

# La copie privée, point d'équilibre du droit d'auteur

Observations en marge de l'arrêt de la Cour de Montpellier en date du 10 mars 2005, et de l'arrêt de la Cour de Paris en date du 22 avril 2005

Par Cyril Rojinsky  
Avocat au barreau de Paris

E-mail : [crojinsky@wanadoo.fr](mailto:crojinsky@wanadoo.fr)

D'après l'article paru dans *Expertises*, n° 294, juillet 2005, p. 255

## Introduction

1. En 1848, le *Manifeste du parti communiste* de Marx et Engels débutait par ces mots : « *Un spectre hante l'Europe – le spectre du communisme* ». A l'heure où Bill Gates – *Chief Software Architect* de *Microsoft* – fait à nouveau appel au fantôme du communisme pour critiquer notamment les logiciels libres<sup>1</sup>, ce mot de spectre redevient d'actualité et peut tout aussi bien être associé à la copie privée, car elle a été jusqu'ici toujours présente, mais presque jamais débattue. Nous y reviendrons.

La copie privée est précisément d'une actualité assez brûlante – est-il besoin de le souligner ? – laquelle voit s'affronter des intérêts fondamentalement antagonistes. Jacques Derrida, dans son *Spectres de Marx*, avait proposé le concept de « *hantologie* » – contraction de « *ontologie* » et de « *hantise* » – pour désigner une personne, une chose, une idée, tout à la fois présente et absente<sup>2</sup>. Cette chose, donc, vient nous visiter, et ici – s'agissant de la copie privée – de plus en plus fréquemment, alors qu'elle avait été totalement absente des débats autour de la loi de 1957, aujourd'hui codifiée. La copie privée serait ainsi le spectre du droit d'auteur...

Et justement elle nous revient avec deux décisions récentes – que certains, selon leurs affinités et leurs intérêts propres – viendront qualifier de mineures ou de majeures. Que disent exactement ces arrêts ?

2. Le premier tout d'abord<sup>3</sup>, celui de la Cour de Montpellier en date du 10 mars 2005, vient confirmer un précédent jugement du Tribunal correctionnel de Rodez en date du 13 octobre 2004<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Voir not. J. Thorel, *Pour Bill Gates, restreindre la propriété intellectuelle s'apparente à un 'communisme d'un nouveau genre'*, ZDNet.fr, 7 janvier 2005. Dans cet entretien, Gates indique notamment qu'« il n'y a jamais eu aussi peu de communistes aujourd'hui dans le monde. Il y a pourtant certains communistes d'un genre nouveau, cachés sous différents masques, qui veulent se débarrasser des mesures incitatives dont bénéficient les musiciens, les cinéastes et les créateurs de logiciels. Ces gens-là pensent que ces mesures ne devraient pas exister », <<http://www.zdnet.fr/actualites/informatique/0,39040745,39196890,00.htm>>.

<sup>2</sup> J. Derrida, *Spectres de Marx – L'Etat de la dette, le travail du deuil et la nouvelle Internationale*, éd. Galilée, 1993, p. 31. Avec, en conclusion (« *Apparition de l'inapparent* », p. 277), cette demande, ou plutôt ce vœu : « *Exorciser non pas pour chasser les fantômes, mais cette fois pour leur faire droit, si cela revient à les faire revenir vivants, comme des revenants qui ne seraient plus des revenants, mais comme ces autres arrivants auxquels une mémoire ou une promesse hospitalière doit donner accueil – sans la certitude, jamais, qu'ils se présentent comme tels. Non pour leur faire droit en ce sens mais par souci de justice.* » Faire justice, donc – ici et ailleurs – aux droits du public sans lesquels les droits de l'auteur n'auraient pas de sens.

<sup>3</sup> CA Montpellier, 3<sup>ème</sup> Ch. corr., 10 mars 2005, Ministère Public, FNDF, SEV, Twentieth Century Fox et a. c/ Aurélien D, disponible à l'adresse <<http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=650>>, V., sur cet arrêt : C. Caron, *Le téléchargement, entre contrefaçon et copie privée*, Com. com. électr. 2005, comm. 77 ; G. Kessler, *L'interprétation extensive de l'exception de copie privée*, D. 2005, jur. p. 1294 ; J. Larrieu, *Le téléchargement au Paradis ? A propos de l'arrêt de la cour de Montpellier du 10 mars 2005*, Juriscom.net, 21 mars 2005, <<http://www.juriscom.net/uni/visu.php?ID=659>> ; C. Manara, *Télécharger des fichiers au contenu protégé n'est pas illégal !*, D. 2005, Point de vue, p. 834.

<sup>4</sup> TGI Rodez, 13 oct. 2004 : Juriscom.net, <<http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=591>> ; Com. com. électr. 2004, comm. 86, obs. C. Caron ; D. 2004, jur. p. 3132, note J. Larrieu ; Propr. intell. 2005, n° 14, p. 56, note P. Sirinelli.

Ce jugement avait relaxé un internaute prévenu d'avoir « *édité une production, en l'espèce en reproduisant 488 CD-Rom, imprimés ou gravés en entier ou partie* ».

Ce dernier avait admis avoir téléchargé sur internet via son ordinateur un tiers des œuvres, le reste ayant été copié sur des CD-Roms prêtés par des amis. Il avait cependant affirmé en avoir seulement prêté mais jamais vendu ni échangé, ajoutant que ces CD-Roms étaient destinés à son usage personnel, même s'il lui était arrivé de regarder des films avec deux ou trois « *copains* ».

