

UNIVERSITE DE NANTES  
FACULTE DE DROIT ET DE SCIENCES POLITIQUES

**MEMOIRE DE D.E.A. DE PROPRIETE INTELLECTUELLE**

**LA NOTION DE COPIE PRIVEE**

Par Pierre ALCARAZ

Sous la direction du Professeur André LUCAS

Année 2002 / 2003

## **PLAN**

### **Partie I - Le fantasme d'une conception large de la copie privée numérique**

#### **Chapitre 1 – Le glissement de la liberté d'information au droit à la copie privée**

**Section 1- Le droit à l'information légitimant la copie privée**

**Section 2 – Le fondement de la notion de copie privée : de la simple tolérance au véritable droit**

#### **Chapitre 2 – L'illusion d'une large application de la copie privée dans l'environnement numérique**

**Section 1 – La copie d'œuvres « en ligne » sur un site Internet**

**Section 2 – Le « fair use » appliqué aux œuvres « partagées » sur Internet**

### **Partie II – La réalité de l'utilisation privée de la copie**

#### **Chapitre 1 – Le caractère restrictif de l'utilisation permise**

**Section 1 – L'exigence de l'usage exclusif**

**Section 2 – L'utilisation exclusivement privée et individuelle de la copie**

#### **Chapitre 2 – Le caractère souple de l'utilisation privée de la copie en pratique**

**Section 1 – Le critère unique de la destination privée de la copie**

**Section 2 - La notion de copie privée dans la directive du 22 mai 2001**

*« Les vrais pirates, ceux qui seront toujours au-dessus de la mêlée technique,  
peuvent dormir tranquille... »<sup>1</sup>*

[1]. La copie privée a pris une envergure considérable en France, au point de devenir un véritable fait de société, une question d'ordre politique âprement débattue. La notion de copie privée ne se laisse pas facilement appréhendée dans l'environnement numérique où la frontière avec la contrefaçon est de plus en plus ténue. A l'heure où la technique est censée venir au secours du droit, il règne à propos de cette notion une certaine confusion qu'il convient de dissiper.

[2]. Selon l'article L. 111-1 du Code de la Propriété Intellectuelle, l'auteur jouit d'un droit exclusif selon lequel il peut interdire toute reproduction de son œuvre, mais dans certains cas limités, les intérêts de l'auteur doivent céder devant ceux du public.

On admet que lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire les « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective » (article L. 122-5 alinéa 2 du CPI). Cette disposition est reprise par l'article L. 211-3 du même code pour les artistes-interprètes et les producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes<sup>2</sup>.

[3]. Le terme notion peut désigner une connaissance intuitive, synthétique et assez imprécise que l'on a d'une chose. C'est un objet abstrait de connaissance, un concept, une représentation. Une notion juridique est un ensemble de principes, de règles, qui permettent de la définir.

[4]. Le terme copie provient du latin *copia* qui signifie abondance et s'oppose à la notion de modèle ou d'original. La copie équivaut donc à la reproduction, le calque, le double.

La copie peut également être synonyme de contrefaçon lorsqu'elle consiste en la reproduction non autorisée d'une œuvre protégée. On parle aussi d'imitation, de faux.

---

<sup>1</sup> Jérôme Thorel, *Chocs des cultures et copie privée*, ZDNet.fr, 7 février 2003, consulté en février 2003 sur <http://news.zdnet.fr/story/0,,t140-s2130035,00.html>

<sup>2</sup> La dérogation en matière de droits voisins diffère peu de celle reconnue en matière de droit d'auteur, nous n'y consacrerons donc pas de développement particulier.

L'article L. 122-5 alinéa 2 du CPI emploie les termes, « copies ou reproductions ». On a été tenté d'y voir une distinction<sup>3</sup>. Mais une partie de la doctrine a objecté que le texte utilise le mot copiste dans un sens général, incluant aussi bien l'auteur d'une copie que celui qui réalise une reproduction<sup>4</sup>. Il n'y a donc pas de distinction à faire entre les deux termes. La copie peut être faite sur tous supports et par tous moyens<sup>5</sup>. Peu importe semble-t-il aussi, qu'elle soit totale. La loi ne donne aucune précision sur l'ampleur de la reproduction tolérée. Il faut en déduire que la reproduction, même totale d'une œuvre est tolérée si elle est strictement réservée à l'usage privé.

[5].Le terme privé fait référence à un domaine où le public n'a pas accès, à ce qui est individuel, particulier et qui s'oppose à ce qui est collectif. C'est aussi ce qui est personnel ou intime.

Réservée à l'usage privé, la copie renvoie à la reproduction individuelle, particulière et personnelle par opposition à la reproduction destinée à un usage collectif ou public. C'est d'ailleurs ainsi que l'article L.122-5 alinéa 2 du code de la propriété intellectuelle définit la copie privée : « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective».

[6].La frontière entre ce qui est permis et ce qui est défendu est particulièrement ténue dans le cas de la copie privée. Une copie licite peut devenir, selon l'utilisation qui en est faite, une contrefaçon. Pour déterminer si la copie est permise, il faut s'attacher à son utilisation et non pas s'arrêter au stade de sa réalisation. C'est la destination privée de la copie réalisée qui en conditionne le régime et détermine si elle échappe ou non au monopole de l'auteur.

[7].« Ce n'est pas un fait nouveau de dire que l'évolution dogmatique du concept de la propriété intellectuelle accuse un retard permanent par rapport au développement des nombreux procédés de divulgation et de reproduction des œuvres de l'esprit <sup>6</sup> ».

C'est un domaine où les progrès techniques sont à l'origine de profondes mutations au sein de la protection juridique.

---

<sup>3</sup> Voir, Desbois selon lequel les « reproductions » s'entendent des créations littéraires et musicales, et les « copies » des œuvres d'art :H. Desbois, le droit d'auteur en France, 2è édition. Dalloz, 1968, n°243.

<sup>4</sup> A. et H-J. Lucas, préc. n°301, p. 259.

<sup>5</sup> P-Y. Gautier, Propriété Littéraire et Artistique, Collection droit fondamental, Puf, 4è édition mise à jour, n°194, p. 333. V. *Contra*. Desbois, préc., n°247 : qui soutenait que l'exception d'usage privé ne doit pas légitimer les enregistrements magnétiques en raison de leur « caractère impersonnel, mécanique».

<sup>6</sup> P. Masouyé, la copie privée : un nouveau mode d'exploitation des œuvres, Le droit d'auteur, février 1982, p.81.

En ce qui concerne la copie privée, le progrès technique a fortement modifié les pratiques de copie. Au fil des évolutions techniques, la pratique à l'origine marginale de copie, est devenue un véritable mode d'exploitation des œuvres. La notion de copie privée a donc du s'adapter au fil du temps et intégrer ces évolutions techniques.

La notion de copie privée, en tant qu'exception au droit exclusif de l'auteur, n'est apparue en droit positif qu'avec la loi du 11 mars 1957. Cependant la pratique de copie est beaucoup plus ancienne.

[8].Le phénomène de la copie est apparu en même temps que l'écriture. C'est en copiant que l'homme a pu développer les lettres et les arts.

« Le moyen âge n'a pas été sans fécondité ni sans gloire littéraire, l'industrie et le commerce des livres sont loin d'y avoir disparu ; il paraît seulement que cette activité se perpétua surtout dans les cloîtres et par la main des religieux<sup>7</sup>».

Les abbayes possèdent de nombreux copistes (évêques, moines) qui reproduisent les œuvres sacrées et profanes.

Au XII<sup>ème</sup> siècle, cet art commence à être pratiqué par des laïcs. Au XIII<sup>ème</sup> siècle, sous l'impulsion de Charlemagne, l'activité littéraire est très organisée et les transactions se multiplient. Le stationnaire, éditeur de l'époque, fait acquisition de manuscrits en vue de les faire copier par des clercs ou copistes et répand ensuite dans le public les copies ainsi obtenues. L'activité littéraire avait pris une incroyable extension.

Pas plus que pour l'antiquité, le droit d'auteur ne pouvait pas naître au moyen age notamment parce que « la qualité d'auteur n'était pas revendiquée en tant que telle par les copistes des abbayes qui s'accommodaient de l'anonymat, avant tout préoccupés de prolonger le travail des anciens<sup>8</sup> ». Surtout que, « l'auteur au moyen age n'est jamais perçu comme créateur puisqu'il n'y a de création que divine<sup>9</sup>».

[9].Le contexte économique change dès l'apparition de l'imprimerie au milieu du XV<sup>ème</sup> siècle, puisque va apparaître un vrai marché. C'est à ce moment que s'opère un changement important. L'imprimerie va permettre une diffusion massive des œuvres littéraires. La reproduction manuelle n'est plus le mode normal de diffusion des œuvres.

---

<sup>7</sup> Egger, Histoire du livre des origines jusqu'à nos jours, 1880, p.81.

<sup>8</sup> A.et H-J. Lucas. Traité de la propriété Littéraire et Artistique, Litec, 2<sup>e</sup> éd. p.4, n°5.

<sup>9</sup> P. Kunstmann, œcuménisme médiéval et auctoritates : art et liberté de la copie, i, Le plagiat, sous la direction de Ch. Vandendorpe, Les Presses de l'Université d'Ottawa, 1992, p. 134.

[10]. C'est l'essor considérable des techniques de reprographie<sup>10</sup> qui a donné au phénomène de la copie privée son ampleur et a fait prendre conscience des dangers pour l'industrie de l'édition. Grâce à la photocopie, principalement, il est devenu très tentant pour un consommateur de faire photocopier un livre dans son intégralité plutôt que de l'acheter<sup>11</sup>. On a même parlé du développement d'une véritable « coutume *contra legem* <sup>12</sup>».

La loi du 3 janvier 1995 a inséré un article L. 122-10 au code de la propriété intellectuelle, en posant le principe que « la publication d'une œuvre emporte la cession du droit de reproduction par reprographie » à une société de gestion collective agréée. Il ne s'agit pas de prévoir une compensation financière au titre de la copie privée, mais de faire respecter ce démembrement du droit de reproduction<sup>13</sup> par une gestion collective obligatoire en permettant la conclusion de contrats généraux avec les utilisateurs.

[11]. Le phénomène de la copie privée n'est pas restreint à la chose littéraire. Bien au contraire, c'est dans le domaine de la musique et de l'audiovisuel qu'il a pris une nouvelle ampleur, dès l'apparition publique des premiers magnétophones portables, après la seconde guerre mondiale. Mais c'est avec l'invention et la diffusion massive de la cassette compacte enregistrable (développée par le néerlandais Philips à partir de 1964) que le geste de "copie" devient naturel chez les consommateurs<sup>14</sup>. Ce phénomène s'est rapidement étendu aux vidéocassettes et vidéo-enregistreurs. C'est donc la mise à la disposition du public des cassettes vierges avec leurs appareils d'utilisation qui est à l'origine de la copie privée. Cette pratique était déjà de nature à causer un préjudice important aux intervenants de la création musicale et audiovisuelle. Le CD-R (co-développé, comme le CD, par Philips et Sony, au milieu des années 1990) fait un saut qualitatif indéniable dans le rendu sonore, aggravant un peu plus le préjudice des ayants droit puisque les supports du commerce sont directement concurrencés par les copies.

[12]. Afin de remédier aux pertes économiques liées à l'exception de copie privée, le législateur français a instauré une compensation financière au profit des titulaires de droits. Ainsi, la loi du 3 juillet 1985 (articles L. 311-1 du CPI et suivants), prévoit une rémunération

---

<sup>10</sup> « la reprographie s'entend de l'ensemble de procédés de reproduction des documents écrits, ce qui en pratique renvoie surtout pour le grand public à la photocopie et à la télécopie » A. Lucas, *Le droit d'auteur français à l'épreuve de la reprographie* : JCP G 1990, I, 3438, n°2.

<sup>11</sup> S'est développée la pratique du « photocopillage » qui consiste à piller les catalogues des éditeurs de livres en photocopiant massivement les œuvres.

<sup>12</sup> A. Lucas, préc., n° 45.

<sup>13</sup> Voir A. et H-J. Lucas, préc., n° 314, p. 267 et n° 694, p. 535.

<sup>14</sup> Véronique Mortaigne et Sylvain Sielier, *Le Monde*, article consulté le 18.01.03 sur : [www.lemonde.fr](http://www.lemonde.fr)

pour copie privée des œuvres fixées sur phonogrammes ou vidéogrammes au profit des auteurs, des artistes-interprètes et des producteurs de phonogrammes ou de vidéogrammes. Cette redevance est perçue sur le prix de vente des supports vierges et redistribuée aux ayants droit par des sociétés de gestion collective.

[13]. L'article L.122-5 alinéa 2 précise que l'exception de copie privée cesse pour « les copies des œuvres d'art destinées à être utilisées pour des fins identiques à celles pour lesquelles l'œuvre originale a été créée ». C'est à dire ici, que la copie est illicite, même si elle est réalisée pour l'usage privé du copiste, dès lors qu'elle est destinée à des fins identiques et qu'elle produit le même effet que celui produit par l'original. Ce cas n'entrera donc pas dans notre étude.

[14]. Aussi l'article L. 122-5 alinéa 2 exclut de l'exception les « copies d'un logiciel autres que la copie de sauvegarde, ainsi que des copies ou reproductions d'une base de données électronique ». La copie de sauvegarde est permise, mais elle répond à des conditions particulières et se différencie de la copie privée. Pour les bases de données, aucune copie n'est autorisée. Nous ne traiterons donc pas de ces hypothèses.

[15]. La notion de copie privée est au centre d'un débat qui n'est pas nouveau, celui des exceptions au droit d'auteur.

Depuis longtemps déjà, les auteurs doivent faire face aux pressions de plus en plus fortes en faveur de nouvelles exceptions ou d'une extension des exceptions existantes. Mais parce que le progrès technique a considérablement transformé l'utilisation des œuvres, notamment sur les réseaux, les revendications n'ont jamais été aussi fortes. A l'opposé, les auteurs s'inquiètent de la portée des exceptions dans l'environnement numérique et réclament leur limitation, voire parfois leur suppression<sup>15</sup>. Il s'agit bien sûr d'enjeux financiers énormes, mais bien au-delà, c'est toute la philosophie du droit d'auteur qui est mise en cause. Le débat révèle en filigrane un véritable combat pour ou contre le droit d'auteur.

La question de la copie privée est politique, car elle met en jeu des intérêts difficiles à concilier et des facteurs sociologiques et philosophiques rendent la lecture de la situation encore plus complexe.

---

<sup>15</sup> A.Lucas et H-J. Lucas, Traité de la propriété Littéraire et Artistique, Litec, 2<sup>e</sup> éd. 2001, n°290, p. 252.

