

## Peer-to-peer, ange et démon à la fois?

---

### **PLAIDOYER**

**Pour les échanges sur ces réseaux qui ne doivent pas être considérés comme contrefaisants,**

**Pour la réhabilitation des internautes qui téléchargent,**

**Et propositions de solutions afin de compenser et d'enrayer « le préjudice » subi par les ayants droit**

#### **I. Les internautes, hypothétiques contrefacteurs, indéniables « boucs émissaires »**

##### **A. Les internautes, ces malheureux « boucs émissaires »**

1. Les actions contre les éditeurs de logiciels
2. Les actions contre les fournisseurs d'accès à Internet (FAI)
3. Les actions contre les internautes

##### **B. Les internautes, heureux bénéficiaires de l'exception de copie privée**

1. L'identification du copiste
2. L'usage privé
3. L'absence d'exigence de licéité de la source

4. L'internaute cet impossible contrefacteur
5. Une peine démesurée

## **II. Les possibles remèdes aux maux pécuniaires des ayant droits, le recours à la gestion collective obligatoire et à la technique**

### **A. La justification du recours à la gestion collective obligatoire**

1. L'impossible recours à la licence légale
2. Licence globale et gestion collective obligatoire
3. Le possible recours de la gestion collective au P2P, l'exemple de la reprographie

### **B. Le recours aux solutions techniques, l'éphémère utilisation de soin palliatif**

1. L'existence d'autres solutions juridiques
2. Les solutions techniques

---

# **REQUISITOIRE**

**Contre l'échange par l'intermédiaire du peer-to-peer d'oeuvres protégées  
par le droit d'auteur et les droits voisins**

## **I. Sur la qualification en contrefaçon**

### **A. Le caractère illégal de la mise à disposition**

1. Des actes de représentation et de communication au public sans autorisation
2. Exclusion de l'exception du cercle de famille

### **B. Le caractère illégal du téléchargement descendant**

1. Des actes de reproduction sans autorisation
2. Exclusion de l'exception de copie privée
  - a. Sur l'usage privé et la non utilisation collective de la copie
  - b. Sur l'exigence de licéité de la source
  - c. Confirmation par la jurisprudence

### **C. Une qualification conforme à la volonté du législateur**

## **II. Sur la lutte contre l'utilisation illégale du peer-to-peer**

### **A. Une prévention nécessaire**

1. Développement de l'offre légale sur Internet
2. Sensibilisation des acteurs d'Internet

### **B. Une répression individualisée**

1. L'identification des délinquants
2. La sanction

Séminaire Nouvelles technologies

28 novembre 2006

« PEER-TO-PEER ET PROPRIETE LITTERAIRE ET ARTISTIQUE »

# REQUISITOIRE

CONTRE L'ECHANGE PAR  
L'INTERMEDIAIRE DU PEER-TO-PEER  
D'OEUVRES PROTEGEES PAR LE DROIT  
D'AUTEUR ET LES DROITS VOISINS

Réquisitoire préparé par Sylvain CHATRY, étudiant en Master 2 recherche Propriété intellectuelle  
Université de Nantes

« Téléchargez moi légalement »

« Télécharger moi légalement » proclamaient quatorze artistes dont Louis Chédid, Zazie et Renaud, en janvier 2005 à l'occasion d'une campagne de lutte contre l'utilisation illicite et illégale du peer-to-peer organisée par le SNEP (Syndicat National de l'Edition Phonographique).

IDATE<sup>1</sup> estime qu'en 2003, 43 millions de fichiers vidéos et 6 milliards de fichiers musicaux ont été échangés par l'intermédiaire d'un logiciel de peer-to-peer uniquement en France. 31 % des internautes pratiquent les échanges de fichiers<sup>2</sup>. Huit millions de personnes déclarent avoir déjà utilisé, au moins une fois, un logiciel peer-to-peer<sup>3</sup>.

**OUI**, le mécanisme du téléchargement sur Internet apparaît comme un système d'échange révolutionnaire car quasi instantané, permettant une distribution efficace, à partir d'une liste quasi infinie d'oeuvres, tout ceci en restant chez soi.

**NON**, le non-respect des droits des auteurs n'est pas envisageable. En effet, le respect du droit des auteurs, artistes, interprètes, producteurs de phonogrammes, est la condition essentielle du développement de la culture. Le développement de la culture est une condition primordiale au rayonnement d'une société.

**OUI**, le téléchargement d'oeuvres protégées par le droit d'auteur et les droits voisins constitue un acte illicite et illégal. Illicite car un tel téléchargement se réalise en fraude des droits du titulaire. Illégal car un tel téléchargement est constitutif d'une infraction pénale organisée par le Code de la Propriété Intellectuelle : la contrefaçon.

Au siècle des lumières Diderot écrivait : « Si donc vous abolissez les privilèges, ou que par des atteintes réitérées vous les jetiez dans le discrédit, c'est fait de cette ressource ; plus d'économie dans cette sorte de commerce, plus d'espérance, plus de fonds solide, plus de crédit, plus de courage, plus d'entreprise ».

---

1 source : IDATE, « Tirer profit du *peer-to-peer* », 2003.

2 Credoc février 2005, cité in Prop. Int. Janvier 2006 n°18, chron. P. Sirinelli

3 Le nouvel Observateur « libérez l@ musique ! L'appel des artistes contre la répression des pirates du Net » n° 2100 du 3 au 9 février 2005

Ainsi, la protection des droits de l'auteur et des droits voisins doit être effective et efficace. En effet, cette protection est nécessaire au développement de l'expression culturelle et artistique par une juste et inévitable rémunération de l'auteur en contrepartie de son autorisation, sachant que le plus souvent cette rémunération constitue les seuls subsides dont il dispose.

Nous considérons que la protection du droit d'auteur, « la plus sacrée, la plus légitime, la plus inattaquable et (...) la plus personnelle de toutes les propriétés »<sup>4</sup> et la protection des droits voisins, exigent un contrôle, fût ce attentatoire à la liberté individuelle, des activités et échanges sur le réseau Internet. En effet, la liberté consiste à faire tout ce qui ne nuit pas à autrui. Or, le peer-to-peer est une activité nuisible aux droits des auteurs et des artistes interprètes et producteurs de phonogrammes.

Nous ne condamnons pas le logiciel peer-to-peer en tant que tel. En effet, les utilisateurs peuvent s'échanger des fichiers libres de droit (logiciels libres, oeuvres appartenant au domaine public...) ou des fichiers sur lesquels ils disposent des droits (photos de famille, vidéo du mariage ...). Mais nous condamnons l'utilisation qui en est faite dans 90 % des cas c'est à dire la constitution d'un réseau d'échange planétaire d'oeuvres sans le consentement des premiers concernés : les auteurs et les ayants droits.

Ainsi, nous démontrerons que les échanges par l'intermédiaire d'un logiciel peer-to-peer constituent des actes de contrefaçon (I). Par conséquent, la lutte contre ces pratiques est primordiale (II).

---

4 Le Chapelier devant la Constituante, le 19 juillet 1791.

# I – SUR LA QUALIFICATION EN CONTREFACON

La question de la protection des droits de propriété intellectuelle se pose devant les juridictions françaises d'une manière nouvelle depuis une dizaine d'années avec le développement de l'univers numérique . Il est important d'affirmer q'il n'y a pas de « vide juridique » sur Internet mais une incompatibilité des notions traditionnellement appréciées avec l'évolution de l'environnement numérique.

Le CPI confère à l'auteur, aux artistes-interprètes et aux producteurs de phonogrammes un droit exclusif lui permettant d'interdire toute représentation, communication au public ou reproduction de son oeuvre. Ainsi, les droits de représentation et de reproduction ont nécessité, avec l'apparition et le développement d'Internet, une adaptation. Thomas Paris<sup>5</sup> caractérise le problème de la numérisation : « Avec la numérisation, la notion d'œuvre ainsi que tous les termes de la définition du droit d'auteur sont remis en cause : peut-on encore penser en termes de reproduction et de représentation à l'époque d'Internet ? »

La réponse doit être positive. La diffusion sur le Web d'œuvres protégées a été considérée par le juge comme mettant en jeu ces deux droits. D'une part, en permettant à des tiers de visualiser, à la demande, le contenu stocké sur son serveur<sup>6</sup>, le diffuseur effectue une représentation de l'œuvre. D'autre part, toute diffusion est précédée d'une fixation permanente sous forme numérique du contenu à diffuser sur le disque dur du serveur. Ainsi, la mise à disposition d'un fichier musical sur le web constitue à ce titre une reproduction et une représentation de l'œuvre. En effet, selon un jugement en référé du TGI de Paris du 14 août 1996<sup>7</sup>, la rédaction de paroles de chanson, en l'espèce de J.Brel et de M. Sardou sur une page web met en jeu les droits de représentation et de reproduction.

Par conséquent, le non-respect du droit d'auteur sur Internet est sanctionné par les juges comme peut l'être le non respect des droits de la personnalité sur Internet. Cette sanction est ordonnée par l'intermédiaire de la qualification de ces actes en contrefaçon.

---

5 T. Paris, Le droit d'auteur : l'idéologie et le système, *op.cit.*, p.25.

6 La numérisation c'est à dire le stockage dans le disque dur d'un ordinateur, d'une œuvre constitue une « reproduction de l'œuvre qui requiert en tant que telle lorsqu'il s'agit d'une œuvre originale l'autorisation préalable de l'auteur ou de ses ayants droits » selon un jugement du TGI de Paris du 5 mai 1997. (TGI Paris, réf., 5 mai 1997, RTD com. 1997. p.457, note Françon)

7 TGI Paris (réf.), 14 août 1996, Sté Editions musicales Pouchenel et autres c. Ecole centrale de Paris et autres ; Sté Art Music France et autres c. Ecole nationale supérieure des télécommunications et autres ; D. 1996, p.490, obs. P.-Y. Gautier ; in Piotraut et Dechristé, *op. cit.*, n°211, Décis. 122 (2esp.), p.265.

L'article L.335-4 CPI définit la contrefaçon comme « toute fixation, reproduction, communication ou mise à disposition du public, à titre onéreux ou gratuit, (...) ». Dans le délit de contrefaçon, l'élément intentionnel est présumé. La seule exploitation d'une œuvre sans l'autorisation de l'auteur et en méconnaissance de ses droits implique qu'un tel acte a été accompli sciemment, sauf preuve contraire.

« En l'état de la législation actuelle, le téléchargement et la diffusion d'une oeuvre de l'esprit à partir d'un site internet (ou d'un logiciel de peer-to-peer) suppose l'exercice d'une part du droit de reproduction, d'autre part en aval du droit de représentation »<sup>8</sup> ont affirmé les juges du TGI de Vannes en condamnant six internautes à trois mois de prison avec sursis et à payer des amendes allant de 2000 à 5000 euros pour téléchargement illégal de films via notamment les réseaux *peer-to-peer*. Ainsi, la mise à disposition met en jeu le droit de représentation et le droit de communication au public (**I.1**). Le téléchargement met en jeu le droit de reproduction (**I.2**). De plus, il convient de s'intéresser à la volonté du législateur de la loi du 1er août 2006 qui va également dans ce sens (**I.3**).

## **I.1. Le caractère illégal de la mise à disposition**

L'article L.122-2 CPI (droit d'auteur) assimile la représentation à une « communication de l'œuvre au public par un procédé quelconque (...) »

Les articles L.212-3 et L.213-1 CPI reprennent cette définition pour les droits de l'artiste-interprète et du producteur de phonogramme.

L'échange de fichiers sans l'autorisation des ayants droit constitue des actes de représentation et de communication au public (**I.1.1**) non susceptible d'être justifié par l'exception de représentation dans le cadre du cercle familial (**I.1.2**).

### **I.1.1. Des actes de représentation et de communication au public sans autorisation**

La mise à disposition de l'œuvre est réalisée par le partage du fichier avec les autres utilisateurs du logiciel peer-to-peer (en anglais, l'upload). Il permet à tout internaute d'avoir accès au fichier d'un simple clic sous la seule condition qu'ils aient installé le même logiciel *peer-to-peer*. Le

---

<sup>8</sup> Trib. corr. Vannes, 29 avril 2004, Ministère public, FNDF et a. c/ Claude Le C. et a., Com.-Com.-élec., juillet-août 2004, n°86, obs. C. Caron., juriscom.net

diffuseur exerce ainsi une représentation et une communication au public, le public étant constitué par les utilisateurs du logiciel peer-to-peer. Cet échange, pour être considéré comme légal, doit obtenir, en amont, l'autorisation des ayants droits.

Le TGI de Vannes, dans un jugement du 29 avril 2004 a qualifié ces actes en contrefaçon. En l'espèce, une enquête avait permis de perquisitionner chez six internautes de nombreux logiciels copiés, films copiés au format Divx ainsi que des fichiers musicaux au format MP3. Ils utilisaient le logiciel *peer-to-peer* Kazaa pour diffuser des fichiers. L'enquête de gendarmerie avait permis d'établir que les prévenus n'avaient pas tiré de bénéfices de leur activité d'échange sur Internet. Mais le tribunal rappelle à juste titre que le caractère gratuit des échanges n'affecte pas l'élément légal de l'infraction et que le délit de contrefaçon reste pleinement constitué.