Le Tribunal correctionnel de Rodez, relevant que n'était pas rapportée « *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] » des copies réalisées par le prévenu, l'a donc relaxé.

La Cour d'appel de Montpellier a, dans son arrêt en date du 10 mars 2005 rendu sur l'appel interjeté par le Ministère public et les parties civiles contre le jugement précité, confirmé en tous points le raisonnement tenu par les premiers juges. C'est dire que les juges du fond ont donc considéré les agissements du prévenu, qui avait notamment téléchargé sur internet des œuvres, dont il ne possédait *a priori* et par définition pas d'exemplaire acquis légitimement, comme étant couverts par l'exception de copie privée consacrée par l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle (« *CPI* »).

**3.** La seconde affaire, rendue en matière civile, a nécessité de la part des juges de confronter la délicate question d'un éventuel « *droit à copie privée* » au profit des usagers, et de tenter une interprétation du fameux « *test des trois étapes* »<sup>5</sup>.

Une première à notre connaissance, en droit français à tout le moins<sup>6</sup>, mais qui devrait se généraliser à l'avenir. Le test des trois étapes est en effet désormais présent dans trois instruments internationaux<sup>7</sup>, et il est devenu incontournable depuis la directive du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information<sup>8</sup>, directive non transposée dans les temps qui ne saurait cependant avoir d'effet direct horizontal, c'est-à-dire entre les parties à un procès.

L'arrêt de la Cour de Paris considère qu'il ne saurait y avoir de « *droit à copie privée* » au profit des usagers, dans la mesure où « *il s'agit d'une exception légale aux droits d'auteur, et non pas d'un droit qui serait reconnu de manière absolue à l'utilisateur* ».

Néanmoins, la Cour de Paris a jugé que le législateur n'avait pas eu l'intention de limiter l'exception de copie privée à la nature d'un support, analogique ou numérique, et a donc validé le principe même du maintien à l'avenir de l'exception de copie privée sur support numérique.

---

<sup>5</sup> Arrêt disponible à l'adresse <<http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=685>>. V., sur cet arrêt : V.-L. Benabou, *Les routes vertigineuses de la copie privée au pays des protections techniques... A propos de l'arrêt Mullholand Drive, Juriscom.net*, 30 mai 2005, <<http://www.juriscom.net/uni/visu.php?ID=703>>.

<sup>6</sup> Rappelons à cet égard la décision rendue le 27 juillet 2000 par l'Organe de règlement des différends de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) concernant la conformité au test des trois étapes d'une disposition de la loi américaine sur le *copyright* (*Copyright Act* de 1976 tel que modifié) : M. Vivant (s. la dir.), *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz 2003, n° 13, p. 169, obs. M. Clément-Fontaine.

<sup>7</sup> Article 9.2 de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, du 9 septembre 1886, telle que modifiée ; article 13 de l'Accord ADPIC conclu dans le cadre de l'OMC et annexé à l'accord instituant l'OMC ; article 10.2 du Traité OMPI sur le droit d'auteur du 20 décembre 1996, mais également, pour les artistes interprètes, article 16.2 du Traité OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes, du 20 décembre 1996.

<sup>8</sup> Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil, en date du 22 mai 2001, relative à certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, dont l'article 5.5 dispose que « *les exceptions et limitations prévues aux paragraphes 1, 2, 3 et 4 [dont l'exception de copie privée] ne sont applicables que dans certains cas spéciaux, qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ou autre objet protégé ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit* ». Cette directive est en voie de transposition en France. V. à cet égard, P. Sirinelli, *La transposition de la directive sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information : la situation en France – Etat des lieux*, Propr. intell., 2005, n° 15 p. 129 ; M. Vivant, *La transposition de la directive sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information : France – Analyse critique et prospective*, Propr. intell., 2005, n° 15 p. 146.

Par ailleurs, revenant en cela sur l'interprétation qui en avait été faite par le Tribunal de grande instance de Paris, la Cour de Paris a notamment jugé que :

*« S'il n'est pas contestable que l'exploitation d'une œuvre sous forme de DVD constitue une exploitation normale de celle-ci, comme l'est d'ailleurs une exploitation de cassettes vidéo, et est source de revenus nécessaires à l'amortissement des coûts de production, il n'est pas expliqué en quoi l'existence d'une copie privée, qui, en son principe et en l'absence d'un dévoiement répréhensible, ne fait pas échec à une exploitation commerciale normale, caractérise l'atteinte illégitime, ce d'autant plus qu'est prise en compte cette exigence de rentabilité par la fixation d'une rémunération en fonction de la qualité d'une reproduction numérique et que l'auteur ou ses ayants droit ne subit pas obligatoirement de manque à gagner, l'impossibilité de réaliser une copie n'impliquant pas nécessairement pour le consommateur une nouvelle acquisition du même produit »<sup>9</sup>.*

4. Ces deux arrêts constituent donc une avancée certaine et méritent une grande attention.

Pour notre part, et sous réserve de la position de la Cour de cassation devant laquelle ils ont été déférés, il s'agit là de décisions qui en toute hypothèse feront date, et qui éclairent tant l'avenir que le passé du droit d'auteur. Ils sont l'occasion d'une réflexion sur le devenir de la copie privée comme point d'équilibre du droit d'auteur.

Pour mieux comprendre la portée des enjeux actuellement en présence, il nous a paru opportun d'aborder ce thème en dressant un historique en trois temps : hier, aujourd'hui et demain. Nous laisserons bien entendu de côté les logiciels et les bases données, pour lesquels il n'existe pas de copie privée, mais seulement une « copie de sauvegarde » dont la nature est radicalement différente.