[16]. Le débat doit aussi prendre en compte l'incidence économique des exceptions. C'est ce qu'on appelle le « triple test » de l'article 9.2 de la Convention de Berne. Il réserve aux pays de l'Union la faculté de permettre la reproduction des œuvres « dans certains cas spéciaux, pourvu qu'une telle reproduction ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur »<sup>16</sup>. Il s'agit de faire la balance des intérêts qui permet de déterminer au profit de quels intérêts le principe doit tomber. Il faut rechercher un compromis entre les intérêts opposés comme c'est souvent le cas dans les textes internationaux<sup>17</sup>.

[17]. Le développement du numérique a donné au problème une autre dimension. « Aujourd'hui tout le monde, nous promet-on, est un moine copiste en puissance grâce au numérique<sup>18</sup> ». Avec 500 millions d'internautes dans le monde, près de 230 millions de CD-R vendus en France en 2002<sup>19</sup> (près de deux fois plus que les ventes de disques pour la même période), la notion de copie privée a un nouveau visage.

[18]. Le débat actuel sur les échanges de fichiers sur Internet, s'il paraît remettre en cause notre loi de 1957 et créer un autre prétendu « vide juridique » n'est pourtant pas une nouveauté. « L'avènement des procédés de reproduction mécanique avait déjà changé le paysage<sup>20</sup> ». La photocopie avait fait parler d'elle en son temps comme la coupable toute désignée de la mort prochaine, mais certaine, de l'industrie du livre. L'histoire n'étant qu'un éternel recommencement, les mêmes problèmes se posent dans l'environnement numérique, certes, en démultipliant et en aggravant les dangers.

[19]. Il est aujourd'hui très simple de numériser presque tout type d'œuvres en les fixant sur des supports enregistrables de plus en plus performants. La volatilité des contenus, la dématérialisation inhérente aux réseaux, la dimension planétaire du phénomène sont autant d'éléments aggravant le préjudice des ayants droit. Les copies sont de plus en plus nombreuses, de moins en moins chères et de qualité proche de l'original. A tel point qu'en doctrine, pour qualifier les reproductions effectuées par les utilisateurs, on parle même de

---

<sup>16</sup> Cette disposition est reprise par l'accord ADPIC ( article 13) et par le traité de l'OMPI de 1996 (article 10).

<sup>17</sup> Par exemple, le préambule du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur évoque la « nécessité de maintenir un équilibre entre les droits des auteurs et l'intérêt public général, notamment en matière (...) d'accès à l'information, telle qu'elle ressort de la convention de Berne ».

<sup>18</sup> M. Mossé, Droits d'auteur et exception pour copie privée à l'ère de l'internet, v. [http : //droit-internet-2001.univ-paris1.fr/pdf/vf/Mosse\\_M.pdf](http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr/pdf/vf/Mosse_M.pdf)

<sup>19</sup> Le Monde, article de Véronique Mortaigne et Sylvain Siclier, préc.

<sup>20</sup> A. Lucas, droit d'auteur et numérique, Litec 1998, n° 327. p. 166.

« clones »<sup>21</sup>. Ainsi, le marché normal des œuvres se trouve concurrencé par un marché parallèle créant un préjudice considérable aux auteurs. Ce marché est-il toujours licite et couvert par les exceptions au droit d'auteur, ou entraîne-t-il au contraire une contrefaçon massive ?

[20]. Il semble donc intéressant de se demander dans quelle mesure les pratiques de reproduction d'œuvres rendues possibles par les nouvelles technologies entrent dans la notion de copie privée ?

[21]. Les utilisateurs voudraient « accéder à tout, tout de suite et sans payer<sup>22</sup> ». Avec la copie privée, ils pensent avoir trouvé un moyen d'y parvenir.

C'est de cette façon que les utilisateurs ont développé un fantasme autour de la notion de copie privée dans l'environnement numérique, en s'imaginant pouvoir étendre la notion à toutes sortes de pratiques de reproduction, et en s'octroyant le « droit » de copier gratuitement des œuvres protégées par le droit d'auteur.

[22]. Cependant l'exception de copie privée de l'article L.122-5 alinéa 2 du CPI doit être interprétée strictement et ne semble pas permettre, en principe, une application aussi large de la notion aux nouvelles techniques de reproduction. En effet, cette notion a été pensée dans l'environnement analogique et l'on peut s'interroger sur l'opportunité d'une telle extension dans l'environnement numérique. En réalité, la copie privée apparaît comme une notion étroite et désuète. C'est pour cela qu'elle doit être repensée plus largement car elle ne correspond plus à la réalité des modes actuels d'utilisation des œuvres et exclut, à tort, du champ de l'exception certains d'entre eux. Mais il ne faut pas non plus tomber dans l'excès et admettre que toutes les pratiques des utilisateurs entrent dans la notion de copie privée.

Il convient donc de trouver un juste milieu entre la conception large des utilisateurs de la notion de copie privée qui n'est pas acceptable et la conception trop restrictive dictée par la loi, qui n'est pas réaliste.

[23]. Nous envisagerons donc le devenir de la notion de copie privée sous ces deux angles. Nous mènerons notre réflexion en deux temps, en étudiant le fantasme d'une conception large

---

<sup>21</sup> A. et H-J. Lucas, préc., n° 315, p. 268 ;

<sup>22</sup> A. Lucas, Droit d'auteur et numérique, Litec, 1998, n°327. p.167.

de la copie privée numérique ( Partie 1), puis la réalité de l'utilisation privée de la copie (Partie 2).

## **PARTIE I - LE FANTASME D'UNE CONCEPTION LARGE DE LA COPIE PRIVEE NUMERIQUE**

[24]. La question de la copie privée est indissociable de celle de la contrefaçon. C'est l'utilisation de la copie qui va déterminer si le bénéfice de l'exception peut jouer. Les utilisateurs ont tendance à utiliser la notion de copie privée comme un moyen de légitimer des pratiques d'utilisation qui ne devraient pas entrer dans son champ d'application.

[25]. Les consommateurs font pression en faveur de l'exception de copie privée et pour une liberté totale sur les réseaux. Le droit de l'auteur devrait s'effacer devant celui du public. En effet, Internet symbolise la société de l'information sans bornes ni frontières, il était donc prévisible de le voir supporter la remise en cause, explicite ou implicite, du droit d'auteur<sup>23</sup>.

Mais la conception française ne permet pas traditionnellement de prendre en compte les intérêts des utilisateurs. Il semble que leurs prétentions à propos de la copie privée relèvent d'un fantasme alimenté par le mythe de la liberté absolue sur les réseaux.

[26]. Nous envisagerons donc le fantasme d'une conception large de la copie privée numérique sous l'angle du glissement de la liberté d'information au droit à la copie privée (Chapitre 1), et de l'illusion d'une large application de la copie privée dans l'environnement numérique (Chapitre 2).

---

<sup>23</sup> M. Mossé, droits d'auteurs et exception pour copie privée à l'ère de l'Internet, v. sur : [http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr/pdf/vf/Mosse\\_M.pdf](http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr/pdf/vf/Mosse_M.pdf)

## **Chapitre 1- Le glissement de la liberté d'information au droit à la copie privée**

[27]. De quel droit peut-on ébrécher le monopole de l'auteur ? De quel droit celui-ci peut-il empêcher le public de jouir de son œuvre à titre privé? La conception traditionnelle française donne la primauté à l'auteur qui est au centre du dispositif. Les exceptions sont d'interprétation stricte ce qui exclut qu'elles fassent naître des droits au profit du bénéficiaire<sup>24</sup>.

[28]. Mais ce principe est de plus en plus souvent chahuté par un mouvement consumériste d'influence anglo-saxonne. En effet, dans les pays de copyright, c'est l'analyse inverse qui prime. L'accent est mis sur l'intérêt public, et donc les exceptions font naître des droits en faveur des utilisateurs. Cette approche anglo-saxonne du problème vient « polluer » en quelque sorte le débat sur la copie privée en France où l'on ne prend traditionnellement pas en compte l'intérêt du public. Le mouvement a pris de l'ampleur aujourd'hui et la liberté d'accéder à l'information est maintenant revendiquée comme un droit de copier. A tel point que l'on discute la nature du fondement même de la copie privée.

Ainsi, on constate l'émergence d'un droit à l'information légitimant la copie privée (Section 1), qui entraînerait un changement du fondement de la notion de copie privée : de la simple tolérance au véritable droit ( Section 2).

### **Section 1- Le droit à l'information légitimant la copie privée**

[29]. En droit français, la primauté est donnée à l'auteur. Mais sur le fondement des libertés et droits fondamentaux, apparaissent des prérogatives propres aux utilisateurs qui sont revendiquées comme de véritables droits. Alors que l'œuvre est de plus en plus conçue comme une information (§2), on passe de la liberté au droit à l'information ( §1).

---

<sup>24</sup> Voir A. et H.-J. Lucas, préc., n°292, p. 253.

## §1. De la liberté au droit à l'information

[30]. L'argument sans cesse avancé de la liberté d'accès à la culture est aussi affirmé comme un droit à la culture<sup>25</sup>. Aussi, on parle de plus en plus du « droit du public à l'information », fondé notamment sur l'article 10.1 de la Convention européenne des Droits de l'Homme qui dispose que : « Toute personne a le droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir d'ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière ». L'article 7 des accords sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce prévoit un « droit du public » de bénéficier d'un accès raisonnable et aisé aux œuvres. On a pu trouver cette tendance à faire prévaloir des droits fondamentaux sur le monopole de l'auteur en jurisprudence<sup>26</sup>.

[31]. Seulement ce qui peut-être considéré comme une liberté, comme la liberté d'information est revendiqué comme un véritable « droit fondamental », prenant la forme de prérogatives concurrentes à celle de l'auteur sur ses œuvres. Il faut se garder de forcer l'interprétation de ces textes<sup>27</sup> qui n'attribuent pas un droit de copier une œuvre de l'esprit. Or il y a un pas entre, d'une part, la liberté d'accès à la culture qui permet d'utiliser des biens culturels, et d'autre part, un droit d'accéder aux œuvres qui primerait le droit d'auteur, qu'il ne faut pas franchir.

Dans la société de l'information, « le public aurait un droit fondamental d'accéder à l'information et de la faire circuler, droit qu'il pourrait opposer aux protections techniques restreignant l'accès aux œuvres et qui de manière générale, fonderait la liberté de toute reproduction et de toute retransmission de ces œuvres, dès lors que cette reproduction ou retransmission relèverait d'un usage privé non lucratif<sup>28</sup> ».

Selon le professeur André Lucas, le droit à l'information ne peut utilement être versé au débat<sup>29</sup>. En effet, le droit d'auteur ne s'oppose pas à l'accès du public à l'information,

---

<sup>25</sup>Voir L'article 15.1 du Pacte international de New York du 19 décembre 1966 relatif aux droits économiques, sociaux et culturels qui prévoit que les Etats signataires doivent reconnaître à chacun le droit de « participer à la vie culturelle et de bénéficier du progrès scientifique et de ses applications ».

<sup>26</sup> TGI Paris, 23 février 1999, D.2000. chron. 455. B. Edelman, *Du mauvais usage des droits de l'homme* : cette décision met pour la première fois en cause le droit d'auteur au nom des droits de l'homme.

<sup>27</sup> C. Caron, note sous Paris, 30 mai 2001, D. 2001, D. 00: le droit à l'information consacré par l'art. 10 CE, « n'autorise pas pour autant la personne qui l'exerce à méconnaître les dispositions de la loi, qui constituent, dans une société démocratique, des mesures nécessaires pour la protection des droits d'autrui ».

<sup>28</sup> A.Lucas, les exceptions et limitations au droit d'auteur et aux droits voisins à l'ère de l'information, Rapport pour le conseil de l'Europe, Strasbourg, 24 octobre 1996, p. 19. n°65.

<sup>29</sup> A. et H-J. Lucas, préc., n°295, p. 256.

puisqu'il ne permet en aucune façon de monopoliser des informations mais des œuvres de l'esprit.

## **§2. L'œuvre conçue comme une information**

[32]. «Le phénomène de l'Internet risque de permettre l'émergence d'une nouvelle approche du concept même d'œuvre<sup>30</sup>» qui pourrait bien devenir aussi une information. Le problème vient de ce que l'on fait (inconsciemment ou pas) une confusion entre information et œuvre de l'esprit<sup>31</sup>. Elle s'explique par la numérisation des œuvres et par le fait que l'utilisateur des nouvelles technologies de l'information et de la communication a de moins en moins conscience de la valeur de la création dès lors qu'elle se présente sous une forme immatérielle et s'exprime en données numériques. «Ainsi l'œuvre, désacralisée, serait perçue par les utilisateurs comme un renseignement, une indication, une donnée, un élément de documentation... autant de qualificatifs qui impliquent une libre communication à un public qui semble bénéficier de surcroît, depuis peu, d'un véritable droit subjectif à l'information<sup>32</sup>». Le raisonnement réducteur qui tend à faire un peu trop facilement la confusion (et qui est souvent invoqué par les adversaires du droit d'auteur) doit être proscrit car «une telle conception admise à l'extrême entraînerait la disparition pure et simple du concept même de droit d'auteur<sup>33</sup>».

[33]. Cette prise en compte des intérêts du public est traditionnellement reconnue dans les pays de copyright à tel point que les exceptions font naître des droits en faveur des utilisateurs. L'influence anglo-saxonne sur notre droit joue certainement un rôle dans l'émergence de ce nouveau droit à l'information tiré des libertés fondamentales et contribue à entretenir une prétendue primauté des intérêts du public sur ceux de l'auteur.

Les revendications de plus en plus fortes en faveur d'un droit des utilisateurs d'œuvres ont eu un impact retentissant sur le fondement même de la notion de copie privée.

---

<sup>30</sup> C. Caron, note sous TGI Paris, 14 août 1996, RIDA, 1997, n°171, p. 377.

<sup>31</sup> On peut déceler une évolution semblable en droit des marques : la marque tend à perdre son caractère distinctif pour devenir une simple information, un renseignement, une donnée. Cette évolution de la propriété intellectuelle n'est-elle pas due à l'assimilation des biens immatériels protégés à des biens de consommation qui subissent les conséquences de la grande distribution ?

<sup>32</sup> C. Caron, préc. p. 378.

<sup>33</sup> C. Caron, préc., p. 377.

## **Section 2 - Le fondement de la notion de copie privée : de la simple tolérance au véritable droit**

[34]. La doctrine n'est pas unanime sur le fondement de l'exception : certains y voient une simple tolérance du législateur du fait de l'impossibilité de faire respecter le droit exclusif dans la sphère privée, d'autres y voient une justification de la liberté de vie privée, voire même un droit fondamental.