Encore, le TGI de Bayonne dans un jugement du 15 novembre 2005 dans une affaire similaire a considéré qu'« en se connectant sur le logiciel Kazaa qui est, par essence, un logiciel d'échanges de fichiers, le prévenu ne pouvait ignorer qu'il mettait à disposition d'autrui ses propres fichiers ». Le TGI en conclut que « le prévenu a (...) volontairement partagé, sans l'autorisation des producteurs, des copies de titres musicaux, elles-mêmes offertes de façon illégale ».

De plus, les « délinquants » ne peuvent opposer l'exception de représentation privée dans le cadre du cercle de famille.

### **I.1.2.Exclusion de l'exception du cercle de famille**

Le législateur français pose cette exception dans les articles L.122-5 CPI pour le droit d'auteur et L. 211-3 CPI pour les droits voisins. « Lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire :1/ Les représentations privées et gratuites effectuées exclusivement dans un cercle de famille; »

Nous pouvons évidemment écarter l'exception de représentation dans le cadre du « cercle familial ». Traditionnellement, le cercle familial est entendu restrictivement (noyau familial ou amis proches). Le nombre d'internautes bien que souvent intégrés dans ce que certains appellent une « communauté » excède le cercle de famille. Le réseau internet, plus particulièrement les utilisateurs d'un logiciel peer-to-peer donné dépasse en nombre, et de loin, le cadre familial.

Ainsi, la représentation est caractérisée de manière évidente. Aucune exception en lui est applicable. Cette question ne soulève pas débats en doctrine.

Cependant, le caractère illégal ou non du téléchargement descendant, le download fait l'objet de vifs débats. A notre avis, la solution est évidente: un tel téléchargement descendant sans autorisation ne peut être considéré qu'illégal.

## **I. 2. Le caractère illégal du téléchargement descendant**

L'article L.122-3 CPI définit la reproduction comme « la fixation matérielle de l'oeuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public d'une manière indirecte. » Les articles L.212-3 et L.213-1 CPI attribuent également le droit de reproduction aux artistes-interprètes et aux producteurs de phonogrammes.

Les échanges de fichiers protégés par le droit d'auteur constituent des actes de reproduction qui nécessitent l'autorisation des ayants droit (**I.2.1**). L'exception de copie privée ne peut en aucun cas les justifier (**I.2.2**)

### **I.2.1. Des actes de reproduction sans autorisation**

Le téléchargeur (ou downloader) réalise, en enregistrant le fichier sur son disque dur, une reproduction de l'œuvre au sens des articles précités du CPI.

Le TGI de Bayonne<sup>9</sup> dans un jugement du 15 novembre 2005 en fait une application exacte lorsqu'il considère que l'infraction est constituée au visa des articles L. 213-1 (droit de reproduction pour les producteurs de phonogramme) et 335-4 CPI.. Le prévenu « téléchargeait en grand nombre des fichiers musicaux sur le disque dur de son ordinateur et mettait ses fichiers à disposition d'autres internautes ». Le TGI considère alors que « l'élément matériel de l'infraction n'est pas contestable ».

De plus, l'exception de copie privée n'est pas applicable au téléchargement descendant.

### **I.2.2.Exclusion de l'exception de copie privée**

---

<sup>9</sup> D. 2006 somm com. p. 785 « Droit du numérique : panorama 2005 » Le Stanc et Tréfigny ; Prop. Int. Avril 2006, n° 19, A. Lucas

Le législateur français pose cette exception dans l'article L.122-5 CPI pour le droit d'auteur. « 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 (...) ». L'article L.211-3 CPI prévoit une exception identique aux droits voisins.

Le TGI de Paris, en 1974, dénombrait trois conditions : « Il faut tout d'abord qu'il s'agisse de copies ou de reproductions matérielles des œuvres ; il faut, en second lieu, qu'elles soient réalisées par celui-là même qui en aura l'usage. Il faut enfin qu'elles soient strictement réservées à l'usage privé du copiste et ne soient pas destinées à une utilisation collective»<sup>10</sup>

La première condition est remplie. En effet, nous avons caractérisé précédemment les actes de reproduction. Nous accordons la réalisation de la deuxième condition à notre contradicteur<sup>11</sup>. La condition qui nous intéresse et que nous considérons non remplie a pour objet la nature de l'usage de la reproduction (**I.2.2.a**). De plus, la source de la copie doit être licite (**I.2.2.b**). Enfin, la jurisprudence ne s'y trompe pas (**I.2.2.c**).

Nous considérons, à l'instar du CSPLA<sup>12</sup>, qu'il est « impossible d'analyser le téléchargement descendant comme un acte de copie privée ».

### **I.2.2.a Sur l'usage privé et la non utilisation collective de la copie**

Deux critères sont à prendre en considération : l'usage privé et la non utilisation collective.

D'une part, la jurisprudence assimile l'usage privé à une utilisation personnelle ou familiale. Ainsi, le TGI de Paris, dans le jugement de 1996 déjà évoqué, a considéré que la mise en ligne d'une oeuvre sur un site internet ne peut bénéficier de l'exception de copie privée. Récemment, le TGI de Meaux<sup>13</sup>, dans un jugement du 21 avril 2005, a réaffirmé cette appréciation du critère. En l'espèce, des internautes avait téléchargé des fichiers musicaux et vidéos retrouvés par les enquêteur sur leurs disque dur ou sur CD Rom, grâce à des logiciels d'échange peer-to-peer. Les juges ont considéré

---

<sup>10</sup> TGI Paris 28 janvier 1974, Entreprise Moderne d'éditions c. CNRS, D. 1974, J, 337, H. Desbois.

<sup>11</sup> Faute de temps, nous n'évoquerons pas ce point à l'oral, vous pouvez cependant consultez son contenu à la fin de ce document

<sup>12</sup> Avis 2005-2, [www.culture.gouv.fr/culture/cspla/Avis2005-2.pdf](http://www.culture.gouv.fr/culture/cspla/Avis2005-2.pdf)

<sup>13</sup> TGI Meaux 21 avril 2005, SPPF, SEV, SDRM, SCPP, SELL, SACEM, FNDF, FNCF c/ Stéphane, Rodolphe, Aleister, Aurélie, [juriscom.net](http://juriscom.net)

que « les copies de logiciels et les copies échangées entre les prévenus (...) sortent ainsi de l'usage privé ».

D'autre part, l'utilisation ne doit pas être collective comme le réaffirme le Tribunal correctionnel de Pontoise<sup>14</sup> dans un jugement du 2 février 2005. En l'espèce, Alexis B. avait partagé un nombre très important de fichiers notamment de la musique au format MP3. L'exception de copie privée a été écartée au motif que « le logiciel DC++, contrairement à ce que la défense a soutenu à l'audience, impose aux utilisateurs d'ouvrir leurs disques durs aux autres internautes raccordés au HUB ». L'utilisation collective est caractérisée, l'exception de copie privée exclue.

Enfin, l'amendement voté par les députés le 21 décembre 2005 analysant le téléchargement descendant en copie privée démontre que l'exception de copie privée n'était pas applicable en droit positif. Cet amendement a été retiré avant adoption. La situation demeure.

Encore, le dispositif de rémunération pour copie privée ne prend pas en compte les échanges par l'intermédiaire d'un logiciel de peer-to-peer. C'est donc exclure ces échanges du bénéfice de la copie privée.

### **I.2.2.b Sur l'exigence de la licéité de la source**

Lorsque l'internaute télécharge une oeuvre sans autorisation des ayants droits, l'exception de copie privée ne peut être qu'exclue car la source de la copie est illicite. Ainsi, M. Latreille considère que « en amont, le copiste doit disposer d'une source licite tant par la volonté des ayants droit que par l'origine de l'objet ». <sup>15</sup>. En effet, l'uploader met à disposition sous forme de fichiers des oeuvres sans autorisation. Cinq arguments peuvent être avancés en ce sens :

1. L'adage *fraus omnia corrumpit* peut trouver à s'appliquer, la copie privée ne peut autoriser le blanchiment d'un objet contrefait.

2. La copie peut être qualifiée de recel (art. 321-1 code pénal<sup>16</sup>) car elle provient de l'objet

---

14 TGI Pontoise, 2 février 2005, SACEM, SDRM, SPPF, SCPP c/ Alexis B., juriscom.net

15 A. Latreille, « La copie privée démythifiée », RTD com. 2004, p. 403

16 « Le recel est le fait de dissimuler, de détenir ou de transmettre une chose, ou de faire office d'intermédiaire afin de la transmettre, en sachant que cette chose provient d'un crime ou d'un délit. Constitue également un recel le fait, en connaissance de cause, de bénéficier, par tout moyen, du produit d'un crime ou d'un délit. Le recel est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende »

d'un délit : la contrefaçon d'une oeuvre.

3. Une telle copie perturbe l'exploitation normale par les ayants droits et leur cause un préjudice injustifié. Ainsi, la copie ne répond pas au test en trois étapes (cas spécial, pas d'atteinte à l'exploitation normale de l'oeuvre, pas de préjudice injustifié), exigé depuis la Convention de Berne de 1886 dans l'ensemble des textes internationaux et communautaires notamment dans la directive de mai 2001. La loi du 1<sup>er</sup> août 2006 l'insère dans le CPI.

4. L'adage « nemo plus juris ad alium transfere potest quam ipse habet » énonce l'idée que nul ne peut transférer à autrui plus de droit qu'il n'en a lui-même. Or, nous pouvons qualifier la relation contractuelle entre les utilisateurs en contrat d'échange. En effet, ces logiciels fonctionnent sur la base de la réciprocité : un fichier contre un fichier, une oeuvre contre une autre oeuvre. Lors d'un contrat d'échange, chacun transmet avec la chose les droits qu'il avait sur la chose. Ainsi, l'uploader n'a ni le droit de reproduction ni le droit de représentation de l'oeuvre mise à disposition. Le dowloader ne peut donc valablement télécharger une oeuvre sur laquelle il bénéficierait de l'exception de copie privée.

5. L'oeuvre copiée est une marchandise contrefaite. Selon une jurisprudence de la Cour de cassation les marchandises contrefaites sont hors commerce donc elles n'ont pas d'existence juridique<sup>17</sup>. La copie privée n'est donc pas envisageable.

### **I.2.2.c Confirmation par la jurisprudence**

Certes le TGI de Rodez<sup>18</sup> a adopté une solution apparemment différente dans sa décision du 13 octobre 2004. En l'espèce, Aurelien D. était prévenu d'avoir édité une production, en reproduisant 488 CD ROM, imprimé ou gravé en entier ou en partie sans respecter les droits d'auteur, commettant ainsi une contrefaçon. Effectivement, les juges de première instance et d'appel<sup>19</sup> ont estimé au vu des éléments du dossier et en dépit des affirmations des parties civiles<sup>20</sup> « que la preuve d'un usage autre que strictement privé, tel que prévu par l'article L.122-5 CPI, 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 ».

---

17 Com. 24 sept. 2003 D. 2003 jur. p.2683 obs. Caron, cité in C. Bernault et A. Lebois, op. cit.

18 Trib. corr. Rodez 13 octobre 2004, D. 2004, p. 3132, note Larrieu.

19 CA Montpellier, 10 mars 2005, juriscom.net

20 Universal Pictures, Warner Bros, Disney Entreprises, SEV....17 parties civiles constituées !

Dans cette affaire ce n'est pas l'échange de fichiers sur les réseaux *peer-to-peer* en lui même qui était jugé mais l'utilisation privée ou collective de tels fichiers, l'utilisation en amont d'un logiciel *peer-to-peer* n'ayant pas pu être prouvé. En effet, « les magistrats n'étaient saisis que de la licéité de la réalisation de copies sur supports amovibles et de l'usage que le graveur en faisait »<sup>21</sup>.

De plus, la Cour de cassation dans un arrêt du 30 mai 2006 n'a pas hésité à casser l'arrêt de la CA de Montpellier. Nous devons y voir, à l'instar du Professeur Caron, « un nouveau signal envoyé en faveur du droit d'auteur »<sup>22</sup>.

Il nous semble, que si la mise à disposition des fichiers sur Internet avait pu être prouvée, comme elle l'a été par exemple dans le jugement de Vannes, les juges auraient conclu à la contrefaçon d'oeuvres protégées, constituée par le téléchargement et la diffusion de fichiers.

### **I.3. Une qualification conforme à la volonté du législateur**

La loi du 1er août 2006 sur le droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information abonde dans notre sens. En effet, le législateur y avait inséré une définition et du téléchargement et de la mise à disposition illicites. Ainsi, un article 24 définissait le téléchargement illicite (download) comme « la reproduction non autorisée, à des fins personnelles, d'une œuvre, d'une interprétation, d'un phonogramme, d'un vidéogramme ou d'un programme protégés par un droit d'auteur ou un droit voisin et mis à disposition au moyen d'un logiciel d'échange de pair à pair ». De plus, ce même article posait la mise à disposition comme étant « la communication au public, à des fins non commerciales, d'une œuvre, d'une interprétation, d'un phonogramme, d'un vidéogramme ou d'un programme au moyen d'un service de communication au public en ligne, lorsqu'elle résulte automatiquement et à titre accessoire de leur reproduction » dans le cadre d'un téléchargement.

