

Peer-to-peer : un « audiopathe » partageur relaxé pour bonne foi

A propos du TGI Paris, 8 décembre 2005, Anthony G. c/ Ministère public et SCPP

Par Lionel THOUMYRE

Directeur de Juriscom.net

Chargé d'enseignement au Master Droit des nouvelles technologies de l'information (Université Versailles Saint-Quentin en Yvelines)

Responsable « nouvelles techniques » à la Spedidam

Email : lionel@juriscom.net

Paris, 21 septembre 2004. Ce jour là, un jeune audiophile dont le casier judiciaire était encore immaculé, échangea des œuvres protégées devant le regard assermenté d'un agent engagé par la SCPP¹. Anthony G. semblait ignorer que ses actes, maintes fois répétés durant l'année 2004, étaient susceptibles de constituer un délit passible de 375 000 euros d'amende et cinq ans de emprisonnement². Sans le savoir, il avait hissé le pavillon du pirate dans ses appartements. Aux commandes d'un vaisseau de plusieurs gigaoctets, il avait navigué dans les eaux troubles du *peer-to-peer* et amassé quelques 1875 fichiers musicaux. Découvert au grand jour lors d'une perquisition matinale, ce butin allait faire de cet amateur de musique un « dangereux audiopathe » et le projeter sur la scène du théâtre judiciaire.

Mais l'inculpation sur le fondement de la contrefaçon, qui n'est passible « que » de 300 000 euros d'amende et de trois ans d'emprisonnement, n'aurait pas suffi à démontrer la gravité du trouble causé à l'ordre public. Il fallut également invoquer le recel, plus fermement réprimé. Le Parquet saisi de l'affaire a ainsi souhaité reprocher à Anthony G. d'avoir « *sciemment recelé des contrefaçons sur supports informatiques qu'il savait provenir d'un délit commis au préjudice des auteurs des œuvres contrefaites* ».

La répression des adeptes du *peer-to-peer* n'en est certes pas à une démesure près. Toutefois celle-ci est régulièrement tempérée par la jurisprudence qui affirme et réaffirme la licéité des actes de téléchargement³ sur le fondement de l'exception pour copie privée⁴. Certes, quelques décisions demeurent ambiguës sur le sujet⁵ et les débats doctrinaux font toujours rage sur le fait de savoir si l'exception pour copie privée peut bénéficier à celui qui reproduit une œuvre dont la source n'est pas

¹ Société civile des producteurs phonographiques.

² Telle est la peine maximale prévue pour le délit de recel visé à l'article 321-1 du Code pénal.

³ Voir notamment TGI Rodez, 13 oct. 2004, <[juriscom.net](http://www.juriscom.net)>, D. 2004, p. 3132, note Larrieu J., décision confirmée par CA Montpellier, 10 mars 2005, <[juriscom.net](http://www.juriscom.net)>, RLDI 2005/5, n°133, comm. Sirinelli P. et Vivant M. ; TGI Meaux, 21 avr. 2005, <[juriscom.net](http://www.juriscom.net)>, RLDI 2005/7, n°183, obs. Thoumyre L., <[juriscom.net](http://www.juriscom.net)> ; TGI Bordeaux, 10 mai 2005, RLDI 2006/3, n°397, obs. Gaullier F. ; TGI Le Havre, 20 sept. 2005, <[juriscom.net](http://www.juriscom.net)>, RLDI 2005/11, n°305, obs. Macrez F. ; TGI Toulon, 13 oct. 2005, <[juriscom.net](http://www.juriscom.net)> ; TGI Bayonne, 15 nov. 2005, <[juriscom.net](http://www.juriscom.net)>, RLDI 2006/1, n°338, obs. Thierry Maillard ; TGI Nanterre, 6 fév. 2006, <[juriscom.net](http://www.juriscom.net)>.

⁴ Article L. 122-5 et L. 211-3 du Code de la propriété intellectuelle.