Par choix, nous n'évoquerons pas non plus le régime spécifique de la rémunération pour copie privée, qui ferait à lui seul l'objet d'une étude à part entière, et aussi pour la raison selon laquelle il est très douteux qu'une rémunération mutualisée apparue seulement en 1985 puisse légitimer un droit individuel.

#### **Hier, une indifférence toute relative**

5. Tout d'abord, un constat : jusqu'à la loi du 11 mars 1957, la copie privée à des fins personnelles ne semble pas susciter de question juridique majeure, ce que justifie d'ailleurs l'état de la technique de l'époque, qui rend cette hypothèse peu courante.

Ainsi Eugène Pouillet, dans son *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation* de 1908, évoque la situation en un simple et court paragraphe affirmant que, si la reproduction manuscrite constitue une contrefaçon lorsqu'elle est faite dans un but commercial, il faut bien admettre que « la contrefaçon [n'existe pas] lorsque la copie [est] destinée à un usage personnel »<sup>10</sup>.

Et d'ajouter : « Comment, en effet, réputer contrefacteur celui qui, pour son instruction ou pour aider sa mémoire, copie tout ou partie d'un livre ? N'est-il pas dans la destinée même du livre de servir à l'étude de ceux qui le lisent ? Il n'est pas interdit de l'apprendre par cœur, comment serait-il défendu de le copier ? La copie, en ce cas, n'est qu'un aide-mémoire naturel. Il en serait autrement si cette

---

<sup>9</sup> Rappelons à cet égard que le Tribunal de grande instance avait jugé, sans davantage expliquer son raisonnement, que « l'exploitation commerciale d'un film sous forme de DVD constitue un mode d'exploitation de nombreuses œuvres audiovisuelles si bien qu'il n'est pas contestable que ce mode fait partie d'une exploitation normale de telles œuvres » ; que « la copie d'une œuvre filmographique éditée sur support numérique ne peut ainsi que porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre » ; et que « cette atteinte sera nécessairement grave – au sens des critères retenus par la Convention de Berne – car elle affectera un mode d'exploitation essentielle de ladite œuvre, indispensable à l'amortissement de ses coûts de production ».

<sup>10</sup> Eugène Pouillet, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, 3<sup>e</sup> édition, 1908, n° 528, p. 559.

*copie manuscrite était vendue, si, en un mot, celui qui la possède en tirait un bénéfice pécuniaire et la faisait servir à une véritable exploitation commerciale »<sup>11</sup>.*

Certes, la seule hypothèse envisagée à l'époque est la copie manuscrite, faute de moyens techniques disponibles pour procéder à une reproduction mécanique d'une œuvre.

6. Mais l'idée, sous-jacente, est là, et il est déjà fait appel au bon sens, à la logique, à la justice, à la « destinée » des œuvres, lesquels commandent de ne pas considérer la copie à usage privé, la copie dont aucun profit n'est dégagé, comme une contrefaçon.

Il convient par conséquent de reconnaître que, avant même la loi de 1957, est déjà présente une certaine reconnaissance, certes embryonnaire, sinon de droits du public, à tout le moins de la nécessité de la prise en considération du public pour « contrebalancer » les droits des auteurs<sup>12</sup>.

L'existence de la copie privée semble donc déjà à cette époque se justifier par delà même l'impossibilité pratique, maintes fois mise en avant comme étant la justification unique de cette exception, qu'il y aurait à contrôler l'usage privé qui serait fait des œuvres – aussi bien en termes de coûts que de moyens techniques.

7. Ce constat n'est pas remis en cause par la loi du 11 mars 1957, laquelle affiche une certaine continuité à cet égard, même s'il n'est pas inutile de relever que le projet d'ordonnance de 1945 ainsi que la projet de loi sur la propriété littéraire et artistique de juillet 1947 prévoyaient la possibilité d'effectuer une copie privée *en un seul exemplaire*<sup>13</sup>. Mais cette limitation ne fut pas adoptée par le législateur de l'époque.

Ainsi, à propos des dérogations au droit de reproduction, dont le Professeur Desbois disait qu'elles étaient d'interprétation stricte, celui-ci écrivait en 1957 :

*« Les auteurs ne pourront chercher noise à un savant, à un étudiant, qui aurait la patience de copier l'intégralité d'un ouvrage, utile pour ses travaux personnels ou ses études ; mais dès lors que la copie est destinée à d'autres qu'au copiste, le consentement de l'auteur, ou des ayants droit est requis : il y a alors « utilisation collective », ce qui sera le cas, par exemple, de la transcription, même en un seul exemplaire, d'articles scientifiques ou techniques, qu'une entreprise industrielle ferait effectuer pour la documentation de ses ingénieurs et la poursuite de leurs travaux ; il n'en serait pas autrement de copies réalisées par les soins d'un chef d'orchestre ou d'un directeur de théâtre pour le service des exécutions ou des répétitions »<sup>14</sup>.*

---

<sup>11</sup> Eugène Pouillet, *op. cit.* Voir également, Augustin-Charles Renouard, *Traité des droits d'auteurs dans la littérature, les sciences et les beaux-arts*, 1849, Tome second, p. 42 : « Il serait injuste de décider en termes absolus que toute copie à la main d'un ouvrage d'esprit de domaine privé, d'un écrit, d'un livre, d'un dessin, d'un tableau, sera nécessairement une contrefaçon.