Certes, le conseil constitutionnel dans une décision du 27 juillet 2006 a censuré l'article 24 au motif que « les particularités des réseaux d'échange de pair à pair ne permettent pas de justifier la différence de traitement qu'instaure la disposition contestée »<sup>23</sup>. Cependant, il faut préciser que

---

21 D. 2005 som. p.1482 « Propriété littéraire et artistique » I.C.2.a.2° P. Sirinelli

22 C. Caron CCE 2006, comm. 56

23 Cons. Const., 27 juill. 2006, n°2006-540 DC, JO 3 août 2006, p. 11541 ; JCP 20 septembre 2006, I 169 « La loi du 1er août relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information » C. Caron ; D. 2006 Chron. p.2167, « le *peer-to-peer* dans la loi du 1er août 2006 » G. Kessler

l'objet de cette censure ne tient pas sur la question de la légalité ou non du téléchargement mais sur la constitutionnalité du régime de riposte graduée que souhaitait instaurer le gouvernement<sup>24</sup>.

Cependant nous pouvons nous y référer comme étant l'intention du législateur : le législateur voulait affirmer le caractère illégal de l'utilisation du peer-to-peer afin d'échanger des oeuvres sans autorisation. De plus, la loi insère dans le CPI un nouveau chapitre VII « Prévention du téléchargement illicite ».

---

<sup>24</sup>En effet, la loi organisait une répression de la contrefaçon différenciée dans le cadre du peer-to-peer. Elle déclassait la contrefaçon par utilisation d'un logiciel peer-to-peer en contravention et distinguait le téléchargement (38 euros d'amende) de la mise à disposition (150 euros d'amende).

## **II- SUR LA LUTTE CONTRE L'UTILISATION ILLEGALE DU PEER-TO-PEER**

La lutte contre l'utilisation illégale du peer-to-peer se doit d'être efficace afin que le droit d'auteur ne reste pas un droit mou, non respecté à souhait. La seule solution n'est évidemment pas la répression. La résolution du problème passe par une nécessaire prévention (II.1). La répression n'est que l'ultime étape. Elle doit être individualisée (II.2).

### **II.1. Une prévention nécessaire**

La prévention peut se réaliser sous deux axes : le développement de la possibilité d'un échange légal de fichiers sur internet (II.1.1) ainsi qu'une sensibilisation des acteurs d'Internet (II.1.2).

#### **II.1.1 Développement de l'offre légale sur internet.**

La solution doit se trouver dans les offres légales de téléchargement. Ainsi, le peer-to-peer qui était à l'origine une conséquence de l'impossibilité de télécharger de la musique sur internet n'a plus de cause. En effet, les téléchargements légaux contre paiement ont été multiplié par plus de 10 aux Etats-Unis et en Europe selon l'IFPI<sup>25</sup>.

De plus, il existe déjà des logiciels peer-to-peer permettant un exercice légal de la technologie tout en profitant des avantages traditionnellement associés au peer-to-peer. Par exemple, Napster a développé le le logiciel « Snocap » en ce sens.

#### **II.1.2. Sensibilisation des acteurs d'Internet**

Cette sensibilisation s'exerce directement et indirectement à l'encontre des utilisateurs par une responsabilisation des abonnés et par des messages de prévention envoyé par le fournisseur d'accès.

---

<sup>25</sup> Rapport de la Fédération internationale de l'industrie phonographique (IFPI) février 2005, cité in Prop. Int. Octobre 2005, n°17, « Le P2P : un problème pressant en attente d'une réponse législative ? » A. Strowel

D'une part, la loi du 1er août 2006 crée un nouvel article L. 335-12 CPI organisant une prévention dirigée vers les abonnés. Ainsi, « le titulaire d'un accès à des services de communication au public en ligne doit veiller à ce que cet accès ne soit pas utilisé à des fins de reproduction ou de représentation d'oeuvres de l'esprit sans autorisation des titulaires des droits prévus aux livres Ier et II, lorsqu'elle est requise, en mettant en oeuvre les moyens de sécurisation qui lui sont proposés par le fournisseur de cet accès en application du premier alinéa du I de l'article 6 de la loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique. »

D'autre part, la nouvelle loi impose également une obligation de prévention à l'égard des fournisseurs d'accès à Internet dans un nouvel article L.336-2 CPI : « les personnes dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public adressent, à leur frais, aux utilisateurs de cet accès des messages de sensibilisation aux dangers du téléchargement et de la mise à disposition illicites pour la création artistique ».

Cependant, la répression est inévitable.

## **II.2. Une répression individualisée**

Deux questions sont à soulever : comment identifier les « délinquants » (II.2.1) ? comment sanctionner l'utilisation illégale du peer-to-peer (II.2.2) ?

### **II.2.1 L'identification des délinquants**

Il faut partir d'un constat : la méthode traditionnelle par perquisition au domicile de la personne suspectée s'avère inefficace. En effet, la preuve de l'utilisation du peer-to-peer par l'individu perquisitionné pour obtenir les oeuvres musicales ou cinématographiques reproduites sur CD-ROM ou sur le disque dur est quasiment impossible. Le précédent de Rodez montre bien cette difficulté. Ainsi, il faut agir directement sur l'échange.

L'identification des délinquants doit être effective c'est à dire qu'on ne peut envisager l'absence de répression face à un tel enjeu. La répression ne peut être automatique du fait du manque de moyens financiers et techniques. Elle sera donc aléatoire comme l'est la répression pour un certain nombre d'infractions (excès de vitesse, cannabis, vol...) sur le principe : « pas vu, pas pris » pris a contrario.

Techniquement, l'identification du « délinquant » doit, bien sûr, se réaliser en conformité avec le respect des libertés individuelles. Des garanties sont à élaborer. Nous pouvons nous appuyer sur l'idée que se faisait le gouvernement de l'application de la loi du 1er août 2006 avant qu'elle ne soit censurée par le Conseil constitutionnel. Le Gouvernement proposait que des constats d'infractions soient réalisés par des officiers de police judiciaire qui relèveraient l'adresse IP<sup>26</sup> de l'utilisateur. Par la suite, le constat serait transmis au parquet qui enjoindrait au fournisseur d'accès de l'utilisateur de fournir l'identité de l'abonné. Un problème apparaît : l'utilisateur effectif n'est pas nécessairement l'abonné. Deux arguments peuvent permettre d'éviter le problème : premièrement cela participe de la responsabilisation de chacun, deuxièmement un tel risque de confusion existe déjà en droit pénal. Prenez par exemple les radars automatiques qui sanctionnent non pas le conducteur mais le propriétaire du véhicule.

Vous allez me répondre qu'il s'agit, dans le cas des radars d'une contravention alors qu'une contrefaçon est un délit. C'est pourquoi il faut s'intéresser à la sanction.

## II.2.2. La sanction

Selon l'article L.334-5 CPI « est puni de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende toute fixation, reproduction communication ou mise à disposition du public, à titre onéreux ou gratuit, (...) d'un phonogramme ou d'un vidéogramme (...) »

L'application de cet article est le résultat de la censure par le conseil constitutionnel de la sanction par riposte graduée (38 euros pour une téléchargement ascendant, 150 euros pour une mise

---

<sup>26</sup>avis CSPLA 2 mars 2004 « En ce qui concerne la mise en œuvre de traitements tels que la collecte des adresses IP (Internet protocol) des internautes se livrant à des activités d'échange de fichiers contrefaisants, le Conseil supérieur prend note de la position de la CNIL, qui considère que, s'agissant de données nominatives, **seules les personnes publiques ou les personnes privées chargées d'un service public** peuvent, en vertu de l'article 30 de la loi du 6 janvier 1978, procéder à de tels traitements aux fins de prévention et de répression des infractions. Il souligne toutefois le **caractère seulement indirectement nominatif des adresses IP**, qui ne permettent d'accéder à l'identité réelle des intéressés qu'après rapprochement avec les données de connexion détenues par les opérateurs techniques, dans le cadre d'une procédure judiciaire, et insiste sur la nécessité pour les ayants droit, eu égard au caractère massif de la contrefaçon en ligne, de pouvoir recourir à de tels traitements, dans un but tant préventif que répressif. »

à disposition) au nom du principe d'égalité. Le projet de loi modifié déclassait la contrefaçon par utilisation d'un logiciel peer-to-peer en contravention et distinguait le téléchargement (38 euros d'amende) de la mise à disposition (150 euros d'amende). Nous pensons ce contrôle a priori de constitutionnalité bien abstrait car c'est bien une absence d'égalité ou d'équité que l'on retrouvera en pratique. Ainsi, les actes des contrefacteurs correspondent à des réalités différentes : quel est le point commun entre le contrefacteur en nombre tirant un bénéfice commercial de ses activités et l'internaute téléchargeant quelques musiques ? Aucun. Cependant, ils sont traités indifféremment. La censure du conseil constitutionnel conduit réellement à l'inégalité.

Il faut dans un premier temps s'accorder sur le fait qu'une telle peine nous apparaît excessive. Ainsi, le ministre de la Culture affirme en août 2006 qu'il allait « saisir le garde des Sceaux afin que les poursuites soient orientées vers les cas les plus graves (...) » et « qu' il n'y aura pas de peines de prisons contre les internautes qui téléchargent. »<sup>27</sup>

Cependant, bien que le juge soit tenu de se conformer à la loi pénale, nous pensons que le principe d'individualisation de la peine et l'absence de peine plancher permettra au juge de faire une distinction entre le « petit » téléchargeur et le « gros » téléchargeur tirant profit économique du peer-to-peer.

Ainsi, le juge du TGI de Pontoise<sup>28</sup> considérait en février 2005 qu'il « conviendra toutefois de faire une application modérée de la loi pénale (...) car ce remarquable outil de communication et d'échanges qu'est Internet s'est développé sur une incompréhension lourde de conséquences. »

---

27 Communiqué officiel, [www.culture.gouv.fr/culture/actualites/communiq/donnedieu/dacc.html](http://www.culture.gouv.fr/culture/actualites/communiq/donnedieu/dacc.html), cité in Prop. Int. Juillet 2006, n°20, Sirinelli, p.338

28 TGI Pontoise, 2 février 2005, SACEM, SDRM, SPPF, SCPP c/ Alexis B., D. 2005 som. p.1482 « Propriété littéraire et artistique » I.C.2.a.2° P. Sirinelli

## CONCLUSION

Comme l'affirme le législateur communautaire dans le considérant 22 de la directive du 22 mai 2001 : « Une promotion adéquate de la diffusion de la culture ne peut conduire à sacrifier la protection rigoureuse des droits et à tolérer les formes illégales de mise en circulation d'oeuvres culturelles contrefaites ou piratées. »

Ainsi, l'Etat et la Justice ne doivent en aucun cas fléchir devant la prolifération des échanges par l'intermédiaire du peer-to-peer. Différentes solutions peuvent être aménagées mais une chose est sûre : l'autorisation des auteurs, artistes-interprètes et producteurs de phonogrammes est nécessaire avant toute mise à disposition de leurs oeuvres par des logiciels peer-to-peer.

« Téléchargez moi légalement »

## **SOURCES**

### **Ouvrages généraux**

A. LUCAS, Traité de propriété littéraire et artistique, Litec, 3ème éd., 2003

A.LUCAS, Droit d'auteur et numérique, éd. Litec, 1998

T. PARIS, Le droit d'auteur : l'idéologie et le système, PUF, 2002

J. PIOTRAUT, Droit de la propriété intellectuelle, éd. Ellipses, 2004

F. POLLAUD – DULIAN, Le droit d'auteur, éd. Economica, 2005

PIOTRAUT et DECHRISTE, Jugements et arrêts fondamentaux de la propriété intellectuelle, Tec & Doc, Lavoisier, 2002,

B. WARUSFEL, La propriété intellectuelle et l'Internet, éd. Flammarion, 2001

### **Rapports – documents officiels**

FORUM DES DROITS SUR L'INTERNET, « Etat des lieux sur le P2P et la musique en ligne en France : la propriété intellectuelle face au peer-to-peer », septembre 2004

IFPI, « Rapport 2005 sur la musique en ligne, chiffres clés », disqueenfrance.com

SNEP, « Musique, téléchargement et piraterie »

Rapport de Nantes, « Le peer-to-peer et la propriété littéraire et artistique », IRDP, C. BERNAULT et A. LEBOIS sous la direction de A. LUCAS, Juin 2005

### **Sites juridiques spécialisés**

[www.foruminternet.org](http://www.foruminternet.org)

[www.scaraye.com](http://www.scaraye.com)

[www.juriscom.net](http://www.juriscom.net)

[www.droit-technologies.org](http://www.droit-technologies.org)

[www.journaldunet.com](http://www.journaldunet.com)

Sur l'identification du copiste : point non évoqué à l'oral (à replacer dans le I.2.2)

La jurisprudence exige que le copiste soit celui qui aura l'usage de la copie. La question s'est déjà posée en matière de reprographie dans un arrêt Rannougraphie de la Cour de cassation<sup>29</sup>. Deux conceptions du copiste peuvent être envisageables<sup>30</sup>. D'une part, une conception intellectuelle considère que celui pour qui la copie est réalisée est le copiste. D'autre part, une conception matérielle considère que l'officine de reprographie, propriétaire des photocopieuses est la copiste.