⁵ Voir TGI Vannes, 29 avr. 2004, <[juriscom.net](http://www.juriscom.net)>, RIDA juill. 2004, p. 227, obs. Kerever A. ; TGI Pontoise, 2 fév. 2005, <[juriscom.net](http://www.juriscom.net)>, RLDI 2005/3, n°80, obs. Macrez F., D. 2005, p. 513, note Caron C. ; D. 2005, p. 849, note Rojinsky C. et Canevet S. Deux décisions sont plus explicites : TGI Saint-Quentin, 10 janvier 2006, <[juriscom.net](http://www.juriscom.net)> et TGI Toulouse, 4 janvier 2006, <[juriscom.net](http://www.juriscom.net)>. Elles procèdent néanmoins par simples affirmations sans grand intérêt – comme d'autres décisions sur ce sujet – sur le plan de l'analyse juridique. Certains évoqueront encore l'arrêt de la Cour de cassation du 30 mai 2006 qui casse l'arrêt de la Cour d'appel de Montpellier du 10 mars 2005 (note 3). Celui-ci ne répond cependant pas à la question qui lui était posée (le bénéfice de l'exception pour copie privée est-il conditionné par la licéité de la source ?), casse pour un motif de procédure et renvoie à la Cour d'appel d'Aix-en-Provence le soin de résoudre la problématique : Cass crim, 30 mai 2006, Minist. public, SEV, FNDF, Twentieth Century Fox, Buena Vista Entertainment, Gaumont et a. c/ Aurélien D., <[juriscom.net](http://www.juriscom.net)> ; Thoumyre L., Peer-to-peer : la Cour de cassation temporise, <[journaldunet.com](http://www.journaldunet.com)>, 15 juin 2006.

licite⁶. Toujours est-il que la tendance jurisprudentielle se résume à cette maxime : innocent est le téléchargement, coupable est le partage⁷.

L'enquête révéla toutefois que le forban ne s'était pas contenté de réserver son trésor à sa contemplation personnelle. Il en avait également disséminé les richesses auprès de ses semblables. Il fut ainsi accusé de contrefaçon pour avoir « effectué une reproduction et une diffusion non autorisées de phonogramme, vidéogramme ou programme en l'espèce, en mettant à la disposition du public sur le réseau internet par téléchargement des enregistrements encodés notamment au format MP3 d'œuvres musicales correspondant aux prestations de divers articles de variété nationale et internationale (1875 fichiers), sans avoir obtenu l'autorisation des producteurs légitimes ». Le flibustier semblait cerné. Mais à la grande surprise de la partie civile, le Tribunal de grande instance de Paris déclara Anthony G. non coupable.

Le verdict se comprend, au regard de la tendance jurisprudentielle précédemment évoquée, pour les actes de téléchargement. Nous ferons toutefois exception aux commentaires portant sur les affaires de *peer-to-peer* et ne traiterons pas ici des raisons qui ont concouru à la relaxe des fins de la poursuite pour les faits qualifiés de reproduction non autorisée. Comme nous venons de l'évoquer, ce sujet a déjà fait couler beaucoup d'encre et l'intérêt de la présente décision est ailleurs. Notons simplement que les juges parisiens éludent la question de façon lapidaire – ce qui ne va pas sans susciter certaines frustrations – par simple mention de l'article L. 211-3 du Code de la propriété intellectuelle instituant l'exception pour copie privée aux droits voisins. Seul détail intéressant : les juges citent les articles L. 311-4 et suivants du même code, qui organisent la rémunération pour copie privée, pour conclure à l'absence d'atteinte aux intérêts des ayants droit⁸.

L'étonnement est davantage légitime pour ce qui concerne la communication au public des œuvres téléchargées sans autorisation des ayants droit, l'acte matériel constituant la contrefaçon ayant bien été constaté. Il s'agit donc de comprendre les raisons de cette clémence, pour le moins novatrice en la matière, en s'attardant sur la démarche entreprise par les juges, reposant sur l'analyse de l'élément moral du délit (I), avant de tourner le regard sur les raisons particulières au cas d'espèce à l'origine de la relaxe (II).