*On peut dire, sans doute, que créer d'un ouvrage privilégié même un seul exemplaire, c'est priver l'auteur du profit qu'il aurait eu si la vente de cet exemplaire était émanée de lui ; mais le bon sens indique qu'on ne saurait réputer contrefacteur celui qui, pour son instruction ou pour son usage, copie tout ou partie d'un livre, fait des études sur un dessin ou sur un tableau. Que si les copies sont faites pour se créer une exploitation commerciale, il sera bien évident que ce commerce préjudiciable à l'auteur aura le caractère de contrefaçon. Autant la solution est facile en la plaçant à l'extrémité de ces deux hypothèses, autant, dans une multitude de cas intermédiaires, elle présentera des difficultés ».*

<sup>12</sup> Loi n° 57-298 du 11 mars 1957 « sur la propriété littéraire et artistique », JO 14 mars 1957, p. 2723. A titre d'anecdote, il est intéressant de noter que le tout premier numéro de la *Revue internationale du droit d'auteur*, en 1953, a consacré un article à l'exception de copie privée : v. M. Saporta, *Les reproductions mécaniques et leur usage privé*, RIDA, oct. 1953, n° 1 p. 65.

<sup>13</sup> *Travaux de la Commission de la Propriété Intellectuelle*, texte proposé par la Commission en vue d'une ordonnance sur la propriété littéraire et artistique, publié par l'Office Professionnel des Industries et Métiers d'Art et de Création et par l'Office Professionnel des Industries, Arts et Commerces du Livre, 1944-1945.

<sup>14</sup> Henri Desbois, *Commentaire de la loi du 11 mars 1957*, D. 1957, p. 350. Mais l'auteur retient qu'il y a lieu de considérer « comme illicites les enregistrements de l'interprétation d'œuvres dramatiques ou musicales, réalisés, fit-ce pour son agrément strictement personnel ou celui du cercle de famille, par l'auditeur d'un concert à l'aide d'un magnétophone : l'usage de la bande magnétique renouvellera le plaisir de l'audition initiale ».

Une idée que René Savatier résume bien dans son commentaire de la loi du 11 mars 1957, lorsqu'il écrit que, « *pénétré de la tradition française, si attachée aux prérogatives des créateurs intellectuels, le législateur se montre, en même temps soucieux des droits du public, comme des intermédiaires dont le concours assure le rayonnement de l'œuvre* »<sup>15</sup>.

8. Que ce soit antérieurement ou au moment même de l'adoption de la loi du 11 mars 1957 donc, la doctrine semble s'accorder sur la justification de l'exception de copie privée, dont le caractère inoffensif est souligné, mais qui, en toute hypothèse, est vouée à une interprétation restrictive.

Cependant, la généralité de la lettre de l'article 41 est troublante, et il n'est pas incohérent de penser, comme l'a fait le Tribunal de grande instance de Paris dans son jugement du 30 avril 2004 – jugement réformé par l'arrêt du 22 avril 2005 – que la date à laquelle la loi a été adoptée exclue que le législateur ait pu prendre en considération et envisager l'hypothèse actuelle d'une « *démultiplication [...] des supports sur lesquels une œuvre peut être reproduite et les procédés techniques de protection susceptibles de faire obstacle à leur reproduction* ». Nous tenterons toutefois de montrer que ce raisonnement est critiquable.

### **Aujourd'hui, un droit soumis à interprétations**

9. Reprenons depuis la loi du 11 mars 1957. Son article 41 [devenu l'art. L. 122-5 CPI] dispose que : « *Lorsque l'œuvre a été divulguée, 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 (...)* ».

Il ne peut donc faire débat que, dans ce cas bien précis, l'auteur – mais aussi l'artiste interprète ou encore le producteur – perd son droit d'autoriser ou d'interdire l'exploitation de l'œuvre. Vient alors la question, somme toute assez théorique, qui oppose les partisans d'une simple tolérance légale, et ceux d'un véritable *droit à la copie privée*<sup>16</sup>.

10. Ce qui est certain, c'est la perte du monopole d'exploitation<sup>17</sup>. Mais certains auteurs vont même plus loin, en écrivant que « *la copie privée est un droit de l'usager et point une simple tolérance de l'auteur* »<sup>18</sup>. Le Professeur Gautier ajoute à cet égard que « *l'exception à un droit exclusif peut fort bien reposer sur un droit, voire une liberté* ».

A l'appui de cette conception d'une perte par l'auteur de son monopole d'exploitation, qui est celle implicitement retenue par les arrêts ici rapportés, nous pouvons nous autoriser d'une référence plus ancienne, en l'occurrence un jugement commenté en son temps par le Professeur Desbois. Ce jugement du Tribunal de grande instance de Paris en date du 28 janvier 1974, s'il n'est donc que de première instance, n'en est pas moins très éclairant sur la notion même de copie privée aux prises avec les innovations technologiques<sup>19</sup>.

11. Comme le relève cette décision, la question qui se posait alors, et qui voyait s'opposer le CNRS à la *Société Entreprises Modernes d'Éditions*, était « *celle de savoir si l'exception de l'art. 41 [devenu L. 122-5 CPI] couvre l'usage des moyens modernes de reproduction (microcopies, photocopies)* ».

Ce à quoi le Tribunal répondit « *que les procédés modernes de reprographie étaient déjà connus lorsqu'a été élaborée la loi du 11 mars 1957* », et « *que si le législateur avait entendu exclure ces procédés modernes du champ d'application de l'art. 41, il n'aurait pas manqué de le dire* ».