L'exception qui à l'origine n'était qu'une simple tolérance (§1) tend à être considérée, selon nous à tort, comme un véritable droit (§2).

### **§1. Une tolérance**

[35]. Aux origines, la copie privée a été autorisée pour des raisons d'ordre pratique : l'impossibilité, et l'inopportunité, de contrôler les agissements privés des individus.

En effet, dans l'environnement analogique on ne pouvait pas contrôler les enregistrements des particuliers de musique à la radio ou de films à la télévision, pas plus que les copies de cassettes achetées dans le commerce. C'est d'ailleurs à cette fin qu'a été instaurée la rémunération pour copie privée sur les supports vierges, qui a été étendue aux supports numériques.

La copie privée à l'origine est considérée comme inévitable. Les limites du monopole ne s'étendent pas à l'intérieur de la sphère privée, ne serait-ce que parce qu'il n'était pas possible de faire autrement. L'exception pour copie privée est donc apparue comme une tolérance accordée aux usagers de confectionner une copie d'une œuvre pour leur usage personnel, qui trouve sa limite dès lors qu'elle porte atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ou cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur. Ce n'était qu'une pratique assez marginale qui ne causait aux auteurs qu'un faible préjudice.

[36]. Mais la question de la copie privée ne se pose pas dans les mêmes termes selon qu'on est dans un environnement analogique ou dans un environnement numérique. Le fondement même de l'exception se trouve ébranlé : les techniques numériques permettent un contrôle que l'on disait impossible<sup>34</sup>.

Il n'est cependant pas choquant de revenir au droit exclusif de l'auteur puisque, paradoxalement, la technique permet de reconstruire le monopole qu'elle avait tout d'abord

---

<sup>34</sup> Voir A. Lucas, Cahiers du CRID, n° 18, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 3 et 4.

permis de briser. Puisqu'elle était tolérée faute de pouvoir la contrôler, la copie privée, pour une partie de la doctrine<sup>35</sup>, n'est plus justifiée dans l'environnement numérique où le contrôle est redevenu possible. Certains réclament même sa suppression pure et simple dans l'environnement numérique, comme cela a été fait pour les logiciels et les bases de données.

[37]. Pour une partie de la doctrine<sup>36</sup> cependant, un tel retour en arrière ne serait pas acceptable sur le plan politique. En effet, il est difficile de revenir sur une tolérance concédée pendant des années et considérée par le public comme un « droit fondamental ». Avec le perfectionnement et la banalisation des techniques de reproduction, la copie privée a connu un succès que le législateur n'avait certainement pas prévu. Conçue comme une exception, elle prend dès lors une nouvelle dimension et paraît pouvoir s'affranchir de son champ de départ. Le fondement même de la copie privée semble s'être porté sur le terrain des libertés et droits fondamentaux tel que le droit au respect de la vie privée va être invoqué à l'appui de l'usage privé. C'est sur ce fondement que les utilisateurs vont revendiquer bien plus qu'une liberté, un véritable « droit » à la copie privée.

## **§2. Un droit**

[38]. Le phénomène de la copie privée s'est généralisé dans une certaine indifférence, voire un certain fatalisme, sans que des mesures aient été prises suffisamment tôt pour éviter les abus en tout genre. « S'est répandue dans le public l'illusion, que la copie privée à la condition d'être non lucrative, est permise<sup>37</sup> ».

En effet, les utilisateurs ont estimé, que la copie des œuvres étant possible puisqu'ils ont les moyens techniques à leur disposition (officines de reprographie, graveurs de CD-Rom, logiciels de téléchargement sur Internet...), la seule limite serait de ne pas faire de ces copies un usage lucratif. Favorisé par un certain laxisme qui a ouvert la brèche, le mouvement s'est renforcé en faveur d'un véritable droit à la copie privée, relançant le conflit entre droit d'auteur et droit du public. Selon certains auteurs, l'exception de copie privée ne se justifie qu'en tant qu'elle permet d'assurer la protection de la liberté de vie privée<sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup> Notamment Y. Gaubiac et J. C. Ginsburg, L'avenir de la copie privée en Europe, Communication Commerce Electronique, janvier 2000, p.9.

<sup>36</sup>Notamment A. Lucas et H-J. Lucas, préc, n° 315, p. 268.

<sup>37</sup> A. et H-J. Lucas, préc, n°315, p. 268.

<sup>38</sup> A. Gitton, La copie privée en perspective, Gazette du palais, dimanche 20 au mardi 22 janvier 2002, p.6.

[39]. Face aux évolutions envisagées de la propriété intellectuelle, les usagers des biens culturels s'inquiètent de l'éventuelle suppression des possibilités de pratiquer gratuitement des copies privées. C'est la « crainte de devoir payer demain ce qui était jusqu'à présent gratuit<sup>39</sup> », mais aussi du refus de subir une restriction indirecte de sa vie privée. S'est élevé un mouvement consumériste relayé sur Internet pour s'opposer à la rémunération pour copie privée qui allait à l'encontre du « droit » à la copie privée.

[40]. La rémunération pour copie privée est en principe une redevance d'auteur, mais elle est perçue en pratique par les utilisateurs comme une véritable « taxe ». Elle est assise sur le prix de vente des supports et donc touche toutes les utilisations de ceux-ci, même celles qui ne sont pas destinées à la copie privée mais au stockage de documents personnels par exemple. C'est un argument souvent utilisé en faveur de la reconnaissance d'un droit à la copie. Certains estiment que puisqu'ils payent une « taxe » sur les supports, ils ont donc le « droit » de copier à volonté.

[41]. Face à la prolifération des protections techniques, les consommateurs s'inquiètent et dénoncent une entrave au « droit » à la copie privée. En effet, des dispositifs de protection sont mis en place sur les supports pour empêcher l'utilisateur d'effectuer des copies<sup>40</sup>.

On peut comprendre que la copie privée soit encadrée dans l'environnement numérique, mais il faut éviter que cette protection par la technique ne conduise à des abus car certaines d'entre elles ne permettent pas une utilisation normale des œuvres ( c'est le cas des verrous numériques sur les compact disques par exemple).

Ces mesures de protections techniques sont critiquées en ce qu'elles brident la liberté d'utilisation du CD, ce qui est fondé car il est nécessaire, sur le plan de l'opportunité de laisser une certaine liberté de copie et surtout d'utilisation aux consommateurs. Souvent l'information sur les restrictions d'usage impliquées par les systèmes de protection n'est pas claire : impossibilité d'effectuer une copie du disque, de constituer un juke-box musical sur le disque dur d'un micro-ordinateur, de créer des compilations sur CD, de charger des morceaux

---

<sup>39</sup> B. Warusfel, La propriété intellectuelle et l'Internet, Dominos/Flammarion, 2001 p. 99.

<sup>40</sup> Sur cette question voir *infra* n° 112 et s.

de musique dans un baladeur MP3...<sup>41</sup>. Il n'est pas acceptable d'empêcher l'utilisation normale d'un CD sous prétexte de le protéger contre la copie<sup>42</sup>.

[42]. On voit ici, la limite de la protection technique qui empiète parfois bien plus loin que sur la possibilité de faire une copie privée, mais sur celle d'utiliser tout simplement l'œuvre licitement acquise. Ce n'est, espérons-le, qu'une étape vers un encadrement technique maîtrisé qui permettrait de bloquer le piratage sans empêcher la copie privée<sup>43</sup>.

[43]. Une partie de la doctrine s'accorde à dire que l'utilisateur ne jouit pas d'un droit à la copie privée. Pourtant elle n'est pas unanime, certains estiment qu'« il ne s'agit pas seulement d'une tolérance : c'est un droit exceptionnel dont jouissent les usagers, tant qu'ils restent dans les limites fixées par la loi<sup>44</sup> ».

Même si la copie privée ne peut selon nous, être revendiquée comme un droit, il semble évidemment légitime de prendre en considération les intérêts des utilisateurs. Mais s'agit-il du confort de l'utilisateur, du respect de la sphère de la vie privée ou d'un objectif social et culturel d'accès à la connaissance ?

On comprend bien qu'il ne serait pas opportun de retirer aux consommateurs cette possibilité qu'ils ont de copier pour eux-mêmes les œuvres licitement acquises. Mais « Faut-il estimer que les habitudes de copie privée doivent permettre d'ériger l'acte intime de la copie en intérêt devant être protégé par le droit ?<sup>45</sup> ».

[44]. La tendance récente qui était plutôt d'éviter que la tolérance de la copie privée ne se transforme en droit de copier est peut-être en train de changer, à l'occasion de la transposition en droit français de la directive du 22 mai 2001 qui est sujette à un lobbying très puissant en faveur des intérêts du public relayé par la presse.

[45]. C'est ainsi, que se croyant investis d'un droit à la copie privée, les consommateurs (de bonne ou de mauvaise foi), se sont persuadés de la possibilité d'effectuer toutes sortes de

---

<sup>41</sup> Voir Libération, *tant de disques sous les verrous* par Florent Latrive, consulté en mai 2003 sur [www.liberation.com/page.php?Article=101368](http://www.liberation.com/page.php?Article=101368)

<sup>42</sup> Des associations de consommateurs ont porté plainte récemment contre les maisons de disques utilisant des systèmes anti-copies, Voir S. Long, *CD protégés, les majors face à la justice*, consulté le 27/05/2003 sur [www.01net.com/article/208889.html](http://www.01net.com/article/208889.html)

<sup>43</sup> Sur cette question voir *infra* n°116 et s.

<sup>44</sup> P-Y. Gautier, *Propriété Littéraire et artistique*, préc., n° 192, p 329.

<sup>45</sup> G. Vercken, *Mesures techniques et copie privée : round 1 ?*, Légipresse, n° 198, Janvier /février 2003, p. 17.

copies d'œuvres sur les réseaux. Mais ne s'agit-il pas là d'une illusion ? Il semblerait qu'Internet ne soit sur ce point, qu'un « miroir aux alouettes ».

## **Chapitre 2 - L'illusion d'une large application de la copie privée dans l'environnement numérique**

[46]. Le célèbre format MP3 <sup>46</sup> annoncerait-il la fin du droit d'auteur sur Internet ?

Le secteur culturel (de l'édition musicale et audiovisuelle) chiffre ses pertes dues à la contrefaçon et au piratage à plus de 4,5 milliards d'euro par an<sup>47</sup>. Les consommateurs téléchargent dorénavant à l'envie sur le disque dur de leur ordinateur des fichiers musicaux, échangent et diffusent sur Internet des centaines d'heures de musique et ignorent, délibérément ou non, les règles du droit d'auteur.

Pourtant la loi ne tolère que les « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective ». Il s'agit donc de savoir si l'utilisation de ces œuvres disponibles sur Internet que ce soit sur un site, ou par le biais d'un logiciel d'échange, relève de la notion de copie privée.

Nous envisagerons donc l'illusion de cette large application de la copie privée dans l'environnement numérique en démontrant que l'utilisation des copies d'œuvres sur les réseaux relève souvent d'actes de contrefaçon. Nous analyserons la question sous l'angle des œuvres « en ligne » sur un site Internet (Section 1) puis sous celui du partage d'œuvres par le biais de logiciels (Section 2).

### **Section 1. La copie des œuvres « en ligne » sur un site Internet**

Il s'agit des œuvres reproduites et mise en ligne sur un site Internet. Il faut analyser la question de la copie privée du point de vue de la personne qui met l'œuvre en ligne sur le site, et du point de vue de celle qui la télécharge.

Alors que l'intégration du téléchargement par l'internaute dans la notion de copie privée ( §2) semble possible dans certains cas, l'exclusion de la mise en ligne d'œuvres de la notion de copie privée ( §1) ne fait pas de doute.

---

<sup>46</sup> Format ou méthode de compression du son qui supprime les données susceptibles de ne pas être perçues par l'oreille humaine permettant de compresser un fichier musical jusqu'à 12 fois sa taille initiale favorisant ainsi sa diffusion sur le réseau Internet.

<sup>47</sup>C'est le constat de la proposition de directive du 30 janvier 2003 du parlement européen relative aux mesures et procédures visant à assurer le respect des droits de propriété intellectuelle.

## §1. L'exclusion de la mise en ligne d'œuvres de la notion de copie privée

[47]. Par « mise en ligne », nous entendons l'acte par lequel une personne, par le biais d'un site Internet, met à la disposition des utilisateurs des fichiers qui sont des reproductions d'œuvres et qui peuvent être librement téléchargés sur leurs ordinateurs. C'est une mise à disposition de copies d'œuvres.

La communication des fichiers nécessite leur reproduction préalable : d'abord décompression, puis éventuellement reproduction sur le disque dur de l'ordinateur, encodage, et mise en ligne.

[48]. Rappelons que la numérisation d'une œuvre constitue une reproduction qui relève du droit exclusif des ayants droit de l'œuvre<sup>48</sup>. La cour d'appel de Paris a confirmé que le stockage d'une œuvre sur le disque dur d'un ordinateur constitue une reproduction de ladite œuvre. A ce titre, la reproduction d'une œuvre musicale, gérée par la SDRM, nécessite son autorisation préalable ; à moins de pouvoir bénéficier de l'exception de copie privée.

[49]. La mise en ligne permet-elle à l'éditeur de site ou de la page web de se prévaloir de l'exception de copie privée ?

Autrement dit, peut-on mettre en ligne un fichier qui a été initialement créé à des fins personnelles ? La réponse ne peut être que négative. La reproduction doit être réservée à l'usage privé du copiste et non destinée à l'utilisation collective, ce qui exclut de la notion la mise en ligne d'une œuvre sur Internet, peu importe qu'il n'y ait eu aucun acte d'émission de la part du copiste<sup>49</sup>.

La mise en ligne de fichiers ôte tout caractère privé à l'utilisation initiale, puisque le public y a accès. On passe d'un usage exclusivement privé et individuel à un usage collectif, puisque l'on va permettre, par la mise en ligne, à toute personne, d'utiliser et de prendre copie de sa reproduction. Il s'agit bien là d'une utilisation collective qui fait tomber le bénéfice de l'exception.

[50]. La jurisprudence s'est prononcée en ce sens dans les affaires Brel et Sardou<sup>50</sup>. En l'espèce, des étudiants avaient reproduit des textes de chansons sur leurs pages personnelles mises à leur disposition par le serveur de leur école. Ceux-ci ont été assignés par des sociétés

---

<sup>48</sup> TGI Paris, réf., 14 août 1996, préc., D. 1996, 490, note P-Y. Gautier ; TGI Paris, 5 mai 1997, JCP 97 II n°22906, note F.Olivier.