⁶ Voir notamment Papin E., Le droit d'auteur face au peer-to-peer, Légipresse 2003, II, p. 26 ; Latreille A., La copie privée démythifiée, RTD com. 2004, p. 403 ; Caron C., Comm. com. électr., juill. 2004, comm. 86, JCP G. 2005, II, 10078 ; Gautier P.-Y., Propriété littéraire et artistique, PUF, 5^e éd., n° 794-1 ; Larrieu J., « Peer-to-peer » et copie privée, D. 2004, p. 3132, Le téléchargement au Paradis ?, <juriscom.net>, 22 mars 2005 ; Sirinelli P., Propr. Intell. juill. 2004, p. 2004, p. 779, Propr. intell. avr. 2005, p. 169 ; Sirinelli P. et Vivant M., Arrêt de Montpellier du 10 mars 2005 : ce n'est pas le Peyrou !, RLDI 2005/5, n°133 ; Macrez F., Les pirates en galère... , RLDI 2005/11, n°305 ; Dusollier S., Comm. com. élect., nov. 2005, ét. 38 ; Maillard T., Retour aux sources (illicites) de la copie privée, RLDI 2006/1, n°338 ; Gaullier F., Bordeaux : une étape décisive pour le peer-to-peer ?, RLDI 2006/3, n°397 ; Rapport de la commission du CSPLA (Sirinelli P. dir), « Distribution des œuvres en ligne », nov. 2005, <culture.gouv.fr/culture/cspla/index-cspla.htm> ; Rapport IRDP de Nantes (André L. dir), « Peer-to-peer et propriété littéraire et artistique », juin 2005, <alliance.org> ; voir aussi : Gaudrat P. et Sardain F., De la copie privée (et du cercle de famille) ou des limites au droit d'auteur, Comm. com. électr., nov. 2005.

⁷ Précision doit être faite, bien entendu, que les reproductions issues du téléchargement ne peuvent bénéficier de l'exception pour copie privée que si celles-ci sont réservées à un usage privé et non collectif.

⁸ Tout juste peut-on y voir une réponse à l'une des exigences posées par le test en trois étapes issu de la Convention de Berne et rappelé au sein de l'article 5 de la Directive n°2001/29/CE. La timidité des juges se justifie au regard du débat portant sur le fait de savoir si ce test s'impose à eux ou au législateur. S'agissant d'une règle émanant du droit anglo-saxon, difficilement applicable par les juridictions rattachées à la tradition civiliste, nous préférons la seconde hypothèse.

I. C'est l'intention qui compte

L'intérêt principal de la présente décision réside dans le fait que les juges ont déclaré non coupable un internaute ayant communiqué des œuvres au public, par utilisation du logiciel de *peer-to-peer Kazaa*, sans l'autorisation des ayants droit.

Les juges ont conclu à l'absence d'intention coupable du prévenu en constatant qu'il « *ne disposait d'aucune information pour éviter l'usage d'œuvres dont la diffusion n'était pas licite* » et « *qu'en particulier, le logiciel Kazaa ne permet pas de distinguer les fichiers d'œuvres selon leur catégorie juridique ; que l'absence de vérification préalable, sur les bases de données des auteurs ou éditeurs, de la possibilité de disposer librement d'une œuvre ne saurait caractériser une intention coupable* ».

La démarche du Tribunal de grande instance de Paris a donc consisté à rechercher si le prévenu avait connaissance des faits qui lui étaient reprochés. Ce faisant, ils ont appliqué strictement les règles du droit pénal exigeant que soit rapportée la preuve d'une intention coupable nécessaire à l'incrimination du prévenu. En effet, tout délit réunit trois éléments : un élément légal (un texte incriminant un fait), un élément matériel (un fait visé par le texte) et élément moral (l'intention de commettre un délit). Ce dernier élément provient des termes de l'article 121-3 du Code pénal selon lequel « *il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre* ». Il est, selon les termes du professeur Yves Mayaud, « *un élément de primauté, auquel il ne peut être dérogé que de manière expresse dans les seuls cas prévus par la loi* »⁹. C'est donc à raison que les juges ont recherché à savoir si le prévenu avait eu l'intention de commettre un acte de mise à disposition du public.

Le tribunal a refusé d'appliquer, en l'espèce, une présomption de mauvaise foi faisant peser sur la défense la charge de prouver que le prévenu n'avait pas l'intention de commettre un délit. On pourrait s'opposer à l'option prise par les juges parisiens au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation qui fait fréquemment peser une telle présomption sur l'auteur d'un acte matériel de contrefaçon, au pénal comme au civil. Sa jurisprudence, critiquée par une partie de la doctrine¹⁰, n'est toutefois pas uniformément appliquée¹¹. Elle a elle-même été amenée à rappeler que la contrefaçon se constitue « *par le fait matériel de la reproduction d'une œuvre de l'esprit et l'absence de bonne foi* »¹².