La cour de cassation retient la conception matérielle selon une jurisprudence constante. Ainsi, elle considère, en matière de reprographie, que l'officine de reprographie, c'est à dire la personne physique ou morale qui possède les moyens de reproduction, est la copiste.

Peut-on appliquer cette jurisprudence à notre cas d'espèce ? Dans le cadre de l'utilisation d'un logiciel peer-to-peer, l'intervention de deux personnes est nécessaire : celle de l'uploader qui a allumé son ordinateur afin de mettre à disposition des fichiers et celle du downloader qui a le rôle actif d'engager le téléchargement. Nous retrouvons ici un premier point commun avec la reprographie. En effet, deux personnes sont aussi impliquées en matière de reprographie.

Certains auteurs considèrent que cette jurisprudence n'est pas transposable au peer-to-peer<sup>31</sup>. Nous pensons que la transposition ne fait aucun doute. Dans le cadre d'une officine de reprographie, le copiste intellectuel peut réaliser matériellement la copie mais ne devient pas le copiste au sens de l'article L.122-5 CPI. De même, le downloader engage le téléchargement mais ne pourrait rien réaliser sans la mise à disposition par l'uploader. Le rôle de l'uploader est ainsi essentiel : il possède les moyens de reproduction.

---

29 Cass. Civ. 1<sup>ère</sup> 7 mars 1984, Sté Rannougraphie c. Comité national pour la prévention des reproductions illicites et autres, in Piotraut et Dechristé, *Jugements et arrêts fondamentaux de la propriété intellectuelle, Tec & Doc, Lavoisier, 2002*, n°221, Décis. 127, p. 286.

30 Le peer-to-peer et la propriété littéraire et artistique, IRDP, C. Bernault et A. Lebois sous la direction de A. Lucas, Juin 2005 p.20

31 C. Bernault et A. Lebois, op. Cit., p.21 « Dans le cas du peer-to-peer, c'est bien la personne qui télécharge qui réalise la copie, que l'on retienne une conception intellectuelle ou matérielle de la notion de copiste. En effet, l'internaute choisit le contenu de la copie et effectue le téléchargement depuis son ordinateur personnel connecté à Internet : c'est lui qui détient les moyens matériels de reproduction. »

Peer-to-peer et propriété littéraire et artistique,  
Une paisible et tolérable coexistence...

Peer-to-peer, ange et démon à la fois?

Plaidoyer :

Pour les échanges sur ces réseaux qui ne doivent pas être considérés comme contrefaisants,

Pour la réhabilitation des internautes qui téléchargent,

Et propositions de solutions afin de compenser et d'enrayer « le préjudice » subi par les ayants droit

« Chaque partie étant pleine de vice, le tout était pourtant un paradis... » Mandeville  
Bernard, *La fable des abeilles : les vices privés cachent des vertus publiques*, 1714

Qui n'a pas déjà touché le diable de mon camarade du doigt, qui n'a pas déjà téléchargé, qui ne mérite pas irrémédiablement la qualification de pirate...qui...personne ! Nous sommes tous habités par les mœurs de notre temps, le droit d'auteur est un droit jeune, un droit bafoué et non respecté ! C'est une tradition, un réflexe, une habitude ! D'ailleurs, dans l'esprit de ces pirates, télécharger, par exemple, une œuvre musicale ; qu'est ce que ça peut faire ? Après tout, qui est derrière, une Majors, une grosse maison de disques comme Vivendi, la belle affaire. Il règne, en effet, une forte idée de gratuité véhiculée par Internet ou du moins des prix très faibles. Effectivement : pourquoi payer sur la toile ? Tout le monde, à l'heure de l'apparent tout gratuit, se pose la question. Tout le monde se laisse bercé par l'incroyable source d'information que constitue l'Internet et une bonne partie se laisse soudoyer par le peer-to-peer.

D'après Christophe Caron, « *le peer-to-peer, ce phénomène, imprégné des techniques les plus modernes, illustre un véritable retour vers le passé. Notamment un retour au troc, la forme d'échange la plus primitive avant l'apparition de la monnaie* ». Et qu'est ce que le peer-to-peer sinon que l'échange de fichiers entre particuliers s'affranchissant de toute monnaie. Ces échanges ne sont pour autant pas gratuits puisqu'il existe des contreparties matérialisées par l'acte d'échange.

L'échange, la diversité et l'accès à la culture d'un simple clic, voilà l'idéologie de la grande famille des pirates. Naviguant, surfant, sur le net à l'allure d'un cheval de course au galop. Se laissant promener dans une rivière dont le débit ne cesse de s'accroître. Le net n'a jamais été aussi rapide : haut débit et circulation des informations sur la toile avec une connection de 30 méga, voire de 300 via la fibre optique !!! Décidément, on n'arrête pas le progrès. Et ce ne sont pas les fournisseurs d'accès à Internet qui, surfant sur le succès du P2P, n'ont pas hésités à coupler la rapidité de leur connection avec ces logiciels tant décriés pour annoncer fièrement comme argument publicitaire : avec nous, le téléchargement ne se fera plus, dorénavant, qu'en quelques secondes...L'incitation est souvent immorale, parfois condamnable, mais toujours aussi efficace.

Une puissance incommensurable, un pouvoir. Et comme le disait Valéry, « *Le pouvoir sans abus perd le charme* ». Comment résister à la tentation ? Comment ne pas se laisser entraîner par ce flot effréné et effrayant, par cette tradition du piratage ?

Huit millions de personnes utiliseraient actuellement en France le système peer-to-peer. Et alors ? Ceci n'est que l'application d'une nouvelle technologie, où est le mal ? Est-ce illégal de s'échanger des fichiers via ce système ?

Non, bien sur que non, sauf, éventuellement, si ces fichiers ont pour contenu des biens ou des services protégés par la propriété intellectuelle, droit d'auteur ou droits voisins. Ce qui est, sans conteste, le cas ; principalement dans les domaines musicaux et audiovisuels, mais aussi en matière de jeux, de logiciel ou de bases de données.

Le bonheur des uns, cette gratuité, entraînerait le malheur économique des autres... nous avons d'un côté le public, ces internautes assoiffés de culture et de l'autre les sacro-saints auteurs. Ces agents de l'éveil du public, comme on a pu les ériger, il y a deux cent ans, afin

d'expliquer leur temporaire monopole sur leur art avant que ce dernier aille nourrir, après eux, l'insatiable domaine public (source par ailleurs de sa création).

Et comme le clamait Beaumarchais « *Pour pouvoir créer, encore faut-il préalablement dîner* ». Car le peer-to-peer est, semble t-il, cause de baisse au niveau des ventes, surtout musicales et audiovisuelles. Semble t'il, car des études contradictoires ont vu le jour et les facteurs de baisses ne sont, loin s'en faut, pas concentrés sur le P2P. Comme le soulève Strowell qui se base sur différentes études, notamment celle de la Fnac, de juin 2004, « les diminutions des ventes de disques au début des années 2000 ne trouvent pas leur simple et unique cause dans l'apparition du P2P (avec NAPSTER en 1999), mais s'expliquent par de multiples raisons : fin du rééquipement en support CD, concurrence accrue sur le budget « culturel » au profit du DVD, baisse des investissements marketing dans la musique(...)mais aussi l'évolution des revenus des ménages pour les biens supérieurs, la concurrence de modes d'accès aux répertoires (radios, web radios) la spécificité du marché des singles, les modifications de la portabilité de la musique enregistrée... ». En effet, certaines études prouveraient que les échanges en ligne sont sans conséquence directes (en tout cas majeure) sur le volume des ventes.

Chacun juge des nécessités d'autrui d'après les siennes. Chacun se bat pour ce qui lui manque. A titre anecdotique, c'est exactement ce qu'a répondu Robert Surcouf, Corsaire natif de Saint Malo, à un officier d'un navire anglais, du Kent, qui lui avait lancé la brimade « Nous, anglais, nous nous battons pour l'honneur, et vous les français, vous vous battez pour l'argent ». Chacun se bat pour ce qui lui manque...la logique économique est nettement perceptible et commence peu à peu à faire légion dans notre pur, noble et sacré droit d'auteur.

Et il faut des coupables, dès lors, qui donc accuser. On a pensé aux fabricants de ces logiciels, ensuite aux fournisseurs d'accès, puis, à défaut de succès, ce sont les pauvres internautes qui ont subi l'avanie !

Des boucs émissaires sont aléatoirement pris. « *Selon ce que je connais de l'histoire, se lamentait Arthur Koestler, je vois que l'humanité ne saurait se passer de boucs émissaires. Je crois qu'ils ont été de tout temps une institution indispensable* ». Ces malgré eux sont naturellement qualifiés de contrefacteur, vilipendés et montrés du doigt comme des Sezec de la justice. Ce sont des malheureux exemples afin d'éviter un sentiment de tout est permis, pour éviter la banalisation de la contrefaçon, la façon de démontrer que la puissante loi est bien effective et que même si pléthore d'internautes usent et abusent du système P2P, cela ne vaut pas légitimation d'un comportement manifestement illégal.

Mais est-ce seulement illégal ? Et comment qualifier celui qui télécharge pour son propre profit (le downloader) ? Et quid de celui qui fourni les fichiers (l'uploader) ?

Pour certains auteurs, comme M. Caron, les internautes sont « des voleurs », néanmoins des voleurs spéciaux, ces *pickpockets* de poches virtuels, ces *virtuoses* d'une autre étoffe, d'une autre époque. Des sortes de Robin des Bois inconscient. Des voleurs de l'immatériel, dont le corps social exprime à leurs égards, une certaine impunité. C'est ainsi que ce dernier se plaît à dire : « *Les voleurs de l'immatériel ne sont pas ceux du matériel. Ainsi, l'internaute qui trouve logique de s'approprier gratuitement des œuvres, biens immatériels, n'admettrait vraisemblablement pas le même comportement à l'égard d'une baguette de pain. Et la contrefaçon est aux biens immatériels ce que le vol est aux biens matériels.* »<sup>1</sup> Et à ces mots

<sup>1</sup> ...un même comportement, néanmoins des peines différentes. A période égale d'emprisonnement, l'article 311-3 du Code pénal ne prévoit, pour le vol, qu'une amende de 45000 euro. Il est, en définitif plus

répondent la célèbre formule de Proudhon, « *la propriété intellectuelle, c'est le vol* ». Source d'un débat qui se pose de manière cyclique, il y a eu le problème des vinyles, des magnétoscopes, de la reprographie et maintenant du peer-to-peer...

Je ne nie pas que télécharger est un acte qui heurte l'hégémonie que les auteurs possèdent envers leurs œuvres ; cependant les uploaders et les downloaders méritent t-il la qualification de contrefacteur ? Il existe, dans le CPI, le principe dit de l'exception de copie privée qui peut s'appliquer à ces voleurs de l'immatériel. Les rendant ainsi exempt de toutes charges. A tout le moins, faut il observer que la discussion n'est pas tant de s'attarder sur la qualification juridique de ces internautes, ce grain de sable, mais sur la compensation économique des ayants droit qui ont subi un léger préjudice, néanmoins un préjudice, par ces échanges peer-to-peer.

Dans un premier temps je m'attarderai à endosser le rôle d'avocat du diable, défendant les pirates souhaitant devenir corsaire (I) avant de proposer des solutions à la perte économique subie par les ayants droits en m'écartant de la facile mise en cause des internautes (II), par ailleurs, également public de ces auteurs : à croire que le proverbe « *Qui aime bien, châtie bien* » à tout lieu d'être dans la relation qui lie les auteurs à son public.

---

« **pécuniairement** » avantageux de voler une baguette de pain, bien matériel, que de télécharger, « *voler* », et devenir contrefacteur pour un bien immatériel, 300000 euro...Non, c'est vrai « les voleurs de l'immatériel ne sont pas ceux du matériel »...

## I) Les internautes, hypothétiques contrefacteurs, indéniables « bouc émissaires » :

En caractère gras, un autre titre aurait pu interpellé le lecteur ; un titre plus concret autour de ce protagoniste principal, le quidam qui surfe sur la toile : *Internaute, mais qui es-tu ?*

Tantôt désigné comme horrible contrefacteur, tantôt identifié comme simple copiste qui échappe, par conséquent, à cette pesante et considérable qualification pénale. Comme en témoigne la décision du Tribunal de Rodez confirmée par l'arrêt de la Cour d'Appel de Montpellier du 10 mars 2005. Une tendance qui, par ailleurs, n'est pas franco française. De même, le Canada, mais aussi l'Espagne, ne condamnent plus le simple pirate des mers virtuelles, dénommé downloader, mais qu'en est il du l'uploader ...