<sup>49</sup> TGI Paris, réf., 5 mai 1997, Queneau : RIDA, oct. 1997, p. 265 ; JCP 1997. II. 22906, note Olivier.

<sup>50</sup> TGI Paris, réf., 14 août 1996, préc.

d'auteur et de producteurs de phonogrammes pour contrefaçon. Le juge a constaté « qu'en permettant à des tiers connectés au réseau Internet de visiter leurs pages privées et d'en prendre éventuellement copie » les défendeurs « favorisent l'utilisation collective de leur reproduction ».

C'est bien le propre de l'Internet que de favoriser l'utilisation collective par l'interactivité qu'il apporte. Le président du tribunal a rejeté l'exception de copie privée ajoutant qu'il importe peu que le défendeur « n'effectue lui-même aucun acte positif d'émission, l'autorisation de prendre copie étant implicitement contenue dans le droit de visiter les pages privées ».

[51]. La solution peut se transposer aux fichiers MP3 mis en téléchargement sur un site. En effet, la mise à disposition de ces fichiers favorise une utilisation collective. La mise à disposition sur le web d'œuvres sans autorisation de la SDRM est qualifiée de manière constante par la jurisprudence depuis 1996 de contrefaçon.

[52]. Qu'en est-il pour l'utilisateur qui télécharge une œuvre en ligne sur son ordinateur ? Cette pratique, nous le verrons, entre dans la notion de copie privée, mais sous certaines conditions.

## **§2. L'intégration du téléchargement par l'internaute dans la notion de copie privée**

[53]. Du côté de l'utilisateur qui télécharge, si la copie est effectuée à partir d'un site ayant mis l'œuvre à disposition du public sans s'acquitter des droits, elle sera de toute évidence illicite. L'exception de copie privée ne joue que lorsque l'œuvre a été acquise de manière licite. C'est bien logique, on ne peut pas faire une reproduction licite à partir d'une œuvre acquise illicitement. Ainsi, les copies réalisées par téléchargement à partir de sites qui mettent en ligne des œuvres acquises illicitement, devraient être considérées en France comme illicites, puisque le site, ne pouvant bénéficier de la copie privée, ne peut mettre à disposition de tels fichiers qu'en demandant l'autorisation aux ayants droit<sup>51</sup>. C'est ce cas de figure qui

---

<sup>51</sup> Les sociétés de gestion des droits d'auteur, telles que la Sacem, pourraient ainsi procéder légalement à l'identification des utilisateurs de réseaux *peer-to-peer* qui contreviennent aux règles de la propriété littéraire et artistique dès lors qu'ils échangent des fichiers musicaux ou vidéo. Voir l'amendement n° 12 au "projet de loi relatif à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel" votés le 1er avril par le Sénat, consulté en mars 2003 sur <http://www.senat.fr/dossierleg/pj101-203.html>

est le plus fréquent aujourd'hui. Ainsi, les téléchargements effectués par les internautes sont très souvent des actes de contrefaçon.

[54]. Par contre, si le téléchargement est effectué depuis un site ayant mis l'œuvre à disposition du public de manière licite, l'exception de copie privée peut jouer pour celui qui télécharge. C'est le cas des sites autorisés qui proposent un service de téléchargement de fichiers MP3 contre paiement<sup>52</sup>.

En effet, on peut considérer que l'utilisateur qui télécharge une œuvre licitement mise en ligne, effectue une reproduction licite, si elle reste destinée à un usage privé, et à défaut d'utilisation collective. « Seul l'internaute agissant individuellement peut se prévaloir de l'article L.122-5 alinéa 2 du CPI sans qu'il puisse normalement reproduire à son tour l'œuvre, pour la communiquer publiquement à autrui<sup>53</sup> ».

[55]. C'est la même pratique que celle consistant à graver un CD acheté dans le commerce pour en faire une copie destinée à son usage privé ( pour l'écouter dans sa voiture par exemple). Mais l'on peut aussi faire une copie de CD sur son disque dur ou vers un baladeur MP3, etc... La limite étant de conserver ces copies dans la sphère privée. Le format MP3 n'est donc pas illégal en soi, mais c'est un moyen de commettre une entorse au droit d'auteur. Le MP3 ne laisse finalement place qu'à peu d'utilisations licites contrairement à ce qui est prétendu. Il est possible de réaliser des copies sous ce format depuis un CD licitement acquis, pour une utilisation personnelle sans rediffusion au public ou de télécharger ces MP3 depuis un site ayant licitement mis en ligne ces fichiers. Mais pour d'autres utilisations, notamment la mise à disposition sur Internet, par la mise en ligne sur un site web, il faut obtenir une autorisation des titulaires de droits.

En effet, la copie devient illicite parce qu'elle circule en dehors de la sphère privée entre des personnes qui n'ont pas de liens d'intimité. Du moment que la copie ne circule pas, ou reste circonscrite dans un cercle fermé d'utilisateurs, on peut considérer qu'elle est licite<sup>54</sup>.

Le problème de la copie d'œuvres sur Internet s'est posé de manière identique aux Etats-Unis où le MP3 est né. Le partage de fichiers contenant des œuvres sur Internet, par le biais de

---

<sup>52</sup> Comme par exemple, le nouveau service payant de téléchargement de fichiers à la carte « iTunes Music Store » d'Apple: Voir Philippe Guerrier, *Apple dévoile son arme*, Le journal du Net consulté le 30 avril 2003 sur : <http://www.journaldunet.com/0304/030430itunes.shtml>

<sup>53</sup> P-Y. Gautier, préc., n° 194-1, p. 336.

<sup>54</sup> Voir *infra* n° 98.

logiciels gratuits, a posé la question de l'application de la théorie américaine du *fair use*, pendant de l'exception de copie privée française, à cette pratique.

## **Section 2. Le « fair use » appliqué aux œuvres « partagées » sur Internet**

C'est la théorie du *fair use* américain ou « usage loyal », qui a été invoquée pour échapper aux sanctions de la contrefaçon dans les affaires mettant en cause les logiciels de partage. Alors que l'on a admis l'usage déloyal des premiers logiciels de partage depuis l'affaire « Napster » ( §1), les juges relèvent l'absence de contrôle de l'usage des nouveaux logiciels de partage « peer to peer » ( §2) pour rejeter la responsabilité des sociétés qui les commercialisent.

### **§1. L'usage déloyal des premiers logiciels de partage : l'affaire « Napster »**

[56]. L'exception de copie privée n'existe pas aux Etats-Unis. C'est la notion de *fair use* ou « usage loyal » qui permet, sous certaines conditions, d'utiliser dans des limites raisonnables des oeuvres protégées par le droit d'auteur. Cet usage loyal a été défini par la doctrine comme un « privilège accordé aux tiers d'utiliser l'œuvre bénéficiant d'un copyright d'une manière raisonnable, sans le consentement de son propriétaire, malgré le monopole accordé<sup>55</sup>».

Le Copyright Act de 1976, dans sa section 107 donne des précisions pour l'appréciation de cette notion. Pour déterminer si l'usage d'une œuvre dans un cas déterminé est loyal, les facteurs à considérer doivent inclure le but et le caractère de l'usage, et notamment la nature commerciale ou non de celui-ci ou sa destination à des fins éducatives et non lucratives, la nature de l'œuvre protégée, le volume et l'importance de la partie utilisée par rapport à l'ensemble de l'œuvre protégée, et l'incidence de l'usage sur le marché potentiel de l'œuvre protégée ou sur sa valeur.

Entre dans le champ du *fair use* la reproduction pour un usage privé et non collectif. Le *fair use* est donc un argument de défense en cas de contrefaçon qui doit faire l'objet d'une appréciation au cas par cas.

---

<sup>55</sup> H. Ball, the law of copyright and literary property, 260, 1944.

[57]. Dans de nombreuses affaires de partage de fichiers sur Internet, comme l'affaire « Napster <sup>56</sup> », cette notion de *fair use* a été avancée pour tenter d'échapper aux sanctions de la contrefaçon. Les sociétés inculpées prétendaient que les copies d'œuvres musicales réalisées pouvaient entrer dans ce cadre. Mais les décisions qui ont été rendues rejettent fermement cette notion dans le cas de copies mises en ligne ou de fourniture de liens permettant ces copies.

[58]. Au départ de l'affaire Napster, la très puissante industrie américaine du disque, la RIAA (*Recording industry association of America*) a déposé sa plainte dès décembre 1999 en accusant Napster de favoriser le piratage des œuvres musicales et de violer les droits d'auteur. Le logiciel Napster permet un échange de fichiers entre deux ordinateurs distants. La décision a été rendue en considération du droit américain selon la théorie du *fair use*, mais le raisonnement pourrait être transposé en droit français. Pour se défendre, les responsables de la société ont soutenu que l'exception de *fair use* pouvait s'appliquer en considérant que la copie d'un fichier MP3 par exemple, pouvait ainsi être prêtée par un internaute à un autre, tout comme l'on admet que le copiste puisse prêter sa copie à un proche. Mais il a été décidé que l'exception de *fair use* au bénéfice des utilisateurs de Napster n'est pas applicable. On ne peut pas décemment considérer que l'échange à l'échelle planétaire de dizaines de fichiers MP3, qui sont souvent illicites avant leur mise à disposition, puisse être considéré comme un prêt à un ami. On est plus du tout dans une logique de copie privée. Il n'y a plus *l'intuitus personae* qui caractérise l'usage privé, au contraire, l'utilisation collective des fichiers est manifeste. Napster a été fermé sur ordre de la Cour d'appel de Californie en juin 2001<sup>57</sup> après un long combat de l'industrie du disque.

## **§2. L'absence de contrôle de l'usage des nouveaux logiciels de partage « peer to peer »**

[59]. Napster fermé, la jurisprudence semblait avoir pris le parti de restreindre, sous la pression de l'industrie du disque, les utilisations de copies partagées. Il semblait donc que le *fair use* ne puisse plus être invoqué pour légitimer la mise à disposition ainsi que le partage illicite de fichiers contenant des œuvres sur Internet.

---

<sup>56</sup> United States District Court for the Northern district of California in the case of A&M Records Inc. and others v. Napster Inc., June 2001. Décision consultée en mai 2003 sur : <http://www.ce9.uscourts.gov/web/newopinions.nsf>

<sup>57</sup> Voir note préc.

Mais le répit a été de courte durée, car, quelques mois plus tard, les clones du précurseur Napster se sont multipliés. Le plus couru, Kazaa (en procès aux Etats-Unis depuis le 30 septembre 2002) permet aujourd'hui de copier gratuitement des milliers de chansons, de films et de logiciels.

[60]. Le « peer to peer » (P2P) est un échange de données directement d'ordinateur à ordinateur, de particulier à particulier. L'originalité et la nouveauté de cette architecture résident dans le fait que les données ou les fichiers ne sont pas transférés à travers un serveur. Le modèle P2P fait de chacun des ordinateurs des usagers, une entité qui remplit à la fois le rôle de client et de serveur.

L'accès au P2P se fait via un logiciel gratuit qui permet d'entrer sur le réseau de ceux qui utilisent le même logiciel.

Il existe deux types de modèles P2P. Le modèle « imparfait » ou « assisté » est celui dans lequel la requête d'un utilisateur passe nécessairement par un serveur central, même si le serveur n'intervient pas pour le transfert du fichier qui s'effectue directement entre les deux utilisateurs (Napster par exemple).

Mais un autre modèle d'architecture indépendant d'un serveur central qui n'autorise qu'un seul point d'entrée sur le réseau a vu le jour : le « pur » peer to peer ou le peer to peer « décentralisé ». Dans ce modèle (type Gnutella, Morpheus, Kazaa, etc...), il n'y a plus de serveur central. Toute l'architecture repose sur les nœuds du réseau ; chacun d'entre eux mettant à disposition des autres ses ressources.

Le point commun des deux modèles est que les ressources s'échangent toujours directement entre les utilisateurs.

Le modèle P2P n'est qu'un dispositif technique d'échange de fichiers, à travers le réseau Internet. Un tel système ne peut donc être licite ou illicite ; seul l'usage qui en est fait peut tomber sous le coup d'une telle qualification juridique.

[61]. Or, ce qui aujourd'hui constitue l'application essentielle des pratiques P2P, est l'échange de fichiers d'œuvres musicales ou audiovisuelles.

Qu'il s'agisse de Music City, Grokster ou Kazaa, le constat est le même : des particuliers, personnes physiques, s'échangent des fichiers constitués d'œuvres protégées par le droit d'auteur.

L'exception pour copie privée ne peut être invoquée pour justifier ces pratiques car les copies ainsi réalisées ne sont pas réservées à l'usage privé mais au contraire font l'objet d'une

utilisation collective planétaire. Ces bases d'échanges « sont clairement illicites<sup>58</sup> » en ce qui concerne les fichiers MP3 mais aussi les fichiers au format DivX pour les films qui sont de plus en plus courus.

[62]. Ces nouveaux logiciels de partage posent le problème de la mise en cause de la société qui commercialise le logiciel, car il n'y a pas de serveur permettant un contrôle. Ce système oblige à se retourner contre les utilisateurs qui se prétendent protégés en France par leur « droit » à la copie privée.

[63]. Dans le cas de Napster, les juges américains ont retenu que l'existence d'un serveur central permettait à Napster de contrôler et donc de filtrer des usages illicites des œuvres. Ainsi, Napster a été jugé aux Etats-Unis « complice » de contrefaçon de droits de propriété intellectuelle par les utilisateurs de son logiciel.

[64]. En revanche, dans le cas de Kazaa, la Cour d'Appel d'Amsterdam<sup>59</sup> a considéré que l'absence de possibilité technique de contrôle, du fait de l'absence de serveur, ainsi que les possibles utilisations licites du logiciel P2P ne pouvaient pas conduire à retenir la responsabilité de Kazaa dans l'échange de contenus illicites. Elle a en effet retenu l'argumentation de la société défenderesse selon laquelle le public ne peut être privé des progrès technologiques dès lors qu'ils permettent de nombreux usages licites. Dans le même sens, un juge fédéral de Los Angeles a décidé, le 25 avril 2003, que les sociétés Streamcast Networks et Grokster ne pouvaient être tenues responsables des infractions au copyright, commises par les utilisateurs de leurs logiciels *peer-to-peer*<sup>60</sup>. Le juge s'est appuyé sur un arrêt de la Cour suprême des États-Unis<sup>61</sup>, affirmant la légalité du magnétoscope Betamax de Sony.

Pourtant l'exploitant est « un fournisseur de moyens, certes pour un usage supposé licite par l'utilisateur », mais « il porte atteinte au processus normal d'écoulement des œuvres, en permettant à l'internaute de se dispenser du recours à un intermédiaire autorisé<sup>62</sup> ».