Mais là où ce jugement est d'une grande importance, car il semble presque consacrer un droit au progrès technique, c'est lorsqu'il indique que, « *sur un plan plus général, en décider autrement, serait annihiler l'essor des moyens modernes de reproduction et, par là même, faire échec au*

<sup>15</sup> René Savatier, *Loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique*, JCP 1957, I, 1398, n°3.

<sup>16</sup> D'une manière générale, v. D. Cohen, *Le droit à ...*, in *L'avenir du droit*, Mélanges en hommage à François Terré, Dalloz – PUF – Editions du Juris-Classeur, juin 1999, p. 393.

<sup>17</sup> Bien que quelques auteurs prédisent la fin pure et simple de la copie privée dans l'environnement numérique : Y. Gaubiac et J. Ginsburg, *L'avenir de la copie privée numérique en Europe*, Com. com. électr. 2000, chron. 1.

<sup>18</sup> P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 5<sup>e</sup> éd., oct. 2004, n° 194, p. 375.

<sup>19</sup> TGI Paris 28 janvier 1974, *D. 1974, Jur. 337, note H. Desbois*.

*développement de la connaissance qui a trouvé un tremplin de choix dans l'emploi des procédés modernes de diffusion de la pensée ».*

En l'état de la doctrine et de la jurisprudence antérieures aux arrêts du 10 mars et du 22 avril 2005, la copie privée pourrait donc être de « droit », mais en réalité peu importe. Ce qui compte ici réellement, c'est que cette copie est libre, à partir du moment où elle est exclusivement réservée à l'usage privé du copiste, et qu'elle n'est pas tributaire ou conditionnée par les évolutions techniques, quelle que soit leur nature. On retrouve ici l'un des considérants de l'arrêt de la Cour de Paris, aux termes duquel il est « manifeste que le législateur avait connaissance en 2001 de l'évolution technique et n'a pas alors entendu limiter l'exception de copie à la nature d'un support ».

**12.** Vient l'épineuse question du test des trois étapes, dont il faut d'abord rappeler qu'il ne s'impose aujourd'hui qu'au législateur, et non au juge<sup>20</sup>. Qu'il soit formulé initialement dans la Convention de Berne, repris dans l'accord ADPIC de 1994, rappelé dans les Traités OMPI du mois de décembre 1996, et enfin réitéré dans la directive du mois de mai 2001, faut-il en déduire qu'il porterait le coup de grâce aux exceptions traditionnelles que connaît notre droit, et en particulier à l'exception dite de copie privée ?

Tout comme la Cour de Paris dans son arrêt du 22 avril 2005, venant réformer sur ce point le jugement du 30 avril 2004, nous ne le pensons pas. Tout devrait ici être affaire de situation, de cas d'espèce, et surtout d'analyse économique précise sur l'impact de la copie à l'égard des titulaires de droits<sup>21</sup>. La question essentielle qui était posée dans l'affaire du DVD de *Mulholland Drive* était celle de savoir ce qu'est une atteinte à l'« exploitation normale de l'œuvre ». Il ne suffit pas de prétendre de manière abrupte et sans davantage d'expertise que la copie privée en matière de vidéogrammes porterait une atteinte injustifiée aux intérêts des producteurs. Encore faut-il le démontrer. Et c'est bien ce que semble avoir omis de faire le Tribunal de grande instance de Paris.

En toute hypothèse, les récentes décisions du Tribunal de grande instance et de la Cour de Paris soulignent la réalité des difficultés pratiques d'interprétation que pose et risque de poser à l'avenir le désormais fameux « test des trois étapes », dont les conditions sont loin d'être claires.

En cela, ces décisions confirment l'urgence qu'il y a à disposer d'un avis ou d'une décision d'une autorité supérieure sur cette question, faute de quoi une certaine insécurité juridique pourrait prévaloir.

Dans sa position de 2000, l'Organe de Règlement des Différends de l'OMC avait retenu qu'« il semble qu'une façon d'évaluer la connotation normative du terme exploitation normale consiste à examiner, outre celles qui génèrent actuellement des recettes significatives ou tangibles, les formes d'exploitation qui, avec un certain degré de probabilité et de plausibilité, pourraient revêtir une importance économique ou pratique considérable ». Cette décision pourrait s'avérer un guide utile<sup>22</sup>, mais elle ne semble pas faire l'unanimité<sup>23</sup>.

**13.** Après le test des trois étapes, vient l'ultime question de l'origine de la copie : peut-on copier à titre privé à partir d'une source illicite, ou tombe-t-on alors dans le délit de recel de contrefaçon ? En faveur

<sup>20</sup> A ce sujet, lire V.-L. Benabou, *op. cit.*

<sup>21</sup> V. TGI Paris, 30 avril 2004, Juriscom.net, <<http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=513>> ; *Légipresse*, sept. 2004, 214-III-148, note M. Vivant et G. Vercken.

<sup>22</sup> V., pour une analyse du rapport, E. Bréart, *Parlez-moi de droits intellectuels*, Petites affiches 2001, n° 157; M. Ficsor, *How much of what ? The "three-step test" and its application in two recent WTO dispute settlement cases*, RIDA 2002, n° 192, p.111; Y. Gaubiac, *Les exceptions au droit d'auteur : un nouvel avenir*, Com. com. électr., 2001, p.12 ; Y. Gaubiac, *Les exceptions : la méthode suivie et les résultats obtenus*, Propr. intell., 2002, n°2, p. 17 ; J. Ginsburg, *Toward supranational copyright law ? The WTO Panel decision and the "three-step test" for copyright exceptions*, RIDA 2001, n° 187, p. 3, A. Lucas, *Le "triple test" de l'Accord ADPIC à la lumière du Rapport du groupe spécial de l'OMC Etats-Unis – article 110 (5) de la loi sur le droit d'auteur*, in Mélanges Dietz, Beck, München, 2001, p. 423.