Mais avant de répondre à cette brûlante question, une pertinente remarque doit être soulevée. Concrètement, et j'insiste, de nombreuses études semblent indiquer que les effets des sites comme Napster doivent être pondérés. Il ressort ainsi d'une étude américaine que 57 pour cent des étudiants qui téléchargeaient des titres grâce à Napster n'avaient pas modifié leurs achats de CD, évalués à 6 CD par an. Une petite fraction des utilisateurs (7 pour cent) achetait même plus de disques après avoir eu l'occasion d'en télécharger certains extraits<sup>2</sup>. Ce qui d'ailleurs rejoint les propos suscités de M. Strowell.

De même, un autre constat peut être fait : les ventes reprennent alors que le P2P attire toujours plus. Une situation plutôt gênante pour les Majors. Effectivement, selon le cabinet de recherche BigChampagne, quelques 6,8 millions d'internautes se sont connectés aux réseaux P2P en septembre 2004, contre 4,3 millions en septembre 2003. Pire, plus 70% du trafic Internet en Europe et aux USA est généré par le P2P. Il y a donc peut-être moins de fichiers disponibles, du aux multiples procès à l'encontre des pirates, mais le nombre d'adeptes augmente fortement grâce, notamment, à l'essor du haut débit. Conclusion, le P2P se porte très bien malgré les procès et les intimidations.

Surtout, les ventes de disque repartent à la hausse. "*Les Etats-Unis, le plus important marché mondial pour le disque a enregistré une progression de 5% de ses ventes en volume au premier semestre 2004 et de 3,9% en valeur*", précise l'IFPI (International Federation of the Phonographic Industry). Sur la même période, la croissance mondiale est de 1,7%.

Ce redressement des ventes contredit donc le discours des Majors qui estiment que, plus il y a de pirates, plus les ventes des CD s'écroulent. La croissance simultanée du P2P démontrerait qu'il n'y a pas de relation aussi directe entre piratage et baisse des ventes de disques. Ainsi, en attaquant les internautes, les Majors se tromperaient d'adversaire...

En définitif, il semble que les internautes ne soient pas le réel et indiscutable coupable de la baisse des ventes de CD. En d'autre terme, le peer-to-peer n'est que l'image sublimé d'un diable sans corne (A). Et pendant que les procès à l'encontre des internautes pullulent, une question se pose : le téléchargement permet il de qualifier l'internaute de contrefacteur ? Et l'exception de copie privée, peut-elle s'appliquer en l'espèce ? Probablement (B)

---

<sup>2</sup> Businessweek , August 6, 2001, p.11 *There's a life after Napster*

## A) Les internautes, ces malheureux « boucs émissaires » :

Auparavant, il paraît judicieux de revenir sur la relation qui unit les auteurs à leurs publics. Ces mêmes auteurs qui sont intimement liés, à l'origine, à leurs auditoires par un contrat social. Aussi, comme l'a déclaré Bernard Edelman<sup>3</sup> revenant aux préoccupations qui ont donné naissance à la loi du 19 juillet 1793 « Telle est la première figure du contrat social : à un public considéré comme la source de toute inspiration mais incapable de créer lui-même correspond un auteur qui incarnera dans son oeuvre toutes ces idées éparses et informelles. En d'autres termes, le public est un donateur et l'auteur un donataire avec charges ; il doit lui rendre ce qu'il a reçu, mais sous une forme anoblie et pour le prix de son effort, il bénéficiera d'un droit temporaire d'exploitation. On n'imagine pas, au milieu du XIXe siècle, d'institution plus noble et plus protectrice que celle du droit de propriété. »

Ces auteurs qui, parfois même, doivent leurs renommés et leurs succès à l'Internet et au peer-to-peer. C'est la possibilité d'échapper au dictat des Majors, de passer outre leur décision et de percer dans le métier... Pour les chanteurs quelques exemples peuvent être cités : Lorie, Kamini, Arctic Monkeys, Lilly Allen<sup>4</sup> etc...!!!

Néanmoins, en l'espèce, la discussion n'est pas à la contestation de ces « marchands de gros » ni au développement en parallèle des groupes indépendants et autoproduits qui, tels les produits bios dans un monde uniforme et transgénique, sont à la mode et plébiscités par le public. En l'espèce, la question est celle de la rémunération des ayants droits victime de droit, mais simplement victime théorique...

Actuellement, les auteurs et titulaires de droit voisin ne perçoivent aucune rémunération pour ces actes d'exploitations, tous ces échanges qui s'effectuent impunément sur le web via le P2P. A ce monologue, les ayants droits, en réplique, ont réclamé (et réclament) en justice le respect de leur droit de propriété littéraire et artistique.

### 1. La recherche de la responsabilité des éditeurs de logiciels :

Tout d'abord, ce fut le fournisseur du logiciel de partage qui fut poursuivi. Aux Etats-Unis, on se souvient de la fameuse affaire Napster qui a conduit à la condamnation du fournisseur du logiciel. « Mais le logiciel sur lequel reposait Napster était centralisé, son implication dans l'échange d'œuvres protégées pouvaient difficilement être contestée. Napster stockait un index des fichiers musicaux sur des serveurs lui appartenant et mettait en relation directe la personne recherchant le fichier et celle l'ayant proposé. Mais lorsque des systèmes « décentralisés » sont apparus, l'argument a perdu toute pertinence... Désormais, l'ordinateur de chaque internaute membre de la communauté peer-to-peer constitue en quelques sortes un serveur sur lequel sont stockés des œuvres que les tiers peuvent venir chercher. Ainsi (...) le fournisseur du logiciel ne joue même plus le rôle d'intermédiaire »<sup>5</sup>. Puis, survient l'affaire Grokster, affaire toujours américaine jugée le 19 août 2004. Ainsi le peer-to-peer n'est pas

<sup>3</sup> Source, Jurisclasseur

<sup>4</sup> Notamment grâce au site MySpace. D'ailleurs site au cœur de l'actualité, Le Monde, 18-11-06, **Téléchargement : Universal poursuit MySpace en justice.** « Universal Music Group accuse MySpace d'autoriser ses usagers à télécharger illégalement des vidéos avant même leur mise en vente (...) les dommages et intérêts prévus par la loi pour chaque droit d'auteur violé peut atteindre jusqu'à 150 000 dollars. Le lancement de la procédure fait suite à des mois de tractations avec MySpace. Par ailleurs, Le directeur général d'Universal Music, Doug Morris, avait publiquement laissé entendre en septembre qu'il poursuivrait en justice MySpace et le diffuseur de vidéos YouTube ». Pour résumer, **L'Empire contre attaque !**

<sup>5</sup> Rapport en ligne de Nantes, juin 2005

illicite en soit : la technique est neutre en ce qu'elle permet aussi bien d'échanger des œuvres protégées que des créations appartenant au domaine public. En revanche, ce qu'il y a de condamnable c'est l'incitation au téléchargement, le business model ou business attitude.

## 2. La recherche de la responsabilité des FAI :

Par la suite, faute de coupable, ce sont les fournisseurs d'accès à Internet qui furent mis sur la sellette. Les crispations se sont focalisées davantage sur la publicité des fournisseurs d'accès en faveur du haut débit, mettant en avant la possibilité de télécharger rapidement toute sorte de contenu, et notamment musical et vidéo. Ce second point d'achoppement entre fournisseurs d'accès et ayants droit a trouvé réponse dans la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique. Selon ces nouvelles dispositions (article 7), les fournisseurs d'accès, lorsqu'ils mettent en avant la possibilité de télécharger des fichiers dont ils ne sont pas les fournisseurs, doivent faire figurer une mention dans la publicité, facilement identifiable et lisible, rappelant que le piratage nuit à la création artistique.

Moins consensuelle, la Belgique a choisi la confrontation directe : le 24 juin 2004, la SABAM, société de défense des droits des auteurs, équivalent de la SACEM en France, a intenté une action devant le Tribunal de première instance de Bruxelles contre le fournisseur d'accès Tiscali, pour que ce dernier empêche ses abonnés d'utiliser les réseaux peer-to-peer. Les juridictions Belges ont déclaré « ...la société SA Tiscali, en sa qualité d'intermédiaire dont les services sont utilisés pour commettre ces infractions, de prendre les mesures de nature à les faire cesser »

## 3. Les actions contre les utilisateurs :

Et en France, à défaut, ce sont les internautes qui téléchargent qui ont subi l'opprobre de ces actions en justice. Et ce sont pléthores d'affaires qui ont qualifié les internautes de contrefacteur. Des décisions niant le droit du public. Des procès frappant au hasard et sans avertissement. Une loterie à laquelle les internautes se seraient bien passés. Surtout, ces procédures s'attaquent en très grande majorité à des internautes qui ne font **pas commerce** de la musique qu'ils téléchargent et ces derniers sont également les principaux clients des maisons de disque.

Mais les condamnations s'enchaînent....

Le 17 juillet 2003, l'**Espagne** fait parler d'elle avec l'annonce par le cabinet d'avocats Landwell Espagne de l'engagement de poursuites judiciaires à l'encontre de 4000 utilisateurs ibériques du logiciel Kazaa.

Le 13 janvier 2004, la **Grande Bretagne** est touchée à son tour. La BPI (British Phonographic Industry), organisme défendant les intérêts des maisons de disques britanniques, annonce son intention d'attaquer en justice les internautes mettant à disposition leurs fichiers musicaux sur les réseaux d'échange de fichiers.

De son côté, l'**Italie** a adopté une loi "anti-piratage" renforçant les sanctions de la commercialisation illicite de fichiers téléchargés. La loi, entrée en vigueur le 28 mai 2004,

prévoit des peines d'amendes (jusqu'à plusieurs milliers d'euros) et d'emprisonnement (jusqu'à 3 ans).

Et finalement, le 9 juin 2004, l'**Allemagne**, condamne un internaute partageant des milliers de fichiers musicaux et vidéos sur un réseau peer-to-peer à l'aide du logiciel Kazaa, à une amende 400 euros et à 8 000 euros de dommages et intérêts à la Fédération allemande des professionnels du disque, représentante de l'IFPI (la Fédération internationale de l'industrie phonographique).

Après ce bref intermède de droit comparé une question se pose : toutes ces condamnations, qui frappent quelques malheureux en guise d'exemple, sont elles valables ? Notamment, en France, au vu de l'article L122-5 CPI...Après tout, ces internautes téléchargent pour eux, seulement pour eux...l'exception de copie privée pourrait ainsi s'étendre à l'environnement numérique.

## B) Les internautes, heureux bénéficiaires de l'exception de copie privée :

Pourquoi, ou plutôt, pour qui télécharger, tel est le thème qui nous préoccupe en l'espèce... Dans une époque, notre époque, où l'impersonnalité urbaine, et plus généralement la culture de l'intimité, règne en maître, ou la lamentation de Malraux « Que m'importe ce qui n'importe qu'à moi ? » troque son interrogation pour se muer en affirmation ; comment penser que les pirates, comme on les appelle, ne téléchargent pas que pour eux. Le premier réflexe n'est pas commercial, loin de là, mais bien individuel : je télécharge une musique, un film qui me plaît. Pour moi. Uniquement pour moi. Rien que pour moi...

Mais avant d'entamer un développement, faisons un simple tour d'horizon pour ne pas s'embarquer sur une fausse piste.

En 2004, la Cour d'appel d'Amsterdam autorise Kazaa à poursuivre la distribution de son logiciel d'échange de fichiers, la société éditrice ne pouvant être tenue responsable des comportements fautifs des utilisateurs. Le 31 mars 2004, la Cour Fédérale d'Ottawa décide que l'échange de fichiers musicaux sur les réseaux peer-to-peer n'est pas assimilable à de la distribution illégale de musique, rejoignant ainsi la position exprimée par la Société canadienne de perception pour la copie privée (SCPCP) selon laquelle le téléchargement de tels fichiers est couvert par l'exception de copie privée. On peut également rappeler que le Conseil économique et social en France, instance consultative, s'était également prononcé dans ce sens, estimant que les copies **non commerciales** relèvent de la copie privée et sont donc légales. Et le 10 mars 2005, la cour d'appel de Montpellier confirmait le jugement du tribunal correctionnel de Rodez, dans le sens de l'exception de copie privée<sup>6</sup>. Les juges de l'Hérault ont considéré que ces reproductions entraînent dans le cadre de l'exception au droit d'auteur, qui tolère, dans l'article L122-5 du code de la propriété intellectuelle, une copie de l'oeuvre à usage privé.

---

<sup>6</sup> Dans ce sens, jugement du TGI de Bayonne, 15 novembre 2005. En l'espèce 2474 fichiers téléchargés via Kazaa tombe sous le coup de l'exception de copie privée ; propriétés intellectuelles, avril 2006, note A. Lucas. **Aussi** « Un juge espagnol estime que le téléchargement est légal. La décision prise par un juge de Santander, dans le sud de l'Espagne (...) Un internaute de 48 ans qui avait pris l'habitude de partager de la musique en ligne, vient d'être acquitté par le juge Paz Aldecoa. Dans son verdict ce dernier explique que selon la loi espagnole cet adepte du p2p, le téléchargement de musique pour "*usage personnel*", n'avait rien d'illégal (...) Et il faut bien reconnaître que dans la majorité des cas les utilisateurs de P2P téléchargent pour accéder à la culture et se faire des copies à titre privé. », Affaire rapportée par *The Register*, source silicon.fr

Effectivement, les actes de reproduction soumis au droit d'auteur ou/et aux droits voisins échappent au droit exclusif de reproduction (des auteurs et des titulaires de droits voisins) s'ils relèvent de l'exception de copie privée au sens de la loi nationale applicable et s'ils répondent, étant donné que c'est une exception, au triple test posé par la directive communautaire du 22 avril 2001 et les conventions internationales. A préciser que selon l'article 5.2 de la Convention de Berne, la loi applicable est celle « du pays où la protection est réclamée », donc dans le pays où il y a eu atteinte au droit de reproduction.