---

<sup>58</sup> P.-Y. Gautier, préc., n°194-1, p. 337.

<sup>59</sup> Cour d'Appel d'Amsterdam, 28 mars 2002, Société KAZAA BV c/ Buma Stemra, décision consultée en mai 2003 sur [http://www.eff.org/IP/P2P/BUMA\\_v\\_Kazaa/20020328\\_kazaa\\_appeal\\_judgment.html](http://www.eff.org/IP/P2P/BUMA_v_Kazaa/20020328_kazaa_appeal_judgment.html)

<sup>60</sup> Voir E. Dumout, *Morpheus et Grokster non coupables: les internautes bientôt dans le collimateur?* mis en ligne le 28 avril 2003, consulté en mai 2003 sur : <http://news.zdnet.fr/story/0,,t119-s2133980,00.html>

<sup>61</sup> Cour suprême des Etats-Unis, 17 janvier 1984, Affaire Betamax, décision consultée en mai 2003 sur <http://www.virtualrecordings.com/betamax.htm>

<sup>62</sup> P.-Y. Gautier, préc., n°194-1, p. 336.

[65]. Devant la difficulté à mettre en cause les entreprises qui commercialisent les logiciels d'échange, les sociétés d'auteurs danoises ont décidé de se retourner contre les utilisateurs qui ne peuvent pas non plus se cacher derrière l'exception de copie privée<sup>63</sup>. Aux Etats-Unis, l'industrie de la musique semble aussi aller sur ce terrain<sup>64</sup>.

[66]. Alors que beaucoup d'utilisateurs ont conscience que de telles pratiques ne peuvent pas relever de la copie privée, ce fantasme persiste sur les réseaux.

Il existe un certain sentiment de frustration de la part des utilisateurs qui ne peuvent pas jouir des possibilités d'utilisation permises par la technique parce qu'elles ne correspondent pas précisément à l'article L.122-5 du CPI.

[67]. L'un des enjeux pour le droit d'auteur sera certainement de faire accepter au public que, dans l'environnement numérique, les œuvres de l'esprit sont protégées en tant que telles et qu'il n'est pas possible d'y accéder librement au mépris du droit d'auteur. Il faudra bien faire accepter l'idée que la copie privée ne peut exister dans l'environnement numérique que sous certaines restrictions, sous peine d'ouvrir à nouveau la « boîte de Pandore ».

Le fantasme de la conception large de la copie privée dans l'environnement numérique, nous le voyons bien, ne correspond pas à la réalité de la notion. La copie privée a été pensée dans l'environnement analogique de façon restrictive. Elle n'est permise selon la loi que lorsqu'elle est réservée à l'utilisation privée et exclusive de celui qui réalise la copie. Cependant cette exigence est dépassée et doit être assouplie.

Selon nous, la technique de reproduction, quelle soit numérique ou analogique, importe peu en réalité. Ce n'est pas au moment de la réalisation de la copie que l'on peut déterminer si celle-ci relève ou non de l'exception, mais au moment de l'utilisation de la copie. Apparaît alors l'idée que le seul critère à prendre en compte est celui de la destination privée de la copie, sans considération de celui qui l'utilise, copiste ou tiers, du moment que l'usage est strictement privé. Cette thèse que nous défendons conduit à remettre en cause la formule de « l'usage privé du copiste » et celle du défaut d' « utilisation collective » de l'article L.122-5 alinéa 2 du CPI.

---

<sup>63</sup> L'Anti Pirat Gruppen (APG), groupement danois réunissant sociétés gestionnaires de droits et d'édition musicale ou cinématographique, a fait parvenir à plus de 150 utilisateurs de Kazaa ou eDonkey un courrier accompagné d'une facture correspondant aux droits d'auteur à s'acquitter pour la mise à disposition du public de morceaux musicaux ou de films.

<sup>64</sup> La RIAA a récemment décidé de poursuivre en justice quatre étudiants américains accusés d'avoir distribué des millions de chansons illégalement sur leur campus, à travers des réseaux Internet locaux dignes selon elle de l'ancienne plate-forme gratuite Napster : Voir, *L'industrie de la musique s'attaque aux "Napster-bis" des campus américains* : consulté en mai 2003 sur <http://fr.news.yahoo.com/030404/1/34sc9.html>

## **PARTIE II - LA REALITE DE L' UTILISATION PRIVEE DE LA COPIE**

[68]. La copie privée a été conçue dans l'environnement analogique comme une notion étroite. Ce que la loi a toléré à l'origine, c'est le travail personnel du copiste : c'est à dire le savant, le chercheur ou l'étudiant recopiant un livre à la main. Le législateur de 1957 semble n'avoir raisonné que par rapport à l'hypothèse de copies manuelles, phénomène relativement marginal dont les conséquences économiques étaient négligeables dans l'environnement analogique.

[69]. Mais l'essor des techniques de reprographie avait déjà révélé le dépassement du texte par la technique. La formule de « l'usage privé du copiste » a un côté désuet et rappelle l'érudit qui recopie la page d'un livre à la main. Pourtant le phénomène a gagné les réseaux, et cette formule ne convient plus.

[70]. La notion de copie privée telle qu'elle est conçue ne peut s'appliquer aux pratiques aujourd'hui répandues d'utilisations d'œuvres qui nécessitent que les copies puissent circuler, tout en restant dans le cadre d'une utilisation privée. L'évidente obsolescence du texte nous amène à reconsidérer la notion sous l'angle de ces pratiques d'utilisations des œuvres qui sont devenues des modes de consommation courants. Ce que nous proposons c'est de prendre uniquement en compte le critère de la destination privée de la copie pour déterminer si celle-ci doit bénéficier de l'exception.

Nous envisagerons donc la réalité de l'utilisation privée de la copie, sous ses deux aspects : Le caractère restrictif de l'utilisation permise (Chapitre 1) et le caractère souple de l'utilisation de la copie en pratique (Chapitre 2).

## **Chapitre 1- Le caractère restrictif de l'utilisation permise**

[71]. La notion d'usage privé du copiste et le défaut d'utilisation collective restreignent l'utilisation de la copie au seul copiste. En effet, la jurisprudence a dégagé conformément au texte, une exigence d'identité de personne entre le copiste et l'utilisateur de la copie. Autrement dit le copiste doit être l'utilisateur de la copie puisque on ne permet de réaliser une copie que pour l'usage privé du copiste. C'est pourquoi la copie, même si elle est privée, ne peut être utilisée collectivement.

[72]. Seulement dans l'environnement analogique, les techniques de reprographie avaient déjà changé considérablement les habitudes de copie.

Malgré quelques assouplissements nécessaires, la jurisprudence a conservé ce principe qui restreint l'usage de la copie au seul bénéficiaire du copiste et pour une utilisation individuelle.

Nous étudierons donc les exigences de l'usage exclusif du copiste ( Section 1) et d'une utilisation exclusivement privée et individuelle (Section 2).

### **Section 1. l'exigence de l'usage exclusif du copiste**

[73]. Le copiste et l'utilisateur de la copie doivent être la même personne. Cependant, du fait de l'utilisation des appareils de reproduction, plusieurs personnes sont intervenues dans le processus de copie provoquant un éclatement de la notion de copiste (§1). La jurisprudence et la doctrine ont dû assouplir quelque peu le principe en admettant la réalisation de la copie par un tiers (§2).

#### **§1. L'éclatement de la notion de copiste**

[74]. Ce constat est dû à l'utilisation de la reprographie qui fait intervenir plusieurs personnes susceptibles d'être copistes. On en distingue au moins trois : celle qui actionne la machine («le copiste matériel»), celle qui commande la copie («le copiste intellectuel»), et celle qui tire un profit économique de l'opération («le copiste commercial»). « Ainsi, dans le

cas d'une officine de reprographie, le copiste peut être tout aussi bien le client que l'employé qui effectue matériellement l'opération, ou encore l'officine elle-même<sup>65</sup> ».

[75]. Dans l'affaire du *CNRS*<sup>66</sup>, l'établissement public avait été assignée par des éditeurs en raison des nombreuses photocopies qui étaient délivrées à ses chercheurs. Le tribunal a estimé que « la qualité de copiste doit être reconnue à celui qui a choisi le contenu de la copie » c'est à dire aux chercheurs, en admettant une « conception intellectuelle » du copiste. Cette approche a été fortement critiquée par la doctrine<sup>67</sup> comme trop généreuse pour les utilisateurs et sacrifiant par là-même les intérêts des auteurs.

[76]. Dans l'affaire *Rannou-graphie*<sup>68</sup> qui mettait en cause une officine de photocopie, la jurisprudence revient à une conception matérielle du copiste.

Le problème était de savoir, comme dans l'affaire du *CNRS*, qui du client ou du propriétaire du matériel, était le copiste. La cour de cassation a décidé que c'est bien l'officine de photocopie qui est le copiste, en affirmant que « dans un cas comme celui de l'espèce », 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<sup>69</sup> ».

Il faut se garder de donner à cette décision une portée générale en tant qu'elle semble ne s'appliquer qu'à l'espèce. Pour autant l'on admet que la solution est la même dans le cas des boutiques de duplication de CD.

[77]. Dans une affaire *Laserstorage*,<sup>70</sup> une boutique proposait au public la copie de disques compacts et de cédéroms. Le tribunal a opté pour une définition économique du copiste en ne mettant en cause que le seul exploitant pour l'organisation de la contrefaçon dès lors qu'il mettait à la disposition du public le matériel permettant la reproduction massive potentiellement contrefaisante.

---

<sup>65</sup> A. Lucas, Le droit d'auteur français à l'épreuve de la reprographie, JCP G 1990, I, 3438, n°11.

<sup>66</sup> TGI Paris, 3<sup>e</sup> Ch., 28 janvier 1974 : D. 1974, 337, note H. Desbois ; JCP. 1975, II, 18163, note A. Françon.

<sup>67</sup> Notamment par MM. Desbois, Françon et Colombet.

<sup>68</sup> Cass, 1<sup>ère</sup> Civ., 7 mars 1984 : RIDA 3/1984, p. 151 ; JCP G 1985, II 20351, note Plaisant ; RTD com. 1984, p. 677, obs. Françon.

<sup>69</sup> Dans la même logique, la Cour d'appel de Paris a condamné une société de reprographie qui réalisait la photocopie d'ouvrages scientifiques pour le compte d'étudiants en rappelant qu'elle ne pouvait pas se prévaloir de l'exception de copie privée, CA. Paris, 25 juin 1997, JCP E 1997, Pan. 1348.

<sup>70</sup> T. corr. Valence, 2 juillet 1999 : Com. Com. Electr. Oct. 1999, comm. n°5 ; expertises avril 1999, p. 84.

La cour d'appel de Grenoble<sup>71</sup> confirme cette décision des premiers juges dans presque toutes ses dispositions. La cour insiste particulièrement sur la réalisation matérielle du délit qui a été exécutée par le contrefacteur lui-même. Mais la solution aurait été la même si les graveurs avaient été en libre service dans la boutique.

L'arrêt souligne que l'existence d'une rémunération pour copie privée ne saurait justifier ces comportements, puisque la rémunération ne concerne que la reproduction des œuvres en tant que copie privée au sens de l'article L.122-5 alinéa 2 du CPI.

Dans une espèce analogue<sup>72</sup>, il a été jugé conformément à l'arrêt *Rannou-graphie*, que le copiste devait être considéré comme celui qui mettait à la disposition de ses clients les moyens de procéder à la reproduction des œuvres protégées et qu'en conséquence, le magasin poursuivi ne pouvait se prévaloir de l'exception de copie privée.

[78]. La destination exclusive de la copie, l'usage personnel et privé, commande la solution : dès lors qu'un autre intérêt que celui du détenteur de l'original est attaché à la réalisation de la copie, intérêt commercial dans ces espèces, l'exception de copie privée ne joue plus. Les officines de reprographie ou de duplication de CD apparaissent évidemment comme intéressées à la copie et donc, en tant que telles, sont des copistes au sens de l'article L.122-5 alinéa 2 du CPI<sup>73</sup>.

Ce sont des « copistes non-utilisateurs<sup>74</sup> », qui ne se confondent pas avec les clients, seuls à se servir des photocopies pour leur usage privé. Il semble donc que le critère soit que, tout comme la vente ou la location du support matériel de l'œuvre, fût-ce pour un usage privé, est subordonnée à l'autorisation de l'auteur ou de son ayant droit toute entremise d'un tiers qui facilite, contre rémunération, la photocopie de tout ou partie de l'œuvre, notamment par fourniture d'une machine à l'usager. Il faudra donc un consentement préalable ( par voie d'accords collectifs par exemple). Le comportement du tiers l'apparentant à l'éditeur clandestin<sup>75</sup>.

On comprend le souci de soumettre au droit exclusif ceux qui, selon l'expression de Desbois, « se plaçant dans une situation d'offre permanente au public », concurrencent les éditeurs.

---

<sup>71</sup> CA Grenoble, Ire ch., 18 janvier 2001 : Com. Com. Electr. Juin 2001, Comm. 59, p. 28. C. Caron.

<sup>72</sup> TGI Clermont-Ferrand, 27 octobre 1999, Ministère public c. D B., Iris novembre 1999, vol. V, n°10.

<sup>73</sup> A. Gitton, préc., n° 13, p. 12.

<sup>74</sup> P-Y. Gautier, préc., n° 194, p. 335.

<sup>75</sup> P-Y. Gautier, note préc.

L'éclatement de la notion de copiste a permis d'atténuer le principe de l'identité de personne entre le copiste et l'utilisateur, en introduisant la présence d'un tiers, agissant pour le copiste.

## §2. La réalisation de la copie par un tiers

[79]. On retient de la jurisprudence que dès l'instant où celui qui fait la copie n'est pas celui qui l'utilise, l'exception cesse de jouer. Ainsi, la copie doit en principe, être réalisée par le copiste et non par un tiers.

Dans les affaires *Rannou-graphie* et *Laserstorage*, l'exploitant est le copiste au sens de la loi. La copie ne peut pas être privée puisqu'elle est par définition faite pour un tiers, le client, et non pour l'usage propre de l'exploitant copiste.

On a donc déduit de l'usage privé du copiste le principe d'identité de personne entre copiste et utilisateur de la copie. Si le copiste n'est pas l'utilisateur, alors l'exception ne peut plus jouer, car il ne s'agit plus de l'usage du copiste mais de celui d'un tiers.

Il convient donc de partir du sens courant donné au terme de « copiste » qui renvoie à la conception matérielle. C'est bien ce sens qui est retenu par la doctrine à la suite de Desbois, pour qui le copiste est « celui qui réalise la copie ».