Rappelons aussi, si besoin est, les règles sur l'administration de la preuve selon lesquelles la charge de la preuve incombe à celui qui prétend qu'un acte a été commis (« *actori incumbit probatio* »)¹³. La mise à l'écart de l'élément moral par le truchement de la présomption de mauvaise foi ne peut donc pas être la règle.

Les juges ont, par ailleurs, insisté sur le fait « *qu'il n'existe aucune présomption de mauvaise foi du fait du recours à un logiciel de partage ni aucune présomption de refus d'autorisation de mise en partage des ayants droit d'œuvres musicales* ». En effet, il est théoriquement possible que les ayants droit – auteurs compositeurs, artistes-interprètes et producteurs – eussent pu autoriser la mise en partage de leurs œuvres ou de leurs interprétations, le droit exclusif dont ils jouissent sur celles-ci s'analysant tant comme le droit d'interdire que comme celui d'autoriser des actes d'exploitation. On pourrait objecter que l'esprit du droit d'auteur français, *in favorem auctoris*, induit la présomption contraire. Mais, comme le rappellent les juges parisiens, « *la loi pénale est d'interprétation stricte* ». Cette rectitude se justifie d'autant plus à l'égard de la partie faible. Ce peut être l'auteur face à l'exploitant de ses œuvres comme l'internaute face aux représentants des multinationales du phonogramme.

⁹ Mayaud Y., « Droit pénal général », Paris, PUF, 2004, p. 193.

¹⁰ Gautier P.-Y., L'indifférence de la bonne foi dans le procès civil pour contrefaçon, Prop. Intell., avril 2002, n°3.

¹¹ C'est ainsi, par exemple, que la présomption de mauvaise foi a pu être relevée pour des entreprises de presse ou des éditeurs qui ont fait valoir qu'ils ne pouvaient exercer de contrôle sur l'existence d'emprunts à des œuvres préexistantes : CA Paris, 9^e ch., 9 mars 1964, Gaz. Pal. 1964, 1, p. 375 ; RTD com. 1965, p. 106, obs. Desbois ; TGI Paris, 3^e ch. 11 fév. 1988 : Cah. dr. auteur oct. 1988, p. 17.

¹² Cass. Crim., 6 juin 1991, Renault c/ Fromento : JCP 1991, éd. G., IV, p. 357 et Bulletin criminel 1991, n° 240 (3^o), p. 618 ; Cass. Crim. 29 janv. 2002, Bulletin criminel 2002 N° 13 p. 34.

¹³ Sur l'application de cette règle en matière de propriété intellectuelle voir notamment Gautier P.-Y., L'indifférence de la bonne foi dans le procès civil pour contrefaçon, précité.

Le tribunal constate ensuite que « *ce type de logiciel permet également d'accéder à des fichiers d'œuvres tombées dans le domaine public, autorisées par les ayants droit ou libres de droits* ». Force est de constater, sur ce dernier point, que de nombreuses œuvres sont mises à la disposition du public sous un régime d'autorisation, telles que celles distribuées sur le site « *musique-libre.org* » sous licence libre¹⁴.

Aucun refus d'autoriser ne peut donc être présumé, à ceci près, hormis l'hypothèse des œuvres tombées dans le domaine public¹⁵, que tout acte d'exploitation d'une œuvre doit théoriquement faire l'objet d'une cession de droits en bonne et due forme¹⁶. La personne souhaitant communiquer une œuvre au public, et qui ne dispose pas d'une autorisation expresse des ayants droit, devrait donc la leur demander ou vérifier qu'elle existe bien quelque part.

Les juges remarquent toutefois que sur les 1875 fichiers objets de la poursuite, « *seuls 1212 correspondent à des œuvres dont la situation juridique est définie de façon certaine* ». Ainsi, la situation juridique de quelques 663 œuvres, soit un peu plus d'un tiers des fichiers objets de la poursuite, n'a pas pu être définie au cours de la procédure. Cette circonstance semble avoir été déterminante pour que les juges accordent au prévenu le bénéfice du doute. Elle démontre, en effet, que la titularité des droits sur les œuvres objets du litige était loin de relever de l'évidence, ce qui restreint *a fortiori* la possibilité de requérir le droit de communiquer une œuvre au public¹⁷.

