

Le téléchargement au Paradis ?

A propos de l'arrêt de la cour de Montpellier du 10 mars 2005

Jacques LARRIEU

Professeur à la Faculté de droit de Toulouse

Co-directeur du master Droit, Systèmes d'Information et Réseaux

Nihil novi sub sole ? L'arrêt [juriscom.net] de la Cour d'appel de Montpellier du 10 mars 2005 n'a en soi rien de révolutionnaire¹ au regard de l'application de l'art. L. 122-5 du code de la propriété intellectuelle². La copie d'une œuvre réalisée, comme le souligne la Cour, « *uniquement pour un usage privé* » de l'internaute poursuivi, correspond exactement à la définition de l'exception de la copie privée inscrite dans ledit article. Si donc l'arrêt montpelliérain a suscité autant d'intérêt de la part des médias et du public ce n'est pas pour le classicisme de sa solution, mais parce qu'il concerne le téléchargement sur Internet et qu'il ajoute une pièce au débat un peu vif sur la licéité du *peer-to-peer*³. Or, les bouleversements scientifiques et techniques imposeraient, selon certains, un ajustement des règles en la matière. Car c'est bien un changement des solutions habituelles qui est proposé pour faire condamner le téléchargement.

La qualité des copies

Ce n'est pas parce que la copie est de bonne qualité qu'elle ne peut pas constituer une copie privée. Pourtant on explique que l'exception de copie privée se comprenait pour des copies dégradées, d'une qualité inférieure à l'original, et qui ne se substituaient pas à celui-ci. Or, la technique numérique permettrait d'obtenir des niveaux de reproduction tels que l'original ne se distinguerait plus de sa copie. Remarquons cependant que le MP3 et le DVX ne procurent pas des copies vraiment parfaites. Remarquons ensuite que la constitution d'une copie privée, fût-elle de qualité médiocre (cassettes, magnétophone,...), a toujours eu pour effet de faire perdre une vente à l'auteur, dans la mesure où le copiste entend bien souvent se contenter de celle-ci. Remarquons enfin que la question n'est pas nouvelle. Il y a trente ans déjà on s'interrogeait pour savoir si une photocopie pouvait constituer une copie privée. On avait fait valoir⁴ « *que si la dérogation traditionnelle au profit du copiste s'expliquait aisément autrefois par le travail matériel considérable que représentait la copie, par le caractère limité de la copie et par son caractère imparfait, qui ne pouvait en faire un substitut de l'original, rien de tel n'existe lorsque la copie est obtenue par des moyens modernes, grâce auxquels la reproduction est instantanée, intégrale et sans limites et rend exactement les mêmes services que l'original ; qu'aucune comparaison n'est possible entre le document que réalise le chercheur classique prenant des notes à la main dans une bibliothèque et le document qui lui est remis instantanément et parfaitement par une machine à photocopier...* ». Le tribunal de Paris répondit que, si ces arguments étaient dignes d'intérêt, « *il faut admettre que le législateur n'a nullement entendu prohiber l'usage des procédés modernes de reproduction qui reste licite en son principe dans le cadre de l'art. 41 [loi de 1957]; que les copies délivrées par des procédés modernes sont des copies autorisées par l'art. 41...* »⁵. Cette sage réponse mérite d'être rappelée dans le débat actuel⁶.

L'origine de l'exemplaire copié

L'art. L. 122-5, 2° CPI autorise, sans l'accord préalable de l'auteur, « *les copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective...* ».

¹ Pourtant, il a fallu aux avocats de la défense bien du talent pour obtenir ce résultat.

² Et non du code de procédure pénale visé par erreur.

³ N. Vermeys, « Adeptes du P2P, bientôt tous au violon ? », *Juriscom.net*, 21 juillet 2003 ; <<http://www.juriscom.net/actu/visu.php?ID=285>> ; Latrive, « Musique en ligne : la course aux poursuites », *Libération*, 8 octobre 2004 ; *Nouvel Observateur*, n°2100, 3 févr. 2005.

⁴ Argument avancé par la défense.

⁵ TGI Paris 28 janvier 1974, *Entreprise Moderne d'éditions/CNRS*, D. 1974, J, 337, H. Desbois. Cassé pour d'autres motifs par : Cass. Civ. 1, 19 juin 1975, *RDTCom* 1975, 847.

⁶ La numérisation a été assimilée à une reproduction : TGI Paris, réf., 5 mai 1997, Queneau/Mygale, *JCP* 1997, II, 22906, Olivier.