[80]. Mais on ne peut aller jusqu'au bout de cette logique. Le préposé chargé de faire fonctionner la machine ne peut à l'évidence acquérir la qualité de copiste, pourtant c'est lui qui réalise matériellement la copie. Cette conception purement matérielle n'est pas acceptable dans le cas où celui qui exécute seulement l'acte matériel est considéré comme le copiste. Il ne faudrait donc pas lui reconnaître cette qualité car il ne fait qu'exécuter la reproduction à la demande d'une autre personne. La loi semble aller dans ce sens car elle fait référence à l'usage que fait le copiste de la reproduction. « La formule n'a de sens que si elle renvoie à une définition du copiste entendu comme celui qui a au moins vocation à décider de cet usage <sup>76</sup> ». Selon cette doctrine, cela suffit à exclure le simple exécutant matériel, tel que le préposé de l'officine et plus généralement celui qui effectue une reproduction pour le compte d'une autre personne.

Il nous semble juste de pouvoir assouplir le principe d'identité de personne en admettant que le tiers qui ne fait qu'accomplir l'acte matériel de la copie ne soit pas considéré comme le copiste, car l'acte de copie n'est pas exclusivement un acte matériel. C'est pour cela qu'on ne

---

<sup>76</sup> A. Lucas, Le droit d'auteur français à l'épreuve de la reprographie, JCP G 1990, I, 3438, n° 17.

peut pas déceimment étendre la définition retenue pour les affaires *Rannou-graphie* ou *Laserstorage*, en reconnaissant de façon générale la qualité de copiste à la personne qui a la disposition de l'appareil de reproduction.

[81]. La conception matérielle du copiste exclut que l'on reconnaisse cette qualité à une personne morale. Lorsque le représentant d'une personne morale réalise une reproduction pour les besoins de celle-ci, c'est lui qui est le copiste<sup>77</sup>.

Il apparaît de ces constatations que le copiste au sens de l'article L. 122-5 alinéa 2 du CPI, est la « personne physique qui prend la décision d'opérer la reproduction et qui la réalise lui-même ou la fait réaliser par un tiers<sup>78</sup> ». C'est bien le copiste qui doit utiliser la copie, mais il peut la faire réaliser par un tiers.

Le caractère restrictif de l'usage de la copie exige une utilisation exclusive du copiste mais aussi la destination privée et individuelle de la copie.

## **Section 2. L'utilisation exclusivement privée et individuelle de la copie**

[82]. Selon l'article L.122-5 alinéa 2 du CPI, la copie doit être strictement réservée à l'usage privé du copiste et non destinée à une utilisation collective. La doctrine en a déduit le principe de la destination privée et individuelle de la copie. En effet, pour que la copie bénéficie de l'exception, elle doit non seulement être réservée à un usage privé (§1), mais elle doit aussi ne pas être destinée à une utilisation collective (§2).

### **§1. L'exigence de l'usage privé**

[83]. Selon Desbois, l'usage privé doit s'entendre de « l'usage personnel ou familial » et « s'oppose à un usage qui mette en relation avec le public<sup>79</sup> ». Dès lors que l'usage n'est plus personnel, sa finalité ne doit pas être prise en compte. C'est bien le critère de la destination privée de la copie qui doit être prise en compte pour déterminer si l'usage est ou non privé.

---

<sup>77</sup> V. en ce sens R. Plaisant. J. -Cl. Propriété littéraire et artistique, fasc. 304, n°21.

<sup>78</sup> A. Lucas, préc., n°24.

<sup>79</sup> H. Desbois, préc., n°243, p. 277.

« Ce que la loi veut éviter, c'est que la copie sorte de la clandestinité qu'implique la sphère privée, mais elle ne se préoccupe pas des motivations du copiste dès lors qu'il reste à l'intérieur de ce cadre<sup>80</sup> ».

La destination exclusivement privée et personnelle circonscrit le cadre de l'exception de copie privée et permet de concevoir d'autres lieux de copie que le domicile privé<sup>81</sup>.

[84]. Peu importe le lieu de la reproduction pourvu que la destination de la copie soit l'usage privé du copiste. Ce serait donc excessif de condamner par principe tout usage professionnel<sup>82</sup>. En effet, puisque c'est la destination privée de la copie qui conditionne l'usage privé, il faut admettre que l'usage professionnel s'il est exclusif de tout autre intérêt du copiste, est un usage privé. Desbois cite, parmi les exemples d'usage privé, celui « de l'avocat qui extrait d'ouvrages, d'articles, des passages utiles à son information<sup>83</sup> », et Colombet admet que l'exception puisse jouer au profit « du professionnel ou de l'étudiant amassant une documentation pour son travail personnel<sup>84</sup> ».

[85]. Cependant il ne faut pas confondre l'usage professionnel avec l'usage interne<sup>85</sup>, en tant qu'usage fait à l'intérieur d'une entreprise ou d'une institution. L'usage interne ne bénéficie pas de l'exemption car il outrepassé largement l'usage privé étroitement entendu comme l'usage personnel du copiste personne physique.

L'autre condition attachée à l'usage de la copie est celle du défaut d'utilisation collective : ainsi la copie doit rester personnelle et individuelle au copiste.

[86]. L'article L. 122-5 alinéa 2 du CPI ajoute à la condition de l'usage privé une autre condition selon laquelle les reproductions ne doivent pas être « destinées à une utilisation collective ».

---

<sup>80</sup> A. et H-J. Lucas, préc., n°303, p. 262.

<sup>81</sup> Par exemple pour le lieu de travail : TGI Paris, 3<sup>e</sup> ch., 28 janvier 1974, D. 1974, p. 337.

<sup>82</sup> A. et H-J. Lucas, préc., n° 303, p. 262.

<sup>83</sup> H. Desbois, préc., n° 243.

<sup>84</sup> C. Colombet, Propriété littéraire et artistique et droits voisins, Précis Dalloz, 9<sup>e</sup> éd, 1999, n°223.

<sup>85</sup> A. et H-J. Lucas, note préc.

## §2. L'exigence du défaut d'utilisation collective

[87]. « Pourquoi avoir ajouté à la condition positive d'usage privé, une condition négative, le défaut d'utilisation collective ?<sup>86</sup> » Ainsi, Desbois révèle l'apparente redondance de cette condition, qui selon lui s'explique par la volonté du législateur de restreindre l'exemption à l'intérieur de l'usage privé. Ceci pour éviter que l'usage privé ne soit étendu aux reproductions réalisées pour le compte des membres d'un groupement ou d'une association. Mais il semble que la limite de l'utilisation collective n'ajoute rien dans cette hypothèse, car l'usage n'est plus privé à partir du moment où la copie réalisée par un membre profite à d'autres membres du groupement<sup>87</sup>.

[88]. Pour que le critère ait un sens, il faut admettre que l'utilisation privée n'exclut pas forcément une utilisation collective. La copie ne doit donc pas seulement être réservée à l'usage privé mais elle doit aussi exclure toute utilisation collective.

Ainsi, « même lorsque l'usage est privé, la dérogation cesse en cas d'utilisation collective<sup>88</sup> ». Selon cette doctrine il faut prendre le terme « utilisation » dans le sens d'« affectation ». C'est à dire que même si la reproduction est réservée à l'usage personnel du copiste, si elle est affectée à des fins collectives, l'exception ne joue plus.

[89]. La subtilité du critère révèle, selon nous, une certaine fragilité et « il n'est pas certain que les rédacteurs du texte en aient bien perçu la portée<sup>89</sup> ». En effet, l'exception d'usage privé cesse de jouer dès que l'on passe à une utilisation collective. Mais à partir de quand l'utilisation devient-elle collective ?

La photocopie du passage d'un livre réservée à la lecture personnelle du copiste devient-elle illicite dès qu'un tiers y jette un œil curieux ? On se rend bien compte que le concept du défaut d'utilisation collective trouve vite ses limites en dehors de l'hypothèse d'une utilisation manifestement collective, comme c'est le cas sur les réseaux<sup>90</sup>.

[90]. La notion de copie privée a certes pu évoluer pour surmonter les difficultés dues à l'essor de certaines techniques de reproduction. Mais nous venons de voir que cette notion, telle qu'elle ressort du code de la propriété intellectuelle, est dépassée.

---

<sup>86</sup> H. Desbois, préc., n°243, p.277.

<sup>87</sup> A. et H-J. Lucas, préc., n°304 p. 262.

<sup>88</sup> A. et H-J. Lucas, note préc.

<sup>89</sup> A. et H-J. Lucas, préc.

<sup>90</sup> Voir *supra* n° 49 et 50

Le problème de cette notion tient certainement au lien étroit qu'il existe entre le droit et la technique. Cela étant, il est difficile de concevoir qu'une notion aussi dépendante des évolutions techniques en matière de reproduction d'œuvres et qui a été pensée en 1957, puisse s'appliquer à l'environnement numérique. Pourtant la notion permet tout de même d'embrasser, comme on l'a vu<sup>91</sup>, certaines pratiques de reproduction numérique.

[91]. En effet, la difficulté ne semble pas être tant la technique de reproduction, analogique ou numérique, mais plutôt la destination de la copie. C'est l'utilisation privée qui fait que la copie va être licite. Elle peut l'être comme nous l'avons vu dans certains cas où la reproduction est effectuée sur Internet car l'utilisation était réservée au seul copiste.

Mais nous avons pu constater que le caractère restrictif de l'utilisation de la copie ne permet pas à la notion de répondre aux exigences de la réalité. Il existe en pratique un réel besoin de souplesse dans l'utilisation de la copie. Ainsi nous verrons, contrairement aux exigences légales, que la pratique a pris quelques libertés en aménageant le caractère souple de l'utilisation de la copie.

## **Chapitre 2- Le caractère souple de l'utilisation privée de la copie en pratique**

[92]. La rigidité de la notion de copie privée, en ce qu'elle restreint l'utilisation au seul copiste empêche d'appréhender des pratiques qui pourtant répondent à une logique de copie privée.

Le seul critère valable est en réalité celui de l'usage privé. Dès lors, il importe peu finalement que seul le copiste puisse bénéficier de la copie. Il convient d'admettre que l'utilisation privée dans un cercle plus large de « proches » peut-être tolérée<sup>92</sup>.

[93]. Il existe des solutions pour raccrocher la notion de copie privée à la réalité. La directive du 22 mai 2001 propose une définition pragmatique de la copie privée qui permettrait une utilisation plus réaliste. Mais la consécration des protections techniques pose encore certains problèmes quant à l'utilisation de la copie.

---

<sup>91</sup> Notamment le téléchargement et la copie de CD, *Voir supra* n° 53 à 55

<sup>92</sup> L'Union Fédérale des consommateurs-Que choisir revendique "la liberté de faire partager des œuvres dans le cercle privé" : consulté en mai 2003 sur <http://www.theleme.net/actus/0301/copie.htm>

Ainsi, le caractère souple de l'utilisation de la copie en pratique repose sur le critère unique de la destination privée de la copie (Section 1) et pourrait trouver une assise textuelle avec la définition souple de la copie privée de la directive du 22 mai 2001 (Section 2).

## **Section 1. Le critère unique de la destination privée de la copie**

[94]. Le seul critère qui permette une souplesse d'utilisation de la copie est celui de la destination privée de la copie. Il faudrait abandonner le principe d'identité de personne entre copiste et utilisateur, qui n'a plus beaucoup de sens aujourd'hui et admettre un critère unique de l'utilisation privée de la copie, sans considération de l'utilisateur ou de celui qui réalise la copie. Cette idée nous conduit à la remise en cause du défaut d'utilisation collective (§1) et démontre l'artifice de la notion d'usage privé du copiste (§2) qu'il conviendrait aussi d'abandonner.

### **§1. La remise en cause du défaut d'utilisation collective**

[95]. Quelle que soit la force des prétentions des particuliers, en principe elles se limitent aux jouissances strictement personnelles ou familiales de l'utilisateur. Il s'ensuit que celui qui emprunte le support d'une oeuvre à une tierce personne pour effectuer une copie sort du cadre fixé par l'article L. 122-5 alinéa 2 du CPI<sup>93</sup>. Mais cette restriction à l'utilisation est-elle toujours acceptable ?

L'usage doit être privé sans devenir collectif, ce qui entraîne l'exclusion de certaines utilisations privées affectées à des fins collectives, qui pourraient être considérées comme des copies privées. Il ne nous semble pas qu'une telle restriction dans l'utilisation privée des copies soit aujourd'hui raisonnable. Empêcher que les copies circulent entre des personnes qui sont proches du copiste, n'est pas très réaliste.

[96]. L'exigence du défaut d'utilisation collective peut permettre de conclure, avec une partie de la doctrine<sup>94</sup>, que l'utilisation pédagogique est une utilisation collective prohibée. Chaque étudiant est considéré comme copiste pour la reproduction qu'il a réalisée personnellement et peut donc se prévaloir de l'usage privé. Mais le fait que le document soit étudié collectivement, en classe ou en bibliothèque par exemple, empêcherait l'exception

---

<sup>93</sup> Y. Gaubiac et Jane C. Ginsburg. L'avenir de la copie privée en Europe, CCE, Janvier 2000. p. 9.

<sup>94</sup> Notamment A. et H-J. Lucas, préc., n°304, p. 262.

légale de jouer. On retrouve la même situation dans le cas des entreprises : « La photocopie faite individuellement par l'employé violerait le monopole d'auteur si elle était utilisée dans le cadre de réunions de travail <sup>95</sup> ». On éprouve une certaine gêne à l'admettre car on comprend mal dans ce cas, pourquoi la copie serait autorisée pour l'utilisation séparée de chacun, mais prohibée dès qu'elle serait le fait d'un travail de groupe. L'exigence du défaut d'utilisation collective est dans cette hypothèse superficielle et n'est pas justifiée car la copie reste toujours dans la sphère privée.

Le critère de l'utilisation collective est trop général et absolu. Interprété strictement, il ne correspond pas aux utilisations courantes des copies qui peuvent circuler dans un cercle restreint d'individus.

[97]. Ce critère ne prend pas en compte une réalité sociologique et psychologique : De plus en plus, les particuliers copient des œuvres pour pouvoir les partager avec d'autres. Il ne faut pas occulter la dimension de plaisir dans l'utilisation des œuvres qui entraîne un désir de partage avec les proches. Il n'est pas raisonnable à l'heure où l'on parle d'une société d'échange et de communication entre les individus d'empêcher des personnes liées par un fort *intuitus personae* de se passer une copie d'œuvre.