Bien que ceci ne puisse tout excuser au regard du droit de la propriété intellectuelle, qui n'a pas prévu de mansuétude particulière dans une telle situation, les règles du droit pénal permettent en revanche de tenir compte du facteur psychologique des prévenus. Or, comme nous allons le voir, Anthony G. semblait ignorer partager les œuvres téléchargées. Il était naturellement difficile d'attendre de sa part qu'il obtienne l'autorisation d'effectuer des actes dont il ignorait l'existence matérielle.

II. Heureux les ignorants

La présomption de mauvaise foi ayant été écartée, il restait à asseoir la bonne foi d'Anthony G. Or, un facteur, qui ne ressort certes pas explicitement de la motivation du jugement – somme toute laconique – a joué un rôle important en sa faveur : il est un particulier, non professionnel du secteur informatique, qui ne fait point commerce de l'activité objet du litige. Dans le cas contraire, il est tout à fait probable que le prévenu n'aurait pas pu se prévaloir de sa bonne foi¹⁸.

L'appréciation de l'élément intentionnel de l'infraction a vraisemblablement été menée en considération de sa personne. Les juges se sont en effet bornés à constater que le prévenu « *ne disposait d'aucune information pour éviter l'usage d'œuvres dont la diffusion n'était pas licite* », sans considérer qu'il ne pouvait ignorer cette fonctionnalité et sans lui reprocher de ne pas avoir recherché ces informations. Ils ont en outre remarqué que « *le logiciel Kazaa ne permet pas de distinguer les fichiers d'œuvres selon leur catégorie juridique* ».

Aucun indice ne pouvait donc révéler à notre amateur de musique, *a priori* dépourvu de toute expertise technique ou juridique, qu'il était en train de commettre des actes de contrefaçon. C'est, en définitive, à ce titre qu'il a pu bénéficier de la relaxe.

¹⁴ La licence libre (ou licence copyleft) est la possibilité donnée par l'artiste à l'utilisateur d'utiliser, copier, étudier, modifier et distribuer son oeuvre, à la condition de la partager et de ne la redistribuer que sous une licence similaire.

¹⁵ N'oublions pas que les droits des artistes-interprètes et des producteurs sur l'œuvre doivent également avoir atteint la fin de leur durée de protection.

¹⁶ Article L. 131-3 du Code de la propriété intellectuelle : « *La transmission des droits de l'auteur est subordonnée à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession (...)* ».

¹⁷ D'autant que les coûts de transaction sont dirimants par rapport à l'usage recherché.

¹⁸ Les tribunaux se montrent généralement plus exigeants pour les professionnels, voir par exemple CA Paris, 4^e ch. B., 2 juin 1988 : *Juris-Data* n. 024345. Dans cette affaire la Cour d'appel avait fait obligation pour l'éditeur de vérifier l'existence d'une cession. De même, il a été jugé qu'une agence de photographies publicitaires doit veiller à s'assurer de l'identité de l'auteur et de la titularité des droits, CA Paris, 4^e ch. B. 22 nov. 1990 : *Juris-Data* n. 025857.

La portée de cette décision est relativement restreinte. En aucun cas, bien entendu, elle ne permettrait de conclure que tous les échanges gratuits d'œuvres sur les réseaux *peer-to-peer* sont licites, en l'absence d'autorisation des ayants droit.

La motivation des juges parisiens nous laisse sous-entendre que l'internaute partageur n'aurait pas pu bénéficier de la relaxe dans deux autres situations. L'une est objective, l'autre est subjective.

La première situation est celle dans laquelle il existerait des informations tangibles de nature à révéler à l'internaute que les fichiers qu'il télécharge sont également mis en partage et que cet acte de communication au public n'a pas été autorisé par les titulaires de droit.