L'apparente répétition du texte, son laconisme, ne facilitent pas l'interprétation des conditions d'application de l'exception de copie privée, et rares sont les décisions judiciaires qui procèdent à un inventaire complet de ces conditions. Pourtant le tribunal de Paris, en 1974, en avait dénombré trois : « *Il faut tout d'abord qu'il s'agisse de copies ou de reproductions matérielles des œuvres ; il faut, en second lieu, qu'elles soient réalisées par celui-là même qui en aura l'usage. Il faut enfin qu'elles soient strictement réservées à l'usage privé du copiste et ne soient pas destinées à une utilisation collective.* »⁷. La jurisprudence a apporté ensuite un éclairage différent sur la notion de copiste, notamment en matière de reprographie⁸, et elle a pu préciser la notion d'usage privé⁹, mais elle n'a pas introduit une condition supplémentaire quant à l'origine de la copie. Il n'y a guère, à notre connaissance, qu'une décision très ancienne¹⁰ qui évoque le fait que les copies ont été effectuées par le copiste sur un exemplaire lui appartenant et non sur un exemplaire emprunté, mais les juges lui ont autorisé de multiples copies¹¹. C'est ajouter une condition supplémentaire à celles qui sont prévues par le texte de l'art. L. 122-5 que d'exiger que la copie ait été faite sur un exemplaire autorisé par l'auteur. Certes, on peut subodorer que le fichier musical ou le film mis à disposition sur Internet dans le cadre du P2P l'a été sans l'accord de l'auteur, mais soutenir que l'illicéité de la source contamine la copie, cela revient à ajouter à la loi¹². Une telle restriction n'est pas conforme à la lettre du texte. Ainsi en ont jugé, hors de France, une cour fédérale canadienne et un tribunal hollandais¹³. De la solution de la cour d'appel de Montpellier, comme de celle du tribunal de Rodez avant elle¹⁴, il s'induit que l'argument de la source de la copie n'est pas pertinent. D'ailleurs avec le développement des webradios comment pourra-t-on démontrer l'illicéité de la source ?¹⁵ (voir ci-dessous).

Si l'on considère la jurisprudence disponible, on constate que chaque fois que les tribunaux sont entrés en condamnation c'était parce que l'internaute s'était livré, outre le téléchargement d'œuvres musicales ou vidéos (*download*), à la mise à disposition d'œuvres sur Internet (*upload*)¹⁶, ou à la diffusion de multiples copies¹⁷. C'est la mise à disposition d'œuvres protégées, sans l'autorisation de l'auteur, qui est incontestablement, dans l'état du droit positif, un acte de contrefaçon¹⁸. En revanche, lorsque seul le téléchargement est en cause, et à condition que l'usage des copies reste non collectif, il ne devrait pas y avoir contrefaçon¹⁹.

Le triple test

En vertu du « triple test » qui fut redécouvert dans l'article 9 de la Convention de Berne et repris par l'Accord ADPIC (art. 13), puis la Directive 2001/29 du 22 mai 2001 (art. 5 §5), et enfin le projet de transposition actuellement devant le Parlement français, les exceptions au droit d'auteur doivent être

⁷ TGI Paris, 28 janvier 1974, préc.

⁸ Paris, 8 octobre 1982, Rannou Graphie, *RTDCom* 1983, 434, A. Françon ; Cass. Civ. I, 7 mars 1984, *JCP* 1985, II, 20351, Plaisant ; TGI Valence, 2 juillet 1999, *Expertises* 1999, p. 356.

⁹ Par ex. : Cass. Civ. I, 20 janvier 1969, J. Giron/dame M. Delabre, *Gaz. Pal.* 1969, I, 217.

¹⁰ Rendue avant l'entrée en vigueur de l'art. 41 de la loi de 1957 et, bien sûr, de l'art. L. 122-5 CPI, objet du débat actuel.

¹¹ Angers, 3 juin 1878, 1879, 2, 54.

¹² Comp. : C. Caron, obs. sous TGI Vannes, 29 avr. 2004, Min. public et FNDF, .../X. et a., *Com.com.électr.* 2004, p. 27, n°86 ; et A. Robin, *Légipresse* n°215, oct. 2004, 180 s.