<sup>23</sup> C. Geiger, *Right to copy v. Three-step test*, Cri 1/2005, p. 7: "this interpretation involves a certain number of dangers. Firstly, it imposes a status quo that prevents any extension of the exception to new situations that are not provided for by the letter of the law, but which could be imposed by virtue of its spirit. Secondly, the reference to future exploitations risks paralyzing the exceptions whenever a technical development, by permitting control over certain uses that could not be controlled previously, creates new possibilities of exploitation".

de la seconde hypothèse, d'éminents auteurs se prononcent. Ainsi, le Professeur Gautier indique que « *l'internaute devrait pouvoir jouir de l'œuvre à partir de son ordinateur ou de son baladeur numérique. A supposer évidemment qu'il ait chargé l'œuvre sur un site autorisé et non manifestement illégal. Faut de quoi, il y aurait place pour le grief de recel, à son encontre, sans qu'il puisse se prévaloir de l'exception de copie privée, qui présuppose un usage licite* »<sup>24</sup>. Et d'ajouter, en note de bas de page de la dernière édition de son Traité, que « *certes, l'art. L. 122-5 ne distingue pas selon la source licite ou non de la copie ; mais il la présuppose (interprétation téléologique de la loi – et stricte des exceptions, qui ne sont pas faites pour les citoyens indéclicats)* ». Cette vision des choses est corroborée par un autre auteur, dont la formule, plus abrupte, est la suivante : « *la copie à titre privé n'autorise pas le "blanchiment" d'un objet contrefait* »<sup>25</sup>.

Il reste donc à ce niveau un point de débat de première importance, car il touche indiscutablement à la hiérarchie des normes. Il nous semble en effet que la norme spéciale de l'art. L. 122-5 CPI devrait l'emporter sur la norme générale de l'art. 321-1 du Code pénal, applicable en matière de recel<sup>26</sup>. Mais nous n'ignorons pas que pourrait alors nous être opposé l'adage « *fraus omnia corrumpit* ». Nous nous bornerons donc à cette ultime observation : si jamais la copie privée devait nécessairement avoir une source « *licite* », ce serait dans la réalité des faits la fin de l'exception (ou du droit) de copie privée, à supposer même qu'il soit possible de s'entendre – sans ajouter à la loi – sur la notion de contenu licite. Enfin, et c'est un élément qui va clairement dans ce sens, la jurisprudence, tout comme dans l'arrêt de la Cour de Montpellier, semble désormais considérer que l'exception pour copie privée s'applique bien aux téléchargements d'œuvres protégées, quelle que soit l'origine de la copie. C'est notamment ce qu'a jugé le Tribunal de grande instance de Meaux dans une décision du 21 avril 2005 dont l'apport aux débats en cours est important, même s'il ne s'agit que d'une décision de première instance<sup>27</sup>.

#### **Demain, un droit préservé a minima par la directive 2001/29**

**14.** Comme l'a souligné la Cour de Paris dans son arrêt du 22 avril 2005, « *la loi interne n'est pas en contradiction avec la directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 relative à l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information* », déduisant « *qu'ainsi, l'exception de copie privée est toujours possible en droit interne* » et ce, malgré le « *test en trois étapes* ».

Elle ajoute à cet égard qu'« *il n'est pas expliqué en quoi l'existence d'une copie privée, qui, en son principe et en l'absence de dévoiement répréhensible, ne fait pas échec à une exploitation commerciale normale, caractérise l'atteinte illégitime* ».

**15.** Ceci est d'autant plus exact que la directive 2001/29 pourrait en réalité venir consacrer le droit ou l'exception dite de copie privée, ce qui ressort de son art. 6§4 (« *obligations relatives aux mesures techniques* »).

Il est vrai que ce texte ne brille pas par sa clarté<sup>28</sup>. En toute hypothèse, et au risque de ne pas le citer intégralement, cet article prévoit que, « *en l'absence de mesures volontaires prises par les titulaires de droits, y compris les accords entre titulaires de droits et d'autres parties concernées* », un Etat membre « *peut prendre [des mesures appropriées] à l'égard du bénéficiaire d'une exception ou limitation prévue conformément à l'article 5, paragraphe 2, point b) [c'est à dire de l'exception de copie privée] à moins que la reproduction à usage privé ait déjà été rendue possible par les titulaires de droits dans la mesure nécessaire pour bénéficier de l'exception ou limitation concernée [...] sans empêcher les titulaires de droits d'adopter des mesures adéquates en ce qui concerne le nombre de reproductions conformément à ces dispositions* ».

<sup>24</sup> P.-Y. Gautier, *op. cit.*, n° 194-1, p. 379.

<sup>25</sup> A. Latreille, *La copie privée démythifiée*, RTDCom. 2004, n° 3, p. 403.

<sup>26</sup> Dans le même sens, E. Papin, *Le droit d'auteur face au peer-to-peer*, Légipresse mars 2003, 199-II-26.

<sup>27</sup> Sur ce jugement, v. L. Thoumyre, *Peer-to-peer : l'exception pour copie privée s'applique bien au téléchargement*, RLDI n° 7, juillet/août 2005, p.13.

<sup>28</sup> G. Vercken, *La protection des dispositifs techniques (II) - Recherche clarté désespérément : à propos de l'article 6.4 de la directive du 22 mai 2001*, Propr. intell., 2002, n° 2, p. 52.