En France, cette exception est régie par l'article L.122-5. Et l'article L.211-3 CPI dispose, quant à lui, que « les reproductions strictement réservées à l'usage privé de la personne qui les réalise » échappent au droit exclusif des artistes interprètes et des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes. Cette exception de copie privée, écartée pour les logiciels et les bases de données est assortie d'un système de compensation équitable. En fait, cette exception est plus le fruit d'une tolérance<sup>7</sup>, en d'autres termes, légalisé car impossible à interdire. Pour la compensation, c'est l'article L.311-1 du même code qui prend vaillamment le relais et prévoit que les auteurs, les artistes et les producteurs ont droit à une rémunération au titre de la copie privée des phonogrammes et des vidéogrammes et que celle-ci est également due aux auteurs et aux éditeurs des œuvres fixées sur tout autre support, au titre de la copie privée réalisée sur un support d'enregistrement numérique.

Concrètement, l'article L.122-5 dispose que « l'auteur ne peut interdire les copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective ». Plusieurs conditions ressortent de cet article : la notion de copiste, qui est copiste (?), la notion d'usage privé et la non utilisation collective.

#### 1. L'usage privé :

Pour commencer, à propos de l'usage privé, nous pouvons citer un arrêt de la cour d'appel de Lyon du 7 novembre 1958 qui dispose, que pour « échapper à la répression, les copies doivent être destinées à l'usage privé du copiste ». C'est une condition essentielle, il ne doit pas y avoir ni commerce, ni représentations autre qu'au sein du cercle de famille, autrement dit aucune utilisation collective. Le cercle de famille étant entendu de la famille proche et de quelques amis.

Ensuite, il nous faut envisager et identifier le copiste.

#### 2. L'identification du copiste :

Le CPI ne donne aucune définition de ce dernier. Néanmoins, la jurisprudence a pu se prononcer sur la notion de copiste dans le cadre de la reprographie. Dans ce cas, qui doit être considéré comme le copiste ? Le propriétaire de l'officine de photocopie (conception matérielle) ou celui qui sollicite la photocopie pour son usage privé (conception intellectuelle) ?

---

<sup>7</sup> En ce sens, J. Ginsburg et Y. Gaubiac, L'avenir de la copie privée numérique en Europe, CCM, janvier 2000, chroniques, p. 9

Après moult péripéties, et revenant sur le jugement CNRS (TGI Paris 28 janvier 1974) qui adoptait une conception intellectuelle, la Cour de cassation, dans une autre affaire, a considéré dans l'arrêt *Rannougraphie* du 7 mars 1984<sup>8</sup>, que **le copiste était celui qui détenait et exploitait le matériel** de reprographie. Par la suite, cette conception matérielle fut plusieurs fois réaffirmée.

Ainsi, cela voudrait-il signifier que, dans le cadre du peer-to-peer, la conception matérielle vienne, de fait, à s'appliquer ? Par analogie ? Après tout, reprographie et peer-to-peer véhiculent de fortes ressemblances. Dès lors, qui considère t-on comme copiste : le downloader, celui qui télécharge pour son propre usage ? Ou l'uploader, en d'autres termes celui qui permet au downloader de télécharger, celui qui met à disposition les fichiers ?

De prime abord, cette identification du copiste peut paraître sommaire, pourtant celle-ci est essentielle. Cette reconnaissance est le corps de l'exception, son âme : c'est de l'identification de ce copiste que pourra ou non naître l'exception. « Si le copiste est celui qui télécharge pour son usage personnel, alors l'exception pourra être retenue. En revanche, si le copiste est désigné comme celui qui ouvre son disque dur aux tiers, la copie n'est pas réalisée pour l'usage privé du copiste et donc l'exception est écartée... »<sup>9</sup>

Par comparaison, celui qui va faire des photocopies, n'est pas copiste ; le copiste c'est l'officine. Dès lors, le downloader qui, lui aussi, va faire ses propres « photocopies », dit téléchargement en l'espèce, ne serait, par conséquent, pas le copiste. Cependant, la comparaison avec les officines de reprographie se voit limitée dans le cadre du P2P. « En effet, dans le cas du peer-to-peer, c'est bien la personne qui télécharge (downloader) qui réalise la copie. L'internaute choisit le contenu et effectue le téléchargement depuis son ordinateur personnel connecté à Internet : c'est lui qui détient les moyens matériels de reproduction »<sup>10</sup>. En résumé, l'internaute qui télécharge, est copiste. Par la force des choses, ce downloader peut logiquement et légalement bénéficier de cette exception tant convoitée.

D'ailleurs, certaines juridictions se font l'écho de ce simple et évident raisonnement. Par exemple, nous avons le jugement du tribunal correctionnel de Rodez et sa confirmation par l'arrêt de la cour d'appel de Montpellier du 10 mars 2005. En l'espèce un jeune étudiant est accusé d'avoir téléchargé 488 CD ; il déclare qu'un tiers provenait de téléchargement via Internet et que le reste émanait de CD prêté par des copains. Par ailleurs, il prétendait : avoir effectué ces copies pour son usage personnel, avoir prêté plusieurs d'entre elles à des amis, ainsi qu'avoir regardé certaines copies avec un ou deux copains.

En outre, il affirmait savoir qu'il était interdit de graver des films via Internet et il déclarait n'avoir jamais échangé, ni vendu de CD.

Sur ces faits, la cour d'appel s'est prononcée en ces mots : « (...) Attendu qu'aux termes des articles L122-3, L122-4 et L122-5 CPI lorsqu'une oeuvre a été divulguée, l'auteur ne peut

---

<sup>8</sup> En effet, en matière de reprographie, la Cour de cassation a décidé dans son arrêt *Rannougraphie* (Civ. 1ère, 7 mars 1984, *Bull. civ.*, I, n° 90) que le copiste est « celui qui détenant dans ses locaux le matériel nécessaire à la confection de photocopies, exploite ce matériel en le mettant à la disposition de ses clients » et non celui qui réalise la photocopie pour son usage privé.

<sup>9</sup> Rapport en ligne de Nantes, juin 2005, Carine Bernault, Audrey Lebois sous la direction d'André Lucas

<sup>10</sup> Même source

interdire les copies ou reproduction strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective ;

« Attendu que le prévenu a déclaré avoir effectué les copiés uniquement pour un usage privé; qu'il n'est démontré aucun usage à titre collectif ; **Que** tout au plus le prévenu a admis avoir toutefois regardé une de ces copies en présence d'un ou 2 copains( *cercle de famille*) et avoir prêté des CD gravés à quelques copains ;**Attendu qu'on** ne peut déduire de ces seuls faits que les copies réalisées ne l'ont pas été en vue de l'usage privé visé par le texte ;**Que c'est** par suite à bon droit que le premier juge est entré en voie de relaxe (...)"

### 3. L'absence d'exigence de licéité de la source :

Néanmoins, certains railleront, en disant que cette exception n'est pas valable dans le cadre du peer-to-peer du fait de l'illicéité de la source mise à disposition des downloaders. Cependant, cette illicéité n'a pas sa place dans le débat. Car inexistante dans la loi, la prendre en considération ne ferait qu'ajouter une condition à celle-ci.

### 4. L'internaute cet impossible contrefacteur :

Les internautes ne sont peut-être pas les bons coupables par conséquent...Le downloader, celui qui télécharge, ne le fait que pour lui ; il est donc copiste : assurément, télécharger s'apparente à un acte de reproduction. Mais s'il télécharge, c'est que plus haut « dans la piraterie » un autre lui fournit les moyens de cette reproduction. Concrètement, un autre internaute, dit uploader, effectue un acte de représentation qui, lui, tombe sous le joug de la loi.

Cependant, encore faut-il savoir, comment l'internaute est-il devenu uploader ?

Effectivement, s'il ne décide pas, du moins par lui-même (donc absence d'intention) de mettre volontairement et consciemment ce qu'il télécharge à la disposition d'autrui, soit effectuer une représentation publique qui lui ferait endosser ipso facto l'habit de contrefacteur, peut-il, dans son ignorance être qualifié comme tel ?

Car, via les logiciels comme e-mule, le passage entre la partie ouverte et fermée du disque dur se fait directement. L'utilisateur n'a par conséquent pas le choix, ni conscience parfois de ce phénomène. Dans son initiative, il télécharge un film ou une musique que pour lui et transmet, sans pouvoir l'empêcher, sans le vouloir, ni même le savoir quelquefois, des bribes de fichiers à d'autres. Ce qu'il faut retenir, c'est qu'il n'a pas cette volonté première de mise à disposition en faveur d'un nouveau public !! L'internaute, ce copiste, veut juste user du P2P dans un but personnel et non altruiste. Et que déclare le droit, la solennelle loi, dans son article 121-3 du

code pénal « Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre » Et qu'est ce la contrefaçon sinon un délit puni de trois ans de prison et d'une amende conséquente ?<sup>11</sup>

##### 5. Une peine démesurée :

Par ailleurs, nous pouvons évoquer les peines encourues par l'article L.335-4 relatif à la contrefaçon : « Est punie de trois d'emprisonnement et de 300000 euros d'amende ». Déjà, égarons nous du chemin de la peine, par un constat : frapper n'importe qui à la loterie, pour l'exemple, pour intimider, est critiqué et est par ailleurs critiquable ; tout comme cette lourde peine encourue. Sur ce point M. Pierre-Yves Gauthier déclare dans une interview : « Il y a un principe européen tout aussi important que l'égalité, c'est celui de proportionnalité. On ne punit telle catégorie de délinquants qu'avec des peines appropriées et proportionnées à la gravité de leur comportement. Maintenir l'incrimination pure et simple de contrefaçon (trois ans de prison, 300000 euro d'amende) qui déjà ne donne quasiment pas lieu à poursuites et punitions contre les délinquants chevronnés, ne pourra aboutir qu'à une radicale inapplicabilité ou application a minima des peines prévues à ces délinquants en herbe. » La peine est trop élevée et disproportionnée, cela ne fait aucun doute<sup>12</sup>.

Dès lors, un constat se fait jour, les actions en justice ne sont décidément pas la thériaque, la panacée de ses maux ! Ce qu'il faut ce sont des remèdes plus puissants ; il faut légiférer ! En Espagne, par exemple, l'heureuse initiative fut prise. Ainsi, dans la péninsule ibérique, une nouvelle loi fait la différence entre une utilisation commerciale du P2P, qui constitue un délit, et une utilisation personnelle cette fois parfaitement autorisée. Et en France, qu'est il fait ? Rien, rien alors que des solutions peuvent être envisagées...

---

<sup>11</sup> En ce sens, TGI Paris, 8 décembre 2005, Anthony G. c/ Ministère public et SPP. Juriscom.net, *Peer-to-peer : un "audiopathe" partageur relaxé pour bonne foi* par Lionel Thoumyre. La présomption de mauvaise foi est écartée, article 121-3 CP visé et interprétation stricte de la loi pénale, aussi la contrefaçon se constitue « par le fait matériel de la reproduction d'une œuvre de l'esprit et l'absence de bonne foi »

<sup>12</sup> Dans ce sens, *Actualités des débats sur les transformations du droit d'auteur* par Anne-Marie PECORARO, Avocat associé, et Rodolphe BOISSAU, Avocat, source IRPI « L'éventuel manque d'information et le formidable espace de liberté que constitue l'Internet ont conduit les internautes à se révolter contre ces actions ponctuelles. Un jugement insistait également sur le fait qu'il convenait de faire « une application très modérée de la loi pénale. En effet, ce remarquable outil de communication et d'échanges qu'est Internet s'est développé sur une incompréhension lourde de conséquences. Nombre d'internautes ont considéré ou cru qu'il s'agissait d'un univers, lieu de liberté où les règles juridiques élémentaires ne s'appliquaient pas (...) » (TGI Pontoise, 2 févr. 2005). »

## II) Les possibles remèdes aux maux pécuniaires des ayant droits, le recours à la gestion collective obligatoire et à la technique :

Petit détour historique afin de couper court aux prétendants au titre de Cassandre. Après tout, n'est ce pas, notamment, un des rôles de l'Histoire d'éviter, aux Hommes amnésiques que nous sommes parfois, d'achopper sur des problèmes déjà résolus, car précédemment rencontrés ? A une autre époque, c'est vrai, mais est-ce bien digne d'intérêt ? En définitif, reprenons les mots d'Alexis de Tocqueville « L'histoire est une galerie de tableaux où il y a peu d'originaux et beaucoup de copies. » L'art « divinatoire » s'effectue alors à la lueur du passé, comme l'avait si bien prédit Orwell dans un tout autre contexte, qui détient le passé, détient l'avenir...