[98]. D'où l'idée qu'on pourrait admettre, comme une partie de la doctrine<sup>96</sup>, une utilisation collective « à petite échelle », restreinte à un petit nombre d'individus qui se connaissent. La reproduction dans le cadre du cercle de famille devrait donc échapper au droit exclusif. Le terme « famille » doit s'entendre au sens d' « intimité du cercle familial ou d'amis constitué par la réunion de parents, d'alliés ou de personnes ayant des relations habituelles <sup>97</sup> ».

C'est bien un usage privé, entre proches, mais néanmoins collectif. Ce qui montre la faiblesse du critère qui n'a de force que lorsque l'utilisation devient manifestement collective et non pas quand elle est limitée à un très petit nombre d'utilisateurs car on reste dans une logique de copie privée.

Ainsi, le critère de l'usage privé pourrait suffire à exclure la mise à disposition sur les réseaux, car on est en dehors de la sphère privée, du cercle des proches. Il n'y a plus d'*intuitus personae*. En effet, lorsqu'un éditeur met à disposition un fichier MP3 sur Internet, la

---

<sup>95</sup> Voir A. et H-J. Lucas, note préc.

<sup>96</sup> Notamment P-Y. Gautier, voir *infra* n° 102.

<sup>97</sup> CA Grenoble, 28 février 1968 : RIDA 1968, n° 57, p. 166, note Desbois.

reproduction n'est plus effectuée pour un usage personnel, mais pour l'usage de nombreux tiers qui ne sont pas compris dans le cercle de proches du copiste<sup>98</sup>.

[99]. On s'aperçoit dans certains cas, que la stricte application du critère de l'usage privé du copiste exclut de façon artificielle de la notion de copie privée, des pratiques qui semblent suivre une logique de copie privée.

## **§2. L'artifice de la notion d'« usage privé du copiste »**

[100]. La question s'est posée de savoir si l'envoi d'une œuvre par fichier joint dans un courrier électronique, entrainé dans la notion de copie privée.

Il ne fait pas de doute que la reproduction effectuée sur le disque dur de l'expéditeur est une copie privée si elle est destinée à son usage privé. Mais si celui-ci envoie cette copie par courrier électronique à un tiers, cette opération qui aboutit à une fixation dans l'ordinateur du destinataire est affectée à l'usage d'un autre que le copiste. Cette reproduction est-elle une copie privée pour le destinataire ? Sur cette question, la doctrine est partagée.

[101]. Certains<sup>99</sup> avancent qu'une copie transmise à un correspondant en fichier attaché ne sera pas considérée comme une copie privée, car la copie n'aura pas été réalisée par son utilisateur, à savoir le destinataire. En effet, le critère de l'usage privé du copiste impose que la copie soit réalisée par son utilisateur. Il n'y aurait donc pas identité de personne entre le copiste et l'utilisateur de la copie. Selon l'article L. 122-5 alinéa 2 du CPI, dans cette hypothèse, le copiste est celui qui envoie le courrier électronique car il réalise la copie.

Mais le destinataire peut-il être considéré comme le copiste lorsqu'un correspondant lui a transmis une œuvre par voie du courrier électronique ? Une réponse négative s'impose car il n'a pris aucune initiative dans le processus de reproduction. Le destinataire a effectué une reproduction qu'il n'a pas sollicité (à moins de considérer qu'en acceptant d'ouvrir la pièce jointe il prend l'initiative de la reproduction).

Il s'agit là d'une stricte application de la loi et de la jurisprudence : dès lors que le bénéficiaire de la copie n'est pas le copiste, mais un tiers, l'exception ne peut pas jouer.

---

<sup>98</sup> Voir *supra* n° 49 et 50

<sup>99</sup> Notamment Y. Gaubiac et J.C.Ginsburg, l'avenir de la copie privée numérique en Europe, *Com. com. électr.* 2000, chron.1, p. 9, note 3. ; C. Chamagne, l'utilisation de musique sur Internet, *Legicom*, n°21/22. 2000/1 et 2, p. 20.

« L'argument est imparable, mais montre bien que l'approche traditionnelle est inadaptée à l'environnement numérique<sup>100</sup> ». En effet, il ne serait pas acceptable de considérer alors, puisqu'il n'est pas le copiste et que l'exception ne peut jouer, que le destinataire est un contrefacteur alors qu'il n'a pris aucune initiative dans cette opération. On le voit bien, la solution repose sur un artifice qui révèle la limite de la notion de copiste dans l'environnement numérique.

[102]. On pourrait aussi considérer que l'envoi à un tiers est déjà un usage collectif de la copie réalisée, et les envois par courrier électronique peuvent être groupés, ce qui peut multiplier le nombre de copies<sup>101</sup>. La copie privée de l'expéditeur est affectée à des fins collectives s'il la transfère à plusieurs personnes. L'usage n'est plus personnel au copiste. Cependant on peut admettre « qu'une courte liste de diffusion par e-mail, entre personnes qui se connaissent bien, pourrait probablement demeurer sous couvert de l'exception<sup>102</sup> ».

[103]. Il ne nous paraît pas choquant de considérer que l'envoi d'une œuvre à un proche par fichier joint dans un courrier électronique relève bien du domaine de la copie privée. En effet, on reste dans un cadre strictement privé.

Comme nous l'avons déjà démontré plus haut<sup>103</sup>, la reproduction dans un cercle de famille, même si elle n'est pas strictement personnelle, devrait échapper au droit exclusif. C'est à dire que la photocopie pour un ami et lui seul, l'envoi d'un courrier électronique à un cercle très limité de personnes, devraient entrer dans la notion de copie privée. « Il ne serait pas raisonnable que les exceptions au droit de reproduction aient un sort différent, plus sévère, des exceptions au droit de représentation<sup>104</sup>. Il devrait y avoir place au raisonnement par analogie<sup>105</sup> ».

[104]. En pratique l'utilisation des copies se fait donc selon le critère unique de l'utilisation privée de la copie qui permet que les copies circulent entre proches dans un cercle privé. Cette pratique est acceptable quand elle n'est circonscrite qu'à un petit nombre de personnes qui se

---

<sup>100</sup> A. et H.-J. Lucas, préc., n°302, p. 261. note 446.

<sup>101</sup> A.-M. de Matos, musique en ligne et droit d'auteur, *Légipresse*, mars 2001, n° 179, p.22.

<sup>102</sup> P.-Y. Gautier, Pour ou contre le droit de copier des fichiers protégés sur l'internet ?, *D.* 2000, n°37, forum, p. IV, cité dans P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique* précité, p. 336, note 4.

<sup>103</sup> Voir *supra* n° 98.

<sup>104</sup> L'article L.122-5 alinéa 1du CPI fait échapper au monopole de l'auteur « les représentations privées et gratuites effectuées exclusivement dans un cercle de famille ».

<sup>105</sup> P.-Y. Gautier, préc., n°194, p. 334. V. en ce sens à propos de logiciels CA Paris, 13<sup>e</sup> ch., 2 mars 1989 : *Gaz. Pal.* 1989, 2, p. 853.

connaissent. Par contre, comme nous l'avons vu, la circulation des mêmes copies sur Internet s'analyse en une véritable diffusion, une communication au public et n'a plus rien à voir avec la logique de copie privée. De telles pratiques n'entreraient pas dans notre critère de la destination privée de la copie.

[105]. Il est nécessaire de trouver une assise textuelle à cette situation de fait *contra legem*<sup>106</sup> qui n'est pas saine.

La lumière pourrait-elle venir du droit communautaire ? A ce titre, il semble bien que la directive du 22 mai 2001 propose une notion de copie privée plus proche des réalités.

## **Section 2. La notion de copie privée dans la directive du 22 mai 2001**

[106]. La directive du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information<sup>107</sup>, est la plus transversale de toutes et la plus ambitieuse. Elle offre une définition pragmatique de la copie privée (§1), mais la notion doit cependant concilier l'utilisation et les mesures de protections techniques (§2).

### **§1. Une définition pragmatique de la copie privée**

[107]. Le considérant 5 de la directive préconise d'adapter et de compléter les règles du droit d'auteur « pour tenir dûment compte des réalités économiques telles que l'apparition de nouvelles formes d'exploitation ».

Le considérant 31 stipule que « les exception et limitations actuelles aux droits, telles que prévues par les Etats membres, doivent être réexaminées à la lumière du nouvel environnement électronique ».

Le texte comporte une longue liste d'exceptions. Elles sont le fruit d'un lobbying très puissant, notamment de la part des consommateurs. Ces groupes de pression regrettent de ne pas avoir obtenu que ces exceptions soient obligatoires, leur caractère facultatif ne permettant pas, selon elles, l'harmonisation du marché intérieur voulue par la directive.

---

<sup>106</sup> Situation semblable à celle provoquée par la photocopie avant la solution apportée par la loi du 3 janvier 1995, voir *supra* n10.

<sup>107</sup> JOCE L. 167 du 22 juin 2001, voir annexes 1, p. 131.

[108]. Aux termes de l'article 5.2.b de la directive, les Etats membres ont la faculté de prévoir des exceptions ou limitations au droit de reproduction exclusif des auteurs, artistes, producteurs de phonogrammes, de films, et des organismes de radiodiffusion « lorsqu'il s'agit de reproductions effectuées sur tout support par une personne physique pour un usage privé et à des fins non directement ou indirectement commerciales, à condition que les titulaires de droits reçoivent une compensation équitable qui prend en compte l'application ou la non application des mesures techniques visées à l'article 6 aux œuvres ou objets concernés ».

[109]. La directive évoque les reproductions effectuées « par une personne physique pour un usage privé ». Il ne s'agit plus de la notion étriquée et désuète de l' « usage privé du copiste », qui ne permettait pas de rendre compte des réalités d'une société d'information et de communication entre les individus. Cette définition nous paraît bien meilleure car elle ne circonscrit plus la copie à l'usage exclusif du copiste. En effet, ce n'est pas l'usage unique de la personne qui réalise la copie qui est visé, mais l'usage d'une personne physique, sans mentionner si ce doit être le copiste ou un tiers, dans la mesure où cet usage reste privé. Il est donc possible de se passer les copies du moment que l'usage reste privé.

Le texte de la directive circonscrit donc l'exception de copie privée à un usage privé, éventuellement professionnel, et sans qu'il ne puisse jamais s'agir de fins commerciales.

[110]. Loin de dénaturer la notion française traditionnelle de copie privée, cette disposition permettrait bien au contraire, de « dépeussier » notre article L. 122-5 alinéa 2 du CPI et de considérer que la copie peut circuler entre plusieurs personnes, au-delà de l'usage exclusif du copiste. Ainsi, l'article 5.2.b de la directive permettrait de légitimer la conception large de l'utilisation privée dans le cadre du cercle de famille. Mais il légitimerait aussi l'utilisation entre « proches », comme l'utilisation à des fins pédagogiques ou l'envoi d'une œuvre par courrier électronique à un petit nombre de personnes par exemple<sup>108</sup>. La seule limite à cette utilisation étant l'usage privé de personnes liées entre elles par un certain *intuitus personae*. C'est bien le sens de la notion de copie privée en réalité.

[111]. Cette idée est confirmée par l'abandon de l'exigence du défaut d'utilisation collective. En effet, par opposition à l'article L. 122-5 alinéa 2 du CPI, la directive n'exclut pas toute utilisation collective. Sans doute s'engage-t-on un peu plus vers l'assimilation du ressort de

---

<sup>108</sup> Voir *supra* n° 96 et s. (utilisation pédagogique) et 102 et s. (courrier électronique)

l'exception de copie privée à celui de l'exception de représentation privée prévue par l'article L.122-5 alinéa 1 du CPI, le cercle de famille, ou au ressort de l'usage privé dans la théorie du *fair use* américain qui élargit le cercle des utilisateurs<sup>109</sup>. La conception anglo-saxonne perpétue son influence sur le droit d'auteur à l'échelle communautaire. L'article 5.2.b exclut aussi expressément les « fins non directement ou indirectement commerciales » alors que l'article L.122-5 alinéa 2 ne le fait pas.

A l'heure où le projet de loi de transposition de la directive est discuté en France, il serait bon de s'inspirer du pragmatisme de l'article 5.2 b de la directive du 22 mai 2001 pour « rajeunir » notre notion de copie privée, qui de toute évidence a mal vieilli.

Cependant la mention à l'article 5.2.b des mesures de protection techniques a fait douter de la portée de la définition large de la copie privée.

## **§2. L'utilisation de la copie et les mesures de protection techniques**

[112]. L'article 5.2.b de la directive ajoute que la copie privée est permise « à condition que les titulaires de droits reçoivent une compensation équitable qui prend en compte l'application ou la non application des mesures techniques visées à l'article 6 aux œuvres ou objets concernés ».

[113]. L'article 6.3 définit les mesures techniques comme « toute technologie, dispositif ou composant qui, dans le cadre normal de son fonctionnement, est destiné à empêcher ou limiter, en ce qui concerne les œuvres ou autres objets protégés, les actes non autorisés par le titulaire d'un droit d'auteur ». Ainsi « l'utilisation d'une œuvre protégée [...] est contrôlée par les titulaires du droit grâce à l'application [...] d'un mécanisme de contrôle de copie qui atteint cet objectif de protection. »

Les industriels de la culture pourront, à partir de cette définition de la copie privée, qui sera explicitée dans chaque Etat membre, mettre sur le marché des produits limitant les possibilités de copies.

[114]. En France, un projet de loi a vu le jour mais il a été modifié et a donné lieu à un nouveau projet, toujours aussi contesté.

---

<sup>109</sup> Dans ce sens : A. Gitton, préc., n°35, p.23.

La première version du texte, dévoilée en décembre 2002, avait déjà fait couler beaucoup d'encre. La principale critique était que plusieurs de ces mesures remettaient en cause l'exception de copie privée.

Une nouvelle version, non officielle semble-t-il, du projet de loi de transposition en France est récemment apparue à la fin mai 2003. Les associations de consommateurs reprochent toujours la mise en place de mesures techniques de protection qui menacent de réduire la copie privée à sa plus simple expression et dénoncent la mise en place de la limitation du nombre des copies privées autorisées par le nouveau texte<sup>110</sup>.

Les consommateurs demandent à ce que ce « droit » puisse s'exercer sur n'importe quel support, avec une garantie de qualité et un nombre de fois suffisant.

Le projet de loi autorise en fait dans son article 8 les auteurs ou producteurs d'une œuvre à mettre en place des mesures techniques de protection des droits qui leur sont reconnus.

[115]. Mais ce projet de loi remet-il véritablement en cause la copie privée ? Rien n'est moins sûr puisque l'article 8 du projet précise bien que les mesures techniques "doivent néanmoins permettre au bénéficiaire des exceptions prévues aux 2° [...] de l'article L.122-5 [...] d'en jouir lorsqu'il a un accès licite à l'œuvre".

