box des fournisseurs d'accès à Internet.
24. L'examen des questions posées par la demande d'avis nécessite de rechercher la portée que le législateur a entendu accorder, en l'espèce, à la copie privée réalisée par les magnétoscopes en ligne et de veiller à ce que les orientations dégagées par l'avis sur les facultés de copies restent compatibles avec les conditions posées par l'article R. 331-64 du code de la propriété intellectuelle.

Émet l'avis suivant :

25. L'analyse technique conduite par les services de l'Hadopi confirme l'existence de l'ensemble des limitations mises en lumière dans la demande d'avis du fait de diverses mesures techniques de protection. Toutefois, s'agissant de la possibilité d'activer la fonctionnalité « avance rapide » des programmes de M6, aucune analyse technique n'a pu être conduite. En effet, suite à un contentieux opposant le groupe M6 et Molotov TV, la copie des programmes de M6 n'est plus possible.
26. Le présent avis porte sur les restrictions constatées sur la plateforme Molotov TV, seul service de copie à distance existant, et ne préjuge pas de la position de la Haute Autorité quant à l'apparition éventuelle de nouveaux services de ce type.
27. Ces restrictions résultent de l'application des conventions prévues à l'article L. 331-9 du code la propriété intellectuelle conclues entre les éditeurs et la plateforme Molotov TV dont l'objet est de définir « les fonctionnalités » du service de stockage et qui sont le résultat de la volonté du législateur de préserver la possibilité de réaliser une copie tout en permettant d'encadrer par un commun accord les fonctionnalités de ces services.
28. Sur ce point, la commission Copie privée, dans sa décision n°17 du 3 juillet 2018, reprenant les travaux parlementaires, rappelle que les conventions prévues à l'article L.331-9 du code la propriété intellectuelle « *ne devraient viser qu'à permettre aux parties de fixer les capacités de stockage de ces Services, de garantir la sécurisation des programmes copiés par les consommateurs au moyen de ces Services, de préserver les modes d'exploitation licites et de prévenir d'éventuels risques de contrefaçon tout en garantissant aux consommateurs le bénéfice de l'exception pour copie privée* ».
29. Suivant le même raisonnement, la Haute Autorité estime que les restrictions susceptibles d'être apportées dans le cadre des conventions relevant du CSA ne devraient pas limiter la faculté de copie du bénéficiaire qui a souscrit une offre auprès du service en ligne. Leur finalité, préalablement à la mise en œuvre du service, est de définir des modalités permettant de pallier les risques de stockage illimité et de préserver le modèle économique des éditeurs.
30. L'Hadopi relève que le dispositif légal organisant la copie privée des programmes à distance prévoit plusieurs garanties au profit des titulaires de droit quant aux risques d'atteinte à l'exploitation normale des œuvres. L'exception de copie privée s'applique uniquement aux services d'enregistrement en ligne proposés par les distributeurs déclarés auprès du CSA ayant conclu un accord de distribution avec la chaîne et qui permettent aux utilisateurs d'obtenir la copie d'un programme de télévision linéaire uniquement au moment de sa diffusion.

31. Par ailleurs, l'instruction a révélé que l'enregistrement des programmes de Molotov TV n'a généré aucun cas de contrefaçon.
32. En l'espèce, alors que les capacités de stockage de ces services peuvent atteindre, à l'instar du PVR, 500 Go, la limitation à 20 heures contraint les abonnés de Molotov TV à effacer les programmes d'un groupe de chaînes, renonçant ainsi à une certaine pérennité de leur copie, et ce alors même qu'ils s'acquittent d'un forfait global comprenant la redevance pour copie privée pour 150 heures minimum de copie.
33. L'exception de copie privée de programmes linéaires suppose *a minima* la possibilité pour son bénéficiaire de copier les programmes reçus dans la limite des capacités de stockage acquises et soumises à redevance. Il ressort de l'ensemble de ces éléments que le seuil de 20 heures, retenu pour limiter les capacités d'enregistrement des programmes d'un même groupe de chaînes pour les abonnés payants de Molotov TV, peut être regardé comme injustifié car trop restrictif.
34. Par ailleurs, l'utilisateur doit pouvoir disposer pleinement et librement de sa copie, ce qui implique de pouvoir la visionner en tout ou partie, en tout lieu et à tout moment, c'est-à-dire y compris en l'absence de connexions internet.
35. Or, la copie réalisée est accessible par l'utilisateur uniquement en ligne *via* la plateforme à partir de différents supports, y compris dans l'ensemble de l'espace européen.
36. L'Hadopi, dans son avis n°2014-1 du 11 septembre 2014, a précisé que les « limitations privant les copies privées de toute interopérabilité avec d'autres lecteurs que l'enregistreur ayant réalisé la copie, et empêchant la conservation des copies en cas de changement du fournisseur, apparaissent excessives ». Ainsi, il convient, en l'espèce, de favoriser la possibilité de copier sur d'autres supports les fichiers enregistrés des chaînes diffusées par Molotov tant que la copie reste protégée contre les utilisations non autorisées, à l'instar des modalités de consultation temporaire des œuvres en mode hors ligne proposées par certains services interactifs à la demande.
37. En revanche, l'enregistrement simultané de deux ou plusieurs flux, s'il répond à la volonté de promouvoir les progrès technologiques au bénéfice de l'utilisateur prônée par le législateur, est avant tout une fonctionnalité technique du service de stockage et ne constitue pas un élément constitutif de l'exception de copie privée.
38. De même, la limitation à deux semaines de la possibilité de planifier les enregistrements n'apparaît pas relever d'une atteinte au bénéfice de l'exception de copie privée.
39. Le présent avis sera transmis au Ministre de la Culture.

La Secrétaire Général de la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet est chargé de le notifier à l'auteur de la demande d'avis.

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 29 octobre 2018,

Pour le Collège de l'Hadopi
Le Président

Denis RAPONE