Ainsi, à tous les pessimistes qui railleraient un slogan du type « Le droit d'auteur est incapable de s'adapter à la révolution technologique d'Internet », l'Histoire, de sa sage bouche, leurs répond en leur contant une partie de sa longue et tumultueuse vie. Autre temps, autre mœurs, et comme le dit si bien le livre blanc<sup>13</sup> : « C'est là un vieux refrain usé. Au début des années 1890, à l'achèvement des premiers disques (les fameux cylindres), on avait dit strictement la même chose et il fallut une longue bataille de 15 ans pour que les auteurs, les compositeurs et les éditeurs touchent enfin leur juste rémunération sur l'utilisation des œuvres dans les enregistrements. La même rengaine fut servie sans vergogne à la naissance de la radio et de la télévision, à l'apparition des cassettes audio et vidéo... Et ne commettons surtout pas l'erreur béotienne de penser que ces inventions étaient des révolutions de moindre importance qu'Internet. L'Histoire ne supporte pas les œillères. Imagine-t-on bien en 2005 le bouleversement qu'a constitué pour nos aïeux le fait d'entendre la voix humaine et la musique sur les rouleaux puis sur les ondes ?... Enorme ! Fabuleux ! Incomparable ! »

L'Histoire a auparavant dénoué et tranché le problème, il ne reste plus qu'à l'écouter, l'adapter à notre temps et résoudre, ainsi, la difficulté du peer-to-peer afin que les ayants droits puissent enfin se nourrir des fruits de leur art. Dès lors, deux solutions sont envisageables : une solution juridique, la gestion collective obligatoire (A) et des solutions techniques (B)

### A) La justification du recours à la gestion collective obligatoire :

#### 1. L'impossible recours à la licence légale :

Conscients des effets engendrés par l'échange massif d'œuvres protégées sur les réseaux peer-to-peer, d'aucun préconise l'instauration d'une forme de « licence légale ». Ce système, basé sur le prélèvement d'une quote-part de l'abonnement payé par l'internaute à son fournisseur d'accès à Internet serait censé assurer une juste rémunération aux ayants droit. D'autres, apôtres de la gratuité sur Internet, chantent les louanges de la « licence libre » qui ne sera pas développée dans cette étude.

Actuellement, la seule licence légale prévue par L.214-1 du CPI concerne la radiodiffusion des phonogrammes du commerce et leur diffusion dans les lieux publics. Elle ne s'applique qu'aux droits voisins des producteurs de phonogrammes et des artistes interprètes. Le

---

<sup>13</sup> Livre blanc mis en ligne, Le droit d'auteur face à Internet, le livre blanc, SNAC, syndicat national ces auteurs et compositeurs

législateur ne l'a pas appliquée au droit d'auteur, compte tenu des mécanismes de gestion collective existants. Il en résulte que les créateurs et les ayants droits conservent leur droit exclusif d'autoriser ou d'interdire ces utilisations, ce qui leur permet de prétendre à la rémunération proportionnelle prévue par loi. Il semble donc que la licence légale serait peu adaptée au droit d'auteur (quid de leur droit exclusif...)

Par ailleurs, la licence légale est juridiquement contraire aux engagements de la France. Tant le traité sur les droits d'auteurs signé le 20 décembre 1996 dans le cadre de l'OMPI, que la directive européenne du 22 mai 2001 sur les droits d'auteurs et les droits voisins dans la société de l'information, reconnaissent aux auteurs le principe de leur droit exclusif d'autoriser ou d'interdire toute communication au public de leurs œuvres. Autrement dit, la licence légale ressemble à un placebo inefficace face à cette maladie mondiale, le P2P.

C'est ainsi, conscients de cet obstacle juridique, que certains préfèrent parler de « licence globale », de « gestion collective obligatoire instaurée par la loi » ou de « rémunération libératoire ».

## 2. Licence globale et gestion collective obligatoire :

Il ne faut pas se leurrer, c'est ce qu'on appelle un montage juridique ! Une construction artificielle aux effets identiques à ceux de la licence légale qui reviennent, donc, à contourner les textes en vigueur. Un montage, certes, mais possible et qui permet de compenser les pertes que subissent les ayants droit. Donc, pourquoi s'en priver. Pourquoi rester dans une situation aussi inconfortable. Une possibilité, raisonnable, nous est offerte, saisissons là. Et comme l'on a pu le constater précédemment, rien ne peut enrayer ce phénomène... Décidemment « *le droit est la plus puissante des écoles de l'imagination. Jamais poète n'a interprété la nature aussi librement qu'un juriste la réalité* » (Giraudoux, *La guerre de Troie n'aura pas lieu*).

Tout d'abord il faut préciser qu'en 1995 la solution retenue fut celle de la gestion collective obligatoire du droit de reproduction par reprographie. Cette solution n'est donc pas inconnue (ni insurmontable !) du droit français. M. Sirinelli résume ce procédé comme tel : « Une première rémunération forfaitaire serait prélevée au titre du téléchargement descendant (elle s'apparenterait à la rémunération pour copie privée). Une seconde rémunération forfaitaire serait prélevée, également par les fournisseurs d'accès à Internet, en contrepartie de l'exercice du droit exclusif exercé sous forme de gestion collective obligatoire et concernerait le téléchargement ascendant ». Par conséquent, le poids de la collecte des sommes reposerait sur les fournisseurs d'accès à Internet.

Mais cette gestion collective obligatoire est elle possible ? N'heurte t-elle pas de plein fouet la logique individualiste du droit français de la propriété littéraire et artistique ?

## 3. Le possible recours de la gestion collective au P2P, l'exemple de la reprographie :

De prime abord, il ne semble pas que la gestion ne puisse pas s'appliquer. En effet, le contexte dans lequel se développe le peer-to-peer est tout à fait comparable à celui qui a conduit à imposer le recours de la gestion collective dans l'hypothèse de la reprographie. Quelques extraits du JO du Sénat peuvent nous en convaincre<sup>14</sup> :

- « Le projet de loi vise à faire disparaître ce délit »

---

<sup>14</sup> Source, Rapport de Nantes juin 2005

- « La prolifération des photocopies s'explique, bien entendu, par des raisons techniques et culturelles : simplicité, développement du parc des appareils de reproduction, plus large diffusion des œuvres protégées »

- « Ses effets négatifs : violation de la nécessité d'obtenir l'autorisation des ayants droit pour l'utilisation collective de l'œuvre protégée, grave préjudice causé à des secteurs au surplus économiquement fragiles, l'édition et la presse »

- « Quant aux responsables, ce sont les utilisateurs, nous tous qui photocopions, à tour de bras si j'ose dire (...) Qui n'est pas aujourd'hui contrefacteur et justiciable comme tel des tribunaux correctionnels ? »

- « ...même les sanctions pénales, pourtant prévues par le CPI, n'ont pu empêcher la prolifération illégale des photocopies »

Des arguments qui peuvent, à notre époque, tout aussi bien s'appliquer au peer-to-peer. Système qui s'est, ces dernières années, beaucoup développé : notamment par des raisons techniques et culturelles, comme le haut débit. Et qui ne télécharge pas de nos jours ? Et qui en pâtit ? Les ayants droit... Les ressemblances sont pour le moins troublante.

Aussi, lorsqu'en 1995, la solution retenue fut celle de la gestion collective obligatoire de droit de reproduction par reprographie, les arguments prennent, de nos jours, une tout autre et pourtant même dimension<sup>15</sup> :

- « L'objectif du texte proposé : aider les utilisateurs (...) à respecter la loi sans déposséder les ayants droit (...) de leur droits moraux et patrimoniaux » ou encore « mieux assurer le respect du droit des auteurs en aidant les utilisateurs à ne plus commettre en permanence des délits de contrefaçon »
- Il s'agit d'établir un équilibre entre les intérêts et les droits bien compris des uns et des autres »
- Loin d'être perçue comme une remise en cause des principes fondateurs du droit d'auteur, la gestion collective obligatoire doit au contraire permettre de « renforcer et (...) organiser la protection accordée aux auteurs contre les violations de leurs droits fondamentaux, reconnus d'une manière absolue depuis 1793 dans le droit français »
- « le projet recommande (...) l'un des meilleurs systèmes, à la fois très efficace et protecteur des droits de l'auteur, tout en prenant en considération les droits que nous respectons et qui doivent être protégés aussi : ceux de tous les utilisateurs »
- Au niveau de l'utilisateur, ce système présente deux avantages : « il y a la sécurité juridique puisque tout risque de recours individuel est écarté. Et puis il y a la simplicité puisque les autorisations accordées dépendront d'un interlocuteur unique »
- Le recours à cette gestion est « d'assurer et de renforcer la garantie des principes fondamentaux des droits des auteurs et d'en assurer la permanence en tenant compte des évolutions diverse qui ont vu le jour ces dernières années »

Ces propos, comme l'on peut le constater, peuvent sans peine s'appliquer au peer-to-peer. Ce système permettrait aux internautes d'utiliser le P2P en toute légalité, sans que les ayants droit aient à en souffrir...

Mais, au delà de cette solution juridique, des solutions techniques peuvent également être mises en place.

---

<sup>15</sup> Source, Rapport précipité

## B) Le recours aux solutions techniques, l'éphémère utilisation de soin palliatif :

### 1. L'existence d'autres solutions juridiques :

Il est vrai que la gestion individuelle des droits se retrouve dans la pure logique individualiste de droit français de la propriété littéraire et artistique. Néanmoins, lorsque celle-ci s'avère impossible à exercer, des options sont à envisager. Nous avons constaté que la gestion collective obligatoire était une possibilité. D'autres, comme M. Ficsor, émettent des idées plus radicales : « ...si les droits exclusifs en jeu ne peuvent être exercés de la façon traditionnelle par les intéressés eux-mêmes, ils devraient être abolis ou ramenés à un simple droit à rémunération ».

Et pour rester dans ce côté révolutionnaire, si je puis dire, Jane Ginsburg et Y. Gaubiac, plaident, dans leur chronique *l'avenir de la copie privée numérique en Europe*<sup>16</sup>, pour la suppression de cette dernière. Une position bien tranchée qui ne s'attirerait probablement pas les faveurs du grand public. Et pour reprendre les propos de P. Goldstein « au fur et à mesure que les habitudes de libre utilisation s'installent, les perspectives de faire machine arrière diminuent. Des « loi idéales » qui auraient peut-être été envisagées si elles avaient été mises en place un ou deux ans après l'arrivée de la nouvelle technologie, peuvent devenir, cinq ans plus tard, impossibles sur le plan politique. »

La suppression de la copie privée ne semble pas la meilleure des choses. Comme le préconise Christophe Geiger, il faut garder la copie privée dans l'environnement numérique « et essayer de trouver des solutions satisfaisantes de compensation financière ». Une telle (et simple) solution, en outre, obtiendrait sûrement les faveurs du public. En effet, c'est sans conteste une issue plus populaire que la suppression de la copie privée. Ceci pourrait devenir effectif, notamment, « en augmentant les taux et en étendant la rémunération pour copie privée à tous les appareils permettant d'effectuer des reproductions, y compris les ordinateurs pour les pays qui prévoient la perception d'une redevance sur les appareils d'enregistrement (comme c'est le cas en Allemagne où il existe une double redevance sur les appareils et les supports d'enregistrement) ou sur les disques durs comme c'est le cas en France. »

Les solutions juridiques ne manquent donc pas, mais à côté d'autres « résolutions », plus techniques, du problème au P2P peuvent être envisagées.

### 2. Les solutions techniques :

Auparavant, il faut préciser que ces solutions ne sont pas une fin en soi. Que ce remède n'est que technique, et que la technique n'impressionne pas les petits génies du web. A chaque problème, sa résolution disait constamment l'un de mes professeurs de mathématique au Lycée. Ce n'est pas faire preuve de pessimisme que de regarder la réalité en face : ces techniques ne sont, dans la mesure de leur licéité, qu'un modeste « contretemps »...

---

<sup>16</sup> ...impossibilité de transposition de cette exception au numérique car « la reproduction numérique permet la confection d'une quantité considérable, voire infinie, de copies de qualité identique à l'original », ainsi entrave la « diffusion légitime », « la rémunération ne serait pas une « compensation équitable » », ne couvre pas tout le préjudice subi par les ayants droit ; aussi « la compensation équitable, non seulement porte atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre, mais aussi cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur ». **Surtout** la mise en place d'un mécanisme de « compensation devra tenir compte de toute forme de mémorisation des œuvres ». **La durée d'un CD-ROM, par exemple, ne veut rien dire : il y a la compression à prendre en compte**, « c'est un facteur important qu'il faut prendre en compte dans le mécanisme de compensation »

Par ailleurs, ces solutions peuvent, toutes aussi bien, s'articuler avec les solutions juridiques suscitées. Ces solutions ne sont pas exclusives de futures solutions juridiques en général, bien au contraire !! Aussi, ces solutions doivent, est il besoin de le préciser, être compatible avec les solutions juridiques déjà appliquées, comme la copie privée...