¹³ Ottawa 31 mars 2004, BMG, EMI, SONY, .../John DOE, ...2004 FC 488, §25 : « *Thus, downloading a song for personal use does not amount to infringement...* » ; Y. Gaubiac, T. Moreau, « Peer-to-peer : chroniques du Canada », *Com.com. électr.* oct. 2004, p. 17. Voir aussi, pour les Pays-Bas : Trib. Haarlem, 12 mai 2004, Stichting Brein/Zoekmp3. Cf Sabrina Brandner, « MP3 : télécharger n'est pas pirater, selon le tribunal d'Haarlem », *Juriscom.net*, 20 mai 2004, <<http://www.juriscom.net/actu/visu.php?ID=511>>.

¹⁴ TGI Rodez, 13 octobre 2004, *D.* 2004, 3132, J. Larrieu.

¹⁵ D'autant plus que chacun pourra créer sa webradio personnelle : <<http://www.zebulon.fr>>.

¹⁶ TGI Vannes, 29 avril 2004, Fed. nat.distr. films/Le Caignec, *Legicom* n°32, 2004/3-91 ; *Juriscom.net*, <<http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=503>> ; TGI Pontoise, 2 février 2005, Alain O., *Juriscom.net*, <<http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=639>>.

¹⁷ TGI Montpellier, 24 septembre 1999, Proc. Rep., SDRM..., *Com. Com.Electr.* févr. 2000, p. 17, n°19, C. Caron ; TGI Lille, 29 janvier 2004, Proc. Rep.../Axel F., <<http://www.legalis.net>>.

¹⁸ TGI Paris, réf. 14 août 1996, affaires Brel et Sardou, *D.Aff.* 1996, 1135 ; *JCP-E* 1996, II, 881 B. Edelman ; *D.* 96, 490, P-Y. Gautier ; *JCP* 97 éd. E, 657, 24, M. Vivant, C. Le Stanc.

¹⁹ Voir : La proposition de l'Adami sur le statut du téléchargement et le peer-to-peer, Actu Adami, oct. 2004. Voir cependant la décision très mal motivée : TGI Versailles, 24 mai 2004, Oleg P., *Foruminternet.org*, <<http://www.foruminternet.org/documents/jurisprudence>>.

cantonnées à « *certain cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du détenteur du droit.* ». Cette formule assez peu claire est désormais rappelée pour ajouter aux conditions posées par l'art. L.122-5 CPI²⁰. Néanmoins, si la loi admet des exceptions, c'est que le périmètre d'«*exploitation normale*» de l'œuvre se trouve défini en considération de celles-ci et réduit du fait de ces « limitations »²¹. Ainsi par exemple, la directive 2001/29, tout en permettant à l'auteur de limiter les copies par des mesures techniques, prévoit-elle que les Etats membres s'assureront que ces systèmes anti-copie ne font pas totalement obstacle à l'exercice de l'exception (art. 6 §3 et 4)²². L'exercice normal du monopole ne permet pas d'empêcher toute copie. Sans aller jusqu'à reconnaître un véritable « droit à la copie privée »²³, le législateur consacre un droit à l'exception. A propos de l'exception de l'art. L. 122-5 CPI, le professeur Gautier écrit : « *Cela étant, 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.* »²⁴

L'exercice de l'exception, en référence au « test en trois étapes », est soumis par la directive « à la condition que les titulaires de droits reçoivent une compensation équitable ». A ce propos, le tribunal ruthénois avait relevé que l'article L. 311-1 CPI prévoit une rémunération pour copie privée des œuvres de l'esprit, notamment « *au titre de leur reproduction... sur un support d'enregistrement numérique* ». Cette redevance perçue sur les supports vierges, notamment les CD, doit être reversée aux auteurs, artistes-interprètes, producteurs ou éditeurs (L. 311-7 CPI). Elle correspond à un système de « licence légale » et interdit à l'auteur et aux titulaires de droits voisins de s'opposer aux copies « *réalisées dans les conditions mentionnées au 2° de l'article 122-5 et au 2° de l'article L. 211-3* »²⁵. Le manque à gagner résultant pour l'auteur de la copie est justifié par l'exercice de l'exception de copie privée et se trouve compensé par le reversement de la redevance. Le professeur Linant de Bellefonds explique : « *Le système est simple : les auteurs et les artistes-interprètes ne peuvent en aucun cas interdire ou autoriser la reproduction de leurs œuvres sur un support en vue d'un usage privé par le copiste. Il ne s'agit donc pas d'un droit exclusif, ni de l'expropriation d'un droit qui n'existait pas pour les auteurs à cause de l'exception de l'article L. 122-5-2° du CPI* »²⁶. Or, dans l'affaire jugée par la cour de Montpellier, l'internaute poursuivi avait, semble-t-il, systématiquement gravé les films téléchargés sur des CD et les CD vierges sont assujettis au prélèvement financier au profit des auteurs de l'art. L. 311-1 CPI.