La disposition, on en conviendra assez volontiers, est à la fois redondante et ambiguë, lorsqu'elle évoque le bénéfice de l'exception. Il n'en demeure pas moins que la copie privée est reconnue et doit, aux termes mêmes de la directive, être préservée.

16. Mais vient ensuite l'exception à l'exception, aux termes de laquelle : « *les dispositions [précédentes] ne s'appliquent pas aux œuvres ou autres objets protégés qui sont mis à la disposition du public à la demande selon les dispositions contractuelles convenues entre les parties de manière à ce que chacun puisse y avoir de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement* ». Voici donc la notion de « *service à la demande* » qui vient davantage encore obscurcir le texte<sup>29</sup>.

17. Puisqu'à cet égard, un schéma vaut mieux que de longs discours, nous renvoyons donc au tableau ci-dessous :

<b>LA COPIE PRIVEE A TRAVERS LE PRISME DE LA DIRECTIVE 2001/29</b>			
<b><u>Test des trois étapes (triple test) défini par :</u></b>			
<p>La <b>Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques</b> du 9 septembre 1886 telle que modifiée, dont l'article 9 al. 2 dispose que : « <i>est réservée aux législations des pays de l'Union la faculté de permettre la reproduction [des] œuvres dans certains cas spéciaux, pourvu qu'une telle reproduction ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur</i> ».</p>			
<p>L'<b>accord ADPIC</b>, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1995, dont l'article 13 dispose que : « <i>les Membres restreindront les limitations des droits exclusifs ou exceptions à ces droits à certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du détenteur du droit</i> »<sup>30</sup>.</p>			
<p>Le <b>Traité OMPI</b> du 20 décembre 1996 relatif au droit d'auteur dont l'article 10 dispose que : « <i>les Parties contractantes peuvent prévoir, dans leur législation, d'assortir de limitations ou d'exceptions les droits conférés aux auteurs d'œuvres littéraires et artistiques en vertu du présent traité dans certains cas spéciaux où il n'est pas porté atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni causé de préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur</i> ». Cette disposition est reprise dans l'article 16 du Traité OMPI du 20 décembre 1996 sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes</p>			
<p>La <b>directive du Parlement européen et du Conseil 2001/29 du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information</b>, dont l'article 5.5 dispose que : « <i>les exceptions et limitations prévues aux paragraphes 1, 2, 3 et 4 ne sont applicables que dans certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ou autre objet protégé ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit</i> ».</p>			
	<b>Copie privée analogique</b>	<b>Copie privée numérique</b>	<b>Services à la demande</b>
<b><u>Définitions</u></b>	« <i>L'auteur ne peut interdire [...] les copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste</i>	« <i>L'auteur ne peut interdire [...] les copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste</i>	Ou encore appelés « <i>services de la société de l'information</i> ». Incluent « <i>tout service presté normalement</i>

<sup>29</sup> Pour une présentation très perspicace et prospective de ce texte, v. P. Chantepie, *Les « taches aveugles » de la directive n° 2001/29 : copie privée numérique à la demande et compensation équitable*, RLDI n° 2, fév. 2005, p. 55.

<sup>30</sup> Repris par l'article 5.5 de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, précitée.

	<p>et non destinées à une utilisation collective »<sup>31</sup>. Dans cette hypothèse, le support de reproduction est analogique, c'est-à-dire qu'il comprend les cassettes audio et vidéo.</p>	<p>et non destinées à une utilisation collective »<sup>32</sup>. Dans cette hypothèse, le support de reproduction est numérique. Il comprend notamment les mini-disc, CDR et RW audio, CDR et RW vidéo, CDR et RW data, DVD-ram et DVDR et RW data DVHS, mémoires amovibles dédiées à l'audio, MP3<sup>33</sup>.</p>	<p>contre rémunération, à distance par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services »<sup>34</sup>. Au sein des services à la demande, il convient de préciser qu'il existe des services interactifs à la demande et des formes non interactives d'utilisation.</p>
<b><u>Champ d'application</u></b>	Toutes les copies privées analogiques.	Copies privées numériques à l'exclusion en principe des services à la demande. Il faut envisager le cas de supports comprenant des « droits » de copie, appelés peut-être à se développer.	Potentiellement très vaste.
<b><u>Mode de régulation</u></b>	<p>Système de rémunération pour copie privée: paiement de redevance (prélèvement sur support et matériel)<sup>35</sup>. L'œuvre n'est pas protégée techniquement, et en toute hypothèse de manière très imparfaite. Par conséquent, le modèle de rémunération reste celui du système de rémunération pour copie privée. Le considérant 38 de la directive 2001/29/CE prévoit que le maintien des systèmes de rémunération concernant la copie analogique ne constitue pas un frein au</p>	<p>Système de « compensation équitable » (à distinguer de la rémunération pour copie privée) qui prend en compte l'application ou la non-application des mesures techniques de protection<sup>36</sup>. Le considérant 35 de la directive 2001/29/CE prévoit que la compensation équitable pourrait ne pas être due « dans le cas où des titulaires de droits auraient déjà reçu un paiement sous une autre forme ». Dès lors, il semble pertinent de se demander si, <i>a contrario</i> et dans certains cas, ces deux modes de</p>	<p>« Tout service presté normalement contre rémunération ».</p>

<sup>31</sup> Article L.122-5-2 CPI.

<sup>32</sup> Article L.122-5-2 CPI, confirmé par le considérant 38 de la directive 2001/29/CE précitée.