Mais si le manque d'informations techniques nous semble pouvoir justifier l'absence d'intention coupable de l'internaute, nous émettons, à nouveau, de sérieuses réserves sur la valeur de l'argument consistant à relever le défaut de précisions sur les catégories juridiques. Dans un contexte où les droits exclusifs sont rois, l'internaute ne peut mettre des œuvres protégées à la disposition du public sans autorisations. Il doit s'assurer d'avoir obtenu de telles autorisations avant de procéder à des actes mettant en œuvre un droit de propriété intellectuelle, dès lors que cet acte ne relève pas d'une exception.

Dans la décision du 8 décembre, la référence au manque d'informations sur les « catégories juridiques » semble toutefois n'avoir qu'un rôle accessoire. Elle ajoute un argument supplémentaire dans une démonstration générale visant à établir que l'internaute ne disposait d'aucun indice pour éviter de porter atteinte aux droits des poursuivants. En aucun cas l'absence d'informations sur la situation juridique des œuvres ne peut être une condition suffisante pour asseoir la bonne foi du prévenu.

La deuxième situation dans laquelle l'intention coupable de l'internaute aurait été révélée s'intéresse non pas à l'existence d'informations tangibles mais aux dispositions intellectuelles du prévenu ou, plus précisément, à son degré de connaissance sur l'outil logiciel. Si son expertise avait été telle qu'il ne pouvait prétendre ignorer le mode de fonctionnement du logiciel d'échange en *peer-to-peer* mettant, par défaut, les œuvres téléchargées en partage, le prévenu n'aurait pu échapper à la condamnation.

La décision du 8 décembre ne contredit guère d'autres jugements portant sur des faits quasi-similaires, tels que ceux du TGI de Bordeaux du 10 mai 2005 et du TGI de Nanterre du 6 février 2006¹⁹. Chacune de ces affaires a donné lieu à condamnation de l'internaute pour les actes de mises à la disposition du public. Mais dans les deux causes, les juges ont cherché à savoir si l'internaute était ou non un « utilisateur averti ».

Dans le cas de Bordeaux tout d'abord, les juges avaient estimé que l'utilisateur des logiciels *Kazaa* ou *eMule* ne pouvait ignorer que ceux-là donnaient lieu à un partage simultané des fichiers en cours de téléchargement, dès lors que cette particularité « est énoncée lors du téléchargement de ces deux applications ». Le tribunal bordelais avait donc recherché à savoir si l'internaute en question était ou non une personne avertie. Ceci étant, comme le fait très justement remarquer Florence Gaullier²⁰, cette motivation est inexacte puisque le logiciel de *Kazaa* ne présente pas une telle particularité (à savoir le partage simultané au téléchargement) et que celle-ci n'est nullement mentionnée dans les documents contractuels d'*eMule*.

Dans le cas de Nanterre, les juges ont relevé que l'internaute était un ingénieur informaticien et qu'« il ne pouvait ignorer que ce type de logiciel reproduit les fichiers reçus automatiquement dans le dossier partagé du disque dur de l'utilisateur ». Les juges en ont conclu que l'« élément intentionnel de l'infraction est également constitué »²¹.

¹⁹ TGI Bordeaux, 10 mai 2005, RLDI 2006/3, n°397, obs. Gaullier F. ; TGI Nanterre, 6 février 2006, <[juriscom.net](http://www.juriscom.net)>.

²⁰ Gaullier F., « Bordeaux : une étape décisive pour le peer-to-peer ? », RLDI, mars 2006, n°14, p. 20.

²¹ TGI Nanterre, 6 fév. 2006, Ministère Public c/ Cédric C., <[juriscom.net](http://www.juriscom.net)>.

Cette inclinaison jurisprudentielle consistant à écarter la présomption de mauvaise foi doit toutefois être tempérée par la décision du TGI de Bayonne du 15 novembre 2005. Dans cette affaire, les juges basques n'ont certes pas totalement ignoré l'élément intentionnel du délit, puisqu'ils l'ont évoqué, mais la démonstration entreprise nous renvoie vers la présomption de mauvaise foi. Les juges ont en effet estimé que « *en se connectant sur le logiciel KAZAA, qui est par essence un logiciel d'échange de fichiers, le prévenu ne pouvait ignorer qu'il mettait à la disposition d'autrui ses propres fichiers ; qu'en effet, il n'est pas indispensable d'être un internaute averti pour apercevoir à l'écran la mention "mon dossier partagé" ; que Monsieur T. a donc volontairement partagé, sans l'autorisation des producteurs, des copies de titres musicaux, elles-mêmes offertes de façon illégale* ». Dans ce cas précis, comme le fait remarquer Thierry Maillard, l'intentionnalité a donc bien été déduite de la matérialité des faits²².