En premier lieu, il y a, selon les mots de M. Sirinelli, *la voie classique*, c'est-à-dire les DRM (ou MTP), les techniques de verrouillage des œuvres qui permettent à un ayant droit de conserver l'accès à l'œuvre et de limiter les usages et le nombre de copies que l'on peut faire de l'œuvre. C'est une technique qui est d'ores et déjà utilisée. L'avantage, c'est qu'elle constitue « le bras armé, en quelque sorte technique, du droit exclusif ». Les inconvénients se situent au niveau de l'articulation avec les exceptions, notamment il ne faut que les DRM empêchent la faculté de copie privée. Mais aussi se pose la question du respect de la vie privée : est ce que les DRM permettraient de savoir tout ce que je fais, auquel cas ils seraient trop indiscrets ? Il faut donc des DRM neutres et d'une certaine souplesse afin de ne pas heurter les exceptions, privilèges ( ?), que la loi permet et reconnaît de nos jours.

Ensuite, il est question de la technique de « super distribution » qui permettrait de « rendre clairs et licites les logiciels de peer-to-peer ». Selon M. Sirinelli « l'idée est la suivante : l'éditeur de logiciels de P2P devrait embarquer dans son logiciel une technologie, qui lui est extérieure ou qu'il peut développer éventuellement lui-même, et qui permet de reconnaître l'identité sonore d'une œuvre passant sur le réseau au moment de l'échange ». Et, de ce fait, reconnaître les fichiers qui sont, par les ayants droits, d'une circulation licite. En d'autres termes, une technologie susceptible de faire le tri...

Ainsi le peer-to-peer continue d'exister mais sous le contrôle de l'ayant droit. Cependant, ce système à un prix et les fournisseurs de logiciels de P2P ne sont pas du tout emballés par l'idée, n'y voyant pas leur intérêt... Ces systèmes ont du moins, faute de compenser les pertes, minimales selon les études, enduré à cause du peer-to-peer, le mérite de les éviter.

# Conclusion

## I) Un petit tour d'horizon :

Les logiciels de peer-to-peer associés au haut débit, sont, tels des voitures de course en plein centre ville, un joujou incitatif qui brûle les doigts, mais à ne pas pleinement utiliser...faute de sanction pénale ; cruelle déception, non ?

Mais les logiciels, en tant que tels, sont considérés comme neutres. Plus précisément il convient de se rapporter à l'article 21 de la loi DADVSI : la neutralité de la technologie n'exclut en aucune façon la responsabilité pénale de l'éditeur dès lors que le logiciel créé est « manifestement » destiné à permettre l'échange d'œuvres protégées et qu'il est « sciemment » édité ou mis à disposition du public à cette fin. On doit donc prendre en considération l'attitude des concepteurs de logiciels P2P, l'intention de ces éditeurs, ce qui rejoint l'arrêt Grokster outre atlantique.

Pour la mise en cause des fournisseurs d'accès, la loi française s'est prononcée : il ne faut pas que ces derniers se servent, comme argument publicitaire, de la rapidité de téléchargement possible via leur haut débit couplé avec les logiciels P2P. L'incitation toujours, n'est pas exempte de poursuites ultérieures. En Belgique, la société Tiscali fut même condamnée.

Enfin, nous avons la mise en cause des pirates, de tous ces internautes qui téléchargent. Un constat : frapper n'importe qui à la loterie, pour l'exemple, pour intimider, est critiqué et est, par ailleurs, critiquable ; tout comme la lourde peine encourue.

Surtout que l'exception de copie privée peut, pour l'internaute downloader, être envisagée...

## II) Téléchargement, copie privée et test des trois étapes de la convention de Berne :

Pour qu'une exception puisse s'appliquer, et en vertu des accords internationaux de la France, cette dernière doit franchir avec succès le fameux test des trois étapes :

- L'exigence d'enfermement de l'exception dans un cas spécial est t-il remplie ? Réponse affirmative car: *« la loi définit l'exception pour copie privée de manière claire et en des termes relativement précis. Cette limitation au droit exclusif ne concerne qu'une catégorie restreinte et clairement définie d'utilisateurs (...) »* (Rapport de Nantes)
- Y'a-t-il une atteinte à l'exploitation normale ? Réponse toujours aussi affirmative : *« lorsqu'il n'y a aucune possibilité réelle que le détenteur du droit puisse faire respecter son droit, soit en interdisant l'exploitation, soit en obtenant une rémunération par voie de libre négociation »*. Or, le rapport souligne que *« les auteurs et les titulaires de droits voisins ne peuvent en pratique contrôler les pratiques de téléchargements réalisés sur les réseaux de peer to peer »* (Rapport de Nantes)

- Quant à la question d'un préjudice injustifié ? Il n'y a pas de préjudice injustifié dans la mesure où une rémunération pour copie privée compenserait le manque à gagner.<sup>17</sup>

Donc, par la force des choses, la copie privée dans l'environnement numérique réussie brillamment son test...Ainsi, afin de « combattre » le préjudice subi par l'ayant droit du au peer-to-peer, il suffirait de revoir à la hausse l'assiette de la rémunération pour copie privée. Sinon, une autre solution, comme la licence global, est a envisagée...

### **III) Une légère mise au point ; licence globale et gestion collective :**

Donc des solutions sont à envisager. Il y a déjà le développement de sites légaux de téléchargement. Cependant les prix pratiqués devront s'inspirer du modèle américain, soit des prix bas afin d'inciter les internautes à acheter. Ensuite, pour ce qui est du P2P, comme l'a précisé M. Caron, outre de ne pouvoir concrètement s'appliquer du fait de nos engagements internationaux et communautaires, « la licence légale est une dénaturation complète des fondements mêmes du droit d'auteur, car elle enlève à la propriété son caractère essentiel, qui consiste à avoir la maîtrise de l'utilisation de son bien : le propriétaire qui ne peut plus interdire l'usage de son bien, est véritablement dépouillé ». Ainsi, la licence globale, celle du 22 décembre 2005, avec sa gestion collective, semble plus adaptée. En effet, à première vue, cette dernière n'effleure pas l'essence personnaliste de notre sacré droit d'auteur.

Plus précisément : « Les tenants de la licence globale analysent le téléchargement comme un acte de copie privée. En ce sens, une rémunération particulière, comparable à celle actuellement perçue sur la vente des supports vierges d'enregistrement, serait mise en place. Elle consisterait en une rémunération acquittée par les fournisseurs d'accès à Internet (FAI), qui serait répercutée vraisemblablement sur les clients, sauf à ce qu'ils acceptent de diminuer leurs marges. Ajoutons que cette rémunération serait optionnelle, c'est à dire que l'internaute devrait faire une démarche positive en déclarant son souhait de bénéficier de la possibilité de télécharger de manière illimitée. En l'absence de déclaration, il serait contrefacteur. En revanche, la mise à disposition s'analyse nécessairement en un acte de communication au public soumis à l'autorisation des ayants droit. Le rapport Lucas, sur la base d'une comparaison avec le système existant en matière de reprographie, préconise alors la mise en place d'un système de gestion collective obligatoire. La perception des droits serait effectuée par les FAI auprès des abonnés et reversés à une société de gestion collective qui procéderait à la répartition entre ayants droit. »<sup>18</sup>

### **IV) Insolites, responsabiliser et faire participer les internautes...**

C'est l'histoire d'un film qui ne trouvait pas de fond, notamment du CNC. Ne sachant comment produire ce dernier, les réalisateurs se sont tournés vers Internet : une page web attractive fut créée où le synopsis et l'histoire complète du film furent dévoilés.

---

<sup>17</sup> Néanmoins, le rapport de Nantes souligne que l'appréciation du préjudice injustifié doit se faire par rapport aux « alternatives à l'exception » : *s'il n'y a pas de moyen d'appliquer le droit d'auteur aux copies privées sans coûts démesurés et sans empiéter sur la vie privée, une exception pour copie privée assortie d'une compensation équitable est justifiée. En revanche, si les obstacles à une mise en œuvre efficace du droit de reproduction venaient à disparaître, les intérêts légitimes des auteurs seraient de nouveau en cause, et le préjudice ne serait plus justifié.* »

<sup>18</sup> **Actualités des débats sur les transformations du droit d'auteur**, par Anne-Marie PECORARO, Avocat associé, et Rodolphe BOISSAU, Avocat, février 2006, Source [www.irpi.ccip.fr](http://www.irpi.ccip.fr)

Avec une exigence, vous voulez que ce film voit le jour, envoyer nous des fonds ! Chose dite, chose faite : l'engouement fut tel que le film n'eut aucun de mal à être tournée ! *Demain la veille*<sup>19</sup>, voilà son titre.

En contrepartie, les spectateurs et internautes qui deviennent co-producteurs, voient leurs noms et prénoms dans le générique et reçoivent « gratuitement » chez eux le DVD.

Un succès qui n'est d'ailleurs pas resté confidentiel, car actuellement deux autres films *Outlaw* et *Million dollar movie project* cherchent actuellement des financements via le net !!

Autre initiative, mais musicale cette fois. Mano Solo est chanteur. Afin de produire son prochain album « *In the garden* », cet artiste demande l'aide financière de ses fans. Pas d'album, sans votre aide. Artiste indépendant, donc, qui échappe aux Majors.

Les généreux contributeurs internautes recevront, chaque mois, deux titres en écoute du chanteur, pour patienter. Et au final, leur boîte aux lettres aura le plaisir d'accueillir « gratuitement » le CD complet avant sa sortie<sup>20</sup>...

Il est donc possible de vivre ensemble et les initiatives personnelles ne manquent pas!

## V) Un regard au loin :

Des solutions viennent d'être exposées afin de compenser le préjudice subi par les ayants droits. Des solutions qui n'ont aucune prétention, et peut-être des solutions qui n'ont pas lieu d'être. *Attendre et voir venir*, telle est le comportement préconiser par Strowell, *car on manque encore de recul pour apprécier les conséquences tant positives que négatives de ces nouvelles technologies sur les marchés de la création.*

Ainsi, deux choix s'offrent à nous. Soit l'on attend, après tout patience et prudence sont mère de sûreté. Soit le législateur, Salomon, tranche une bonne fois pour toute. Oubliant toutes angoisses et toutes pressions et faisant sienne de la litanie contre la peur d'Herbert « Je ne connaîtrai pas la peur, car la peur tue l'esprit. La peur est la petite mort qui conduit à l'oblitération totale. J'affronterai ma peur. Je lui permettrai de passer sur moi, au travers de moi. Et lorsqu'elle sera passée, je tournerai mon oeil intérieur sur son chemin. Et là où elle sera passée, il n'y aura plus rien. Rien que moi. »

---

<sup>19</sup> [www.wittezaele.fr/index.php/2006/06/20/47-star-de-cinema-mon-nom-au-generique](http://www.wittezaele.fr/index.php/2006/06/20/47-star-de-cinema-mon-nom-au-generique) et l'hebdo cinéma émission de canal

<sup>20</sup> Article du Parisien du 18 septembre 2006, *Mano solo en quête d'argent sur le Net*, Sébastien Catroux et dépêche de l'AFP par Paul Ricard du 11 octobre 2006, *Loin de l'industrie du disque Mano solo tente un pari sur Internet*, tout cela visible et consultable sur le site du chanteur : [www.manosolo.net](http://www.manosolo.net)

# Bibliographie

## Ouvrages :

- La propriété intellectuelle en question(s), Regards croisés européens ; thème : droit d'auteur et peer-to-peer, sous la présidence de M. Rodrigo Bercovitz, IRPI, Litec
- La musique et le droit, de Bach à Internet d'André Bertrand, LITEC, 2002
- Droit d'auteur et droit du public à l'information, approche de droit comparé, Christophe Geiger, Litec, juillet 2004
- Quelles réponses législatives apporter au téléchargement illégal de musique et de cinéma ? , Les Rapports du Sénat, n°267

## Rapports :

- Peer-to-peer et propriété littéraire et artistique, Etude de faisabilité sur un système de compensation pour l'échange des œuvres sur Internet, par l'IRDP de Nantes, Carine Bernault, Audrey Lebois, Rapport indépendant sous la direction de A. Lucas, Juin 2005, <http://alliance.bugieweb.com/usr/Documents/RapportUniversiteNantes-juin2005.pdf>
- Le droit d'auteur face à Internet, le livre blanc, SNAC, syndicat national ces auteurs et compositeurs

## Doctrines :

- L'avenir de la copie privée numérique en Europe, chronique, Yves Gaubiac, Jane Ginsburg, communication commerce électronique, janvier 2000
- Le nouveau droit d'auteur au lendemain de la loi du 1<sup>er</sup> août 2006, dossier coordonné par J. Daleau, Recueil Dalloz 2006, n°31

## Sites Internet :

- [www.journaldunet.com](http://www.journaldunet.com)
- [www.silicon.fr](http://www.silicon.fr)
- [www.juriscom.net](http://www.juriscom.net)
- [www.wikipédia.fr](http://www.wikipédia.fr)

- [www.irpi.ccip.fr](http://www.irpi.ccip.fr)