<sup>33</sup> Extrait de la décision n°1 du 4 janvier 2001 de la Commission Brun-Buisson.

<sup>34</sup> Directive 98/34 du 22 juin 1998 (JOCE 21/07/1998, L 204/37) modifiée par la directive 98/48/CE du 20 juillet 1998 (JOCE 05/08/1998, L 217/18).

<sup>35</sup> Articles L.311-1 al. 1 et 331-5 CPI.

<sup>36</sup> Introduit par l'article 5.2 (b) de la directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information.

	développement de la société de l'information.	rémunérations pourraient être couplés <sup>37</sup> , ce qui ne serait pas acceptable pour le consommateur.	
<b><u>Articulation avec les mesures techniques de protection</u></b> (dispositifs destinés à empêcher ou limiter les actes non autorisés par le titulaire d'un droit d'auteur)	La directive porte essentiellement sur la question de la copie privée numérique qu'elle estime plus sujette à problème que la copie privée analogique. Néanmoins, elle précise dans son article 5.2(b) que ces mesures concernent « <i>tout support</i> ». Dès lors, les supports analogiques traditionnels peuvent se voir appliquer des restrictions d'utilisation.	L'article 5.2(b) de la directive prévoit l'application des mesures techniques aux copies numériques. Elle précise « <i>sur tout support</i> ». Le Tribunal de grande instance de Paris, en s'inspirant de la directive, d'application directe quoique non transposée, ne reconnaît pas un véritable « <i>droit à la copie privée</i> » <sup>38</sup> et admet dès lors parfaitement des mesures anti-copie. Il estime que la copie privée d'un DVD ne respecte pas le test des trois étapes considérant que la copie porte atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre. L'arrêt de la Cour d'appel <sup>39</sup> de Paris dans cette même affaire vient de donner un avis contraire. Tout en maintenant le fait qu'il n'existe pas de « <i>droit de copie privée</i> », la Cour de Paris est revenue sur l'interprétation qui avait été faite de la condition du test des trois étapes liée à l'exploitation normale de l'oeuvre.	Absence de régulation des mesures techniques des « <i>oeuvres ou autres objets protégés qui sont mis à disposition du public à la demande selon les dispositions contractuelles convenues entre les parties de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement</i> » <sup>40</sup> . Sont visés dans cette hypothèse les services prestés contre rémunération. Dès lors un service presté sans rémunération ne se verra pas appliquer ledit article (et notamment les services gratuits financés par la publicité <sup>41</sup> , les pages personnelles sur le web). Pour les formes non interactives d'utilisation l'article 6.4 al. 4 ne s'applique pas non plus <sup>42</sup> .

\* \* \*

**18.** Comme l'a écrit Christophe Geiger dans sa thèse très remarquée : « *Eu égard au droit du public à l'information, il est sûr qu'un certain nombre d'usages couverts par l'exception pour copie privée*

<sup>37</sup> Considérant 38 de la directive 2001/29/CE précitée.

<sup>38</sup> TGI Paris, 30 avril 2004, Stéphane P, UFC Que choisir, précité.

<sup>39</sup> CA Paris, 4<sup>ème</sup> ch. sect. B, 22 avril 2005, Stéphane P, UFC Que choisir, précité.

<sup>40</sup> Article 6.4 al. 4 de la directive 2001/29/CE précitée.

<sup>41</sup> Directive 1989/552/CE du 3 octobre 1989 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, JOCE 17/10/1989, L 298/23.

<sup>42</sup> Considérant 53 de la directive 2001/29/CE précitée.

doivent être permis de manière impérative, que ce soit dans l'environnement analogique ou numérique »<sup>43</sup>.

Dans le même esprit, et dans un rapport du mois de juillet 2004, « le Conseil économique et social propose de qualifier de copie privée les téléchargements d'œuvres, au lieu de les assimiler systématiquement à du piratage »<sup>44</sup>. Ce rapport indépendant ajoute que « la contrefaçon doit être punie à la hauteur du délit, avec discernement : un resquilleur n'est pas un passager clandestin, un passager clandestin pas un pirate, un pirate pas un contrefacteur organisé à l'échelle d'un continent ».

**19.** Il nous apparaît en effet, au terme de ces quelques propos qui prennent prétexte de deux jurisprudences récentes en la matière, et au risque d'étonner, que la copie privée n'est pas en soi le véritable enjeu majeur et déterminant.

Ce qui importe, c'est à nouveau cette fameuse « *balance des intérêts* » entre les droits légitimes du public et les droits tout aussi légitimes des auteurs, des artistes interprètes et des producteurs. Dès lors que la propriété littéraire et artistique devient « *déséquilibrée* » sous l'influence d'on ne sait quel groupe de pression ou de simples effets de mode, elle ne répond plus à sa finalité sociale qui est de récompenser la création mais aussi d'en permettre la circulation, sans pour autant en faire un objet commercial comme un autre<sup>45</sup>.

C. R.

---

<sup>43</sup> C. Geiger, *Droit d'auteur et droit du public à l'information – Approche de droit comparé*, Litec / IRPI, juillet 2004, n° 428, p. 366.

<sup>44</sup> *Les droits d'auteur*, Avis du Conseil économique et social sur le rapport présenté par M. Michel Muller au nom de la section cadre de vie, JO 15 juillet 2004, I-15.

<sup>45</sup> C. Rojinsky et S. Canevet, *Et si le droit d'auteur allait trop loin, sur internet et ailleurs ?*, D. 2005, Tribune, p. 849.