Cela signifie qu'une mesure de protection doit tout de même permettre à l'utilisateur légitime d'une œuvre d'en effectuer une copie privée. Néanmoins, s'il est aisé de définir ce qu'est un usage privé, la notion de « copie » baigne finalement dans un flou artistique : est-ce une copie sur une cassette, sur un support CD, sur un ordinateur, une copie MP3 vers un baladeur numérique ?

A l'ère du multi-supports, il serait logique et raisonnable de penser que l'utilisateur a la possibilité d'effectuer une copie privée pour chaque support.

[116]. Les associations de consommateurs ont relancé le débat en arguant que les mesures techniques anti-copies retiraient tout fondement à la rémunération pour copie privée : puisqu'elles empêchent la copie privée, il n'est plus besoin de compenser le préjudice du fait de cette copie. Pourtant, en 2002, un peu plus de 130 millions d'euro ont été collectés à titre

---

<sup>110</sup> «Une copie suffit pour l'usage privé, dans une qualité qui n'a pas à être la même que l'original», revendiquait dès le mois de janvier au Midem, Pascal Nègre, président d'Universal Music France.

de compensation pour la copie privée (+ 42% par rapport à 2001)<sup>111</sup>. La presse a dans tous ses titres rendu responsable le gouvernement français de cette incohérence<sup>112</sup>.

La problématique liée à la difficile conciliation entre mesures techniques et copie privée ne date donc pas d'aujourd'hui. Cela fait longtemps que la doctrine s'interroge à ce sujet.

[117]. Selon nous, ce n'est pas aux mesures techniques qu'il incombe de définir les limites de l'exception de copie privée en indiquant le nombre de copies permises et sur quels supports. La protection technique ne devrait être mise en place que pour pallier les insuffisances de la protection juridique, en empêchant les abus de la copie, notamment dans l'environnement numérique. On pourrait, comme il a été proposé, limiter les générations de copies de disques à une ou deux pour éviter que les premières générations de copies puissent engendrer une autre génération de copie et ce à l'infini.

[118]. Il faut espérer que ces mesures techniques ne sont qu'une étape dans la mise en place de la protection et qu'elles vont donner lieu à un réel compromis entre les intérêts des utilisateurs et ceux des producteurs qui permettront la copie dans une mesure acceptée par tous.

Les œuvres étant associées à des instants de plaisir, il ne faudrait pas que le droit d'auteur transforme l'univers des loisirs et de la culture en une véritable « inquisition » renforçant cette image d'une « surprotection<sup>113</sup> » du droit d'auteur qui nourrit les attaques de ses détracteurs.

[119]. Conclusion

Pour achever cette étude, nous proposerons une définition de la copie privée qui reprend en partie les termes de l'article 5.2.b la directive du 22 mai 2001 : Lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire les reproductions effectuées sur tout support par une personne physique pour un usage privé et à des fins non commerciales.

---

<sup>111</sup> Voir Libération, *la manne menacée des sociétés d'auteurs*, par Florent Latrive, consulté en avril 2003 sur <http://www.liberation.com/page.php?Article=101369>

<sup>112</sup> Voir notamment dès la sortie du premier projet de loi, Libération, *Le gouvernement revoit sa copie sur la copie privée*, du vendredi 06 décembre 2002.

<sup>113</sup> Voir A. et H-J. Lucas, préc., n°315, p. 268.

## BIBLIOGRAPHIE

### *Ouvrages généraux*

- BERTRAND A., Le droit d'auteur et les droits voisins, Masson, 1991.
- COLOMBET C., Propriété littéraire et artistique et droits voisins, Précis Dalloz, 9<sup>e</sup> édition, 1999.
- DESBOIS H., Le droit d'auteur en France, Dalloz, 2<sup>e</sup> édition, 1968.
- EDELMAN B., Droits d'auteur, droits voisins, droit d'auteur et marché, Dalloz, 1993.
- LUCAS A. et H.-J., Traité de la propriété littéraire et artistique, Litec, 2<sup>e</sup> édition, 2001.
- GAUTIER P.-Y., Propriété littéraire et artistique, Collection droit fondamental, PUF, 4<sup>e</sup> édition, 2001.

### *Ouvrages spéciaux*

- BROGLIE G. de, Le droit d'auteur et l'internet, Cahier des sciences morales et politiques, Puf, 2001.
- CAVALLI J., La genèse de la convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques du 9 septembre 1886, Lausanne, Imprimeries réunies, 1986, p. 11.
- DOCK M.-C., Etude sur le droit d'auteur, LGDJ, 1963. p.56
- DUPOUY M.-N., La définition du copiste dans le cadre de l'article 41-2 de la loi du 11 mars 1957, Mémoire de Dess droit de la propriété industrielle, Université Paris II, 1983.
- LUCAS A., Droit d'auteur et numérique, Litec, 1998.
- MOYSE P.E., Droit des auteurs et droit de la consommation dans le cyberspace : la relation auteur/utilisateur, consulté en février 2003 sur le site <http://www.robic.ca/set-f.html>.
- POLLAUD-DULIAN F., Droit des auteurs. Droits patrimoniaux. Droit de reproduction, J.-Cl Propriété littéraire et artistique, fasc. 1246.
- WARUSFEL B., La propriété intellectuelle et l'internet, Dominos/Flammarion, 2001.p.93.

- WEKSTEIN I., Droits voisins du droit d'auteur et numérique, Litec, 2002, p.82.
- WISTRAND H., Les exceptions apportées aux droits de l'auteur sur ses œuvres, Montchrestien, 1968, p. 340.

### *Articles et Chroniques*

- ASTIER H., *La copie privée, deux ou trois choses que l'on sait d'elle*, RIDA, avril 1986, n°128, p. 113.
- BECOURT D., *L'utilisation des œuvres et ses incidences sur les droits des auteurs*, Petites Affiches, n° 105, 26 mai 2000, p.5.
- CHAMAGNE C., *L'utilisation de musique sur Internet*, Légicom, n° 21, 01/01/2000, p.11.
- DUMONT E., *Morpheus et Grokster non coupables; les internautes bientôt dans le collimateur?* mis en ligne le 28 avril 2003, consulté en mai 2003 sur: <http://news.zdnet.fr/story/0,,t119-s2133980,00.html>
- GAUTIER P-Y., *De la transposition des exceptions : à propos de la directive « droits d'auteur dans la société de l'information »*, communication commerce électronique, novembre 2001, chron. n° 25, p. 10.
- GAUBIAC Y. et GINSBURG J., *L'avenir de la copie privée en Europe*, Communication Commerce Electronique, janvier 2000, p.9.
- GINSBURG J., *Loi américaine sur l'enregistrement sonore numérique privé*, RIDA, n° 155, janvier 1993, p. 236. ; *Précision supplémentaire au compte-rendu sur la nouvelle loi sur la copie privée sonore aux USA*, RIDA, n° 156, avril 1993, p. 245.
- GITTON A., *La copie privée en perspective*, gazette du palais, dimanche 20 au mardi 22 janvier 2002, p.3.
- GUERRIER P., *Apple dévoile son arme*, Le journal du Net consulté le 30 avril 2003 sur : [www.journaldunet.com/0304/03043itunes.shtml](http://www.journaldunet.com/0304/03043itunes.shtml)
- LATRIVE F., Libération, *La manne menacée des sociétés d'auteurs*, consulté en avril 2003 sur <http://www.liberation.com/page.php?Article=101369>
- LONG S., *CD protégés, les majors face à la justice*, consulté le 27/05/2003 sur [www.01net.com/article/208889.html](http://www.01net.com/article/208889.html)
- LUCAS A., *Le droit d'auteur français à l'épreuve de la reprographie*, JCP G 1990, I, 3438, n. 41 ; *Le droit d'auteur : un contrôle d'accès aux œuvres ?*, Cahiers du CRID, n° 18, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 3 et 4.

- MASOUYE P., *La copie privée : un nouveau mode d'exploitation des œuvres*, Le droit d'auteur, février 1982, p.81.
- MICKAELIEN N., *DVD et droit d'auteur*, Expertises, n° 225, avril 1999, p. 102.
- MORTAIGNE V. et SICLIER S. *Le Monde*, article consulté le 18.01.03 sur: [www.lemonde.fr](http://www.lemonde.fr)
- MOSSE M., *Droits d'auteur et exception pour copie privée à l'ère de l'internet*, consulté en mars 2003 sur : [http://droit-internet2001.univparis1.fr/pdf/vf/Mosse\\_M.pdf](http://droit-internet2001.univparis1.fr/pdf/vf/Mosse_M.pdf)
- RONY H., *Piratage, musique et copie numérique : un mariage à risques*, Légipresse, n° 159, mars 1999, p. 31. ; *La production phonographique confrontée aux atouts et aux risques du numérique*, RIPIA, n°201, 3<sup>e</sup> trimestre 2000, p. 125.
- ROZENFELD S., *Boutique de duplication de CD, attention contrefaçon*, Expertises, n° 225, avril 1999, p. 84.
- TELLIER-LONIEWSKI L., ROJINSKY C., *Contrefaçon et droit d'auteur sur internet (2<sup>e</sup> partie) : vers un nouveau droit des utilisateurs*, gazette du palais, 20 janvier 1998, p.119.
- THOREL J., *Chocs des cultures et copie privée*, ZDNet.fr, 7 février 2003, consulté en février 2003 sur <http://news.zdnet.fr/story/0,,t140-s2130035,00.html>
- TONNELIER M-H. et LEMARCHAND S., *Droit d'auteur et contrefaçon : première poursuite, première décision, première analyse*, Expertises, n° 197, septembre 1996, p.292.
- VERCKEN G., *Mesures techniques et copie privée : round 1 ?*, Légipresse n°198, janvier/février 2003, p 17.
- VERRECCHIA J., *Le piratage phonographique*, Légicom, n°13, janvier 1997, p.67.

## INDEX ALPHABETIQUE

### A

- **accords ADPIC**, 30

### B

- **base de données électronique**, 14

### C

- **contrefaçon**, 6, 46
- **Convention de Berne** *Voir triple test*
- **copie**  
de sauvegarde, 14  
définition, 4
- **copie privée**  
droits voisins, 2  
fondement, 34 et s.  
suppression, 36
- **copiste**,  
moine, 8  
notion, 74 et s., 101
- **copyright**, 28, 33  
*Voir fair use*
- **courrier électronique**, 100 et s.

### D

- **directive du 22 mai 2001**, 106 et s.
- **DivX**, 61

- **droit à l'information**, 31 et s.
- **droit exclusif de l'auteur**, 2

### E

- **exceptions**, 16  
cercle de famille, 98, 103  
oeuvres d'art, 13  
reprographie, 10, 74 et s.

### F

- **Fair use**, 56 et s.

### I

- **imprimerie**, 9

### L

- **libertés fondamentales**, 30, 31  
Convention européenne des droits de l'homme, 30
- **lobbying**, 44, 107
- **logiciel** *Voir aussi copie de sauvegarde*  
de partage *Voir peer to peer*

### M

- **mise en ligne**, 47
- **MP3**, 47, 51 et s.

## N

- **"Napster"**, 56 et s., 63

## O

- **œuvre**  
information, 32

## P

- **peer to peer**, 60 et s.
- **photocopie *Voir aussi*  
reprographie**  
officines, 74 et s.
- **protections techniques**  
critique, 42, 114 et s.  
définition, 113

## R

- **rémunération pour copie privée**  
critique, 40  
définition, 12

- **reproduction**, 2, 4

## T

- **téléchargement**, 53 et s.

- **triple test**, 16

## U

- **usage**  
interne, 85  
privé ( notion), 83, 98, 103, 109  
professionnel, 84  
loyal *Voir* Fair use

- **utilisation**  
collective, 49 et s., 87 et s., 95 et s., 111  
pédagogique, 96, 110

## TABLE DES MATIERES

<b>INTRODUCTION</b>	<b>3</b>
<b><u>PARTIE I - LE FANTASME D'UNE CONCEPTION LARGE DE LA COPIE PRIVEE NUMERIQUE</u></b>	<b>11</b>
<b>Chapitre 1- Le glissement de la liberté d'information au droit à la copie privée</b>	<b>12</b>
<i>Section 1 - Le droit à l'information légitimant la copie privée</i>	<i>12</i>
§1 . De la liberté au droit à l'information	13
§2 . L'œuvre conçue comme une information	14
<i>Section 2 - Le fondement de la notion de copie privée : de la simple tolérance au véritable droit</i>	<i>15</i>
§1 . Une tolérance	15
§2 . Un droit	16
<b>Chapitre 2 - L'illusion d'une large application de la copie privée dans l'environnement numérique</b>	<b>20</b>
<i>Section 1 . La copie d'œuvres « en ligne » sur un site Internet</i>	<i>20</i>
§1 . L'exclusion de la mise en ligne d'œuvres de la notion de copie privée	21
§2 . L'intégration du téléchargement par l'internaute dans la notion de copie privée	22
<i>Section 2 . Le « fair use » appliqué aux œuvres « partagées » sur Internet</i>	<i>24</i>
§1 . L'usage déloyal des logiciels de partage: l'affaire « Napster »	24
§2 . L'absence de contrôle de l'usage des nouveaux logiciels de partage « peer to peer »	25
<b><u>PARTIE II - LA REALITE DE L'UTILISATION PRIVEE DE LA COPIE</u></b>	<b>29</b>
<b>Chapitre 1 - Le caractère restrictif de l'utilisation permise</b>	<b>30</b>
<i>Section 1 . L'exigence de l'usage exclusif du copiste</i>	<i>30</i>
§1 . L'éclatement de la notion de copiste	30
§2 . La réalisation de la copie par un tiers	33
<i>Section 2 . L'utilisation exclusivement privée et individuelle de la copie</i>	<i>34</i>
§1 . L'exigence de l'usage privé	34
§2 . L'exigence du défaut d'utilisation collective	36
<b>Chapitre 2 - Le caractère souple de l'utilisation privée de la copie en pratique</b>	<b>37</b>
<i>Section 1 . Le critère unique de la destination privée de la copie</i>	<i>38</i>
§1 . La remise en cause du défaut d'utilisation collective	38
§2 . L'artifice de la notion d'« usage privé du copiste »	40

<i>Section 2 . La notion de copie privée dans la directive du 22 mai 2001</i>	42
§1 . Une définition pragmatique de la copie privée	42
§2 . L'utilisation de la copie et les mesures de protection techniques	44
<b>BIBLIOGRAPHIE</b>	<b>47</b>
<b>INDEX ALPHABETIQUE</b>	<b>50</b>
<b>TABLE DES MATIERES</b>	<b>52</b>