Si l'auteur ne peut empêcher la copie sur CD en vertu du droit à rémunération de l'art. L. 311-1 CPI, peut-il s'opposer à la reproduction directement réalisée sur le disque dur ? Aucune redevance n'est en effet acquittée sur les disques durs d'ordinateurs. C'est peut-être la justification que l'on pourrait donner à la solution non motivée qu'a fournie le tribunal de Versailles le 24 mai 2004²⁷. Dans cette affaire, le prévenu, auquel il n'était pas reproché d'avoir mis des œuvres à disposition sur Internet, était poursuivi non seulement pour avoir gravé des CD vierges après avoir téléchargé des musiques sur Internet, mais aussi pour avoir conservé 476 fichiers musicaux et 6 films stockés sur le disque dur de son ordinateur. Le tribunal a en déduit « *qu'il suit de ces éléments que le prévenu s'est rendu coupable des délits qui lui sont reprochés...* ». Pour pallier l'absence d'explication, on peut imaginer que les juges ont condamné le téléchargement pour la seule partie effectuée directement sur disque dur, c'est-à-dire sur un support non soumis à redevance et ne bénéficiant pas de la « licence légale » de l'art. L. 311-1 CPI. Ce serait, à notre avis, prêter beaucoup de subtilité à une décision fort peu

²⁰ Ainsi le tribunal de Paris, le 30 avril 2004, y a trouvé argument pour proclamer qu'il n'existe pas de « droit à la copie privée » et en déduire abusivement que cette exception peut donc être supprimée totalement par la mise en place de systèmes anti-copie par le titulaire des droits, cf TGI Paris, 30 avr. 2004, Stéphane P., préc.

²¹ La directive emploie indifféremment les deux termes.

²² L'équilibre entre les droits des auteurs et les droits des consommateurs ne devrait pas être remis en cause par la transposition de la directive : Conseil Supérieur de la propriété littéraire et artistique, 20 déc. 2001, p.9.

²³ TGI Paris, 3e ch., 30 avr. 2004, Stéphane P., UFC Que Choisir, *Legalis.net*, <<http://www.legalis.net/jnet>>; TPI Bruxelles, 25 mai 2004, ASBL/EMI, ..., *Juriscom.net*, <<http://juriscom.agat.net/jpt/visu.php?ID=596>>.

²⁴ Pierre-Yves Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 4^e éd., 192. Même sens : Xavier Linant de Bellefonds, *Droits d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 2^e éd, 580.

²⁵ L'alinéa 2 de l'art. L 311-1 ajoute depuis la loi du 17 juillet 2001 : « *Cette rémunération est également due aux auteurs et aux éditeurs des œuvres fixées sur tout autre support, au titre de leur reproduction réalisée, dans les conditions prévues au 2° de l'art. L.122-5, sur un support d'enregistrement numérique.* »

²⁶ X. Linant de Bellefonds, *Droits d'auteur et droits voisins*, Cours Dalloz, 2^e éd., 580. D. Migaud, Rapport n°3466, Ass. Nat. 13 déc. 2001, sur la rémunération pour copie privée.

²⁷ Remerciements à Lionel Thoumyre qui nous a aimablement communiqué la décision et qui a inspiré ces lignes.

argumentée. De toute façon, il semble impossible de faire la distinction entre reproduction sur CD après téléchargement (qui serait licite) et reproduction sur disque dur (qui serait illicite). L'opération de téléchargement passe par une reproduction obligatoire, même si elle est temporaire, en mémoire de l'ordinateur. L'arrêt de la cour de Montpellier couvre, à notre avis, l'ensemble de ces opérations dans la mesure où elles ont un caractère privé²⁸.

Le progrès technique

Chaque fois qu'une nouvelle technique de reproduction ou de communication des œuvres est apparue, elle a suscité des réactions inquiètes de la part des titulaires des droits ; ce fut successivement le cas avec l'introduction du piano mécanique²⁹, l'enregistrement sur phonographe³⁰, l'apparition des microfilms³¹, de la photocopie³²,... du numérique³³, et maintenant des réseaux. Il ne faut pas croire pourtant que cette jurisprudence montpelliéraine introduit une conception particulièrement laxiste de l'exception de copie privée. Dans le passé les juges ont parfois adopté une vision très libérale de l'usage privé³⁴ allant jusqu'à faire bénéficier de l'exception les copies de partitions distribuées à tous les musiciens d'un orchestre symphonique³⁵ ou mises à la disposition des nombreux chercheurs d'un grand laboratoire³⁶.

Du reste le « progrès technique » est incessant. De nouveaux modes de transfert des fichiers sur Internet apparus récemment³⁷, vont, paraît-il, bouleverser bientôt les termes du problème. Avec le « *peer-to-mail* », c'est le courrier électronique à grande capacité qui sert de vecteur aux échanges. Au-delà du problème du secret des correspondances et de la difficulté de déceler ce type d'échange, se pose la question de la licéité de la pratique. Il y a un acte positif d'émission qui, s'il est adressé à plusieurs personnes, relève de l'exclusivité de communication au public réservée à l'auteur. Mais qu'en est-il du courriel envoyé à un seul ami ou parent ? Quant au « *podcasting* »³⁸ qui consiste à mettre des musiques à disposition sur des « blogs » pour en favoriser le téléchargement, il est clair que, d'après la jurisprudence, il constitue une atteinte aux droits de l'auteur et aux droits voisins de la part de celui qui met des fichiers en ligne. Enfin, lorsque des radios en ligne (webradios) émettent de la musique régulièrement sur le réseau, le téléchargement opéré grâce au logiciel *StationRipper*, qui joue à la fois le rôle d'un moteur de recherche et d'instrument de transfert de fichiers, pose des problèmes inédits. Certaines de ces radios doivent pouvoir se prévaloir de la licence légale de l'art. L. 214-1 CPI³⁹. Le *Syndicat National des Editeurs Phonographiques* et la SACEM auraient admis⁴⁰ qu'il s'agit de copies privées légales. Le débat sur l'interprétation des textes et des comportements ne fait que commencer...

J. L.

²⁸ D'éminents auteurs assimilent le téléchargement à de la copie privée : P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, préc., 192, 194, note 4 p.333, 194-1 ; J. Huet, *Quelle culture dans le « cyber-espace » et quels droits intellectuels pour cette « cyber-culture » ?*, *D.* 1998, Ch., 185.

²⁹ Loi du 16 mai 1866 se montra ouverte au progrès technique : « *la fabrication et la vente des instruments servant à reproduire mécaniquement des airs de musique qui sont du domaine privé, ne constituent pas une contrefaçon musicale* ». Cf N. Poirié, E. Givélet, « Du piano mécanique... au numérique », *Expertises* oct. 1997, 299.

³⁰ Cass. 10 nov. 1930, Halévy, *D.* 1931, 1, 29, *Nast*.

³¹ H. Desbois, « Le microfilm et le droit de reproduction des auteurs », *JCP* 1944, I, 417.

³² TGI Paris, 28 janv. 1974, préc.

³³ Y. Gaubiac, J. Ginsburg, « L'avenir de la copie privée numérique en Europe », *Com. Com. Electr.* Janv. 2000, n°1.

³⁴ Noter que la directive vise une exception pour « *usage privé* », expression plus large que celle de la loi française : « *l'usage privé du copiste* ».

³⁵ Angers, 3 juin 1878, préc. ; Cass. Civ. 25 janv. 1893, Dupin, Lemoine/Ville de Montpellier, *DP* 1893, 1, 114 ; Paris 25 janv. 1878, Castellano/Cloudens, *D.* 1879, 2, 51.

³⁶ TGI Paris, réf., 10 juin 1997, *JCP-E* 1998, p. 850, 31, M. Vivant, C.Le Stanc.

³⁷ A. Bernier, B. Masi, « La musique sur l'air de la légalité », *Libération* 11 mars 2005.

³⁸ <<http://www.ipodder.org>>.

³⁹ L'art. L. 214-1 CPI interdit à l'artiste-interprète et au producteur de s'opposer à la radiodiffusion du phonogramme. Ils perçoivent une rémunération. F. Goldsmith, « Le champ de la licence légale de l'article L. 214-1 du CPI », *Légicom* n°32-2004/3, 41.

⁴⁰ *Libération* 11 mars 2005, préc.