Nous pensons cependant qu'il est contraire aux principes du droit pénal et à celui des droits de la défense de procéder ainsi²³. Malgré ses inévitables imperfections, la décision du TGI de Paris du 8 décembre 2005 doit en revanche être approuvée. La démarche entreprise par les juges parisiens, qui consiste à rechercher concrètement l'élément intentionnel du délit de contrefaçon, ne menace nullement les droits exclusifs dès lors que celle-ci peut aussi bien aboutir à la relaxe, comme en l'espèce, qu'à la condamnation comme à Bordeaux ou Nanterre.

Cette conclusion nous conduit à porter un regard critique sur l'innovation envisagée par le législateur pour sanctionner les adeptes du *peer-to-peer* par des peines de contravention de 38 euros, applicables aux actes de reproduction par téléchargement, et de 150 euros applicables aux actes de communication au public qui découlent automatiquement de ce téléchargement²⁴ (cette dernière amende pourrait concerner, par exemple, les actes de communication au public des fichiers en cours de téléchargement et que l'internaute ne peut interrompre, comme cela est le cas avec des logiciels *eMule* et *Bittorrent*).

Ce système paraît certes plus clément à l'égard de ceux qui, effectuant des actes de mise à la disposition du public résultant du téléchargement, encourent aujourd'hui les peines prévues en matière de contrefaçon. Mais il permettra de sanctionner automatiquement tous les internautes ayant commis de tels actes, sans que ces derniers ne puissent bénéficier de l'exception pour copie privée et/ou démontrer leur bonne foi. En effet, la contravention n'est, par nature, constituée que par la seule matérialité de l'acte.

Par ailleurs, la loi ne précise pas le critère qui permet de générer la peine d'amende. Le sera-t-elle pour le seul fait d'avoir téléchargé à partir d'une source illicite ? Le sera-t-elle pour un certain nombre de mega-octets téléchargés ? Le sera-t-elle pour chacune des œuvres reproduites par téléchargement ?

Une interprétation stricte du projet loi nous laisse présager que la peine d'amende serait générée pour chacune des reproductions individualisées qui serait constatée. Ainsi, un internaute sur le disque dur duquel on constatera (comment ? la loi ne le dit pas non plus) que 10 000 fichiers ont été reproduits par téléchargement, et/ou ont simultanément été mis à la disposition du public, encourt au total de 380 000 à 1 500 000 € d'amende ! Pour mémoire, la peine d'amende maximale prononcée jusqu'à présent à l'encontre d'internautes partageurs est de 3000 € ferme pour un nombre de fichiers équivalents²⁵. N'est-il pas étonnant que ce projet de texte ait été présenté comme « plus favorable » aux internautes ?

²² TGI Bayonne, 15 nov. 2005, <[juriscom.net](http://www.juriscom.net)>, RLDI 2006/1, n°338, obs. Thierry Maillard.

²³ Sauf à contrevenir aux principes visés par l'article 6-1 de la Convention européenne des Droits de l'Homme de présomption d'innocence et d'un procès équitable.

²⁴ Article 24 du projet de loi sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information définitivement adopté le 30 juin 2006 : <http://www.assemblee-nationale.fr/12/ta/ta0596.asp> (ancien article 14 bis du projet adopté le 10 mai 2006 au Sénat : <<http://www.senat.fr/leg/tas05-088.html>>). Ce projet fait actuellement l'objet d'un recours devant le Conseil constitutionnel. Le montant des amendes a été évoqué par le Ministre de la Culture mais n'est pas définitivement fixé.

²⁵ TGI Pontoise, 2 fév. 2005, <[juriscom.net](http://www.juriscom.net)>, RLDI 2005/3, n°80, obs. Macrez F., D. 2005, p. 513, note Caron C. ; D. 2005, p. 849, note Rojinsky C. et Canevet S.

Enfin, et c'est là le plus inquiétant, absolument rien n'est dit sur la manière dont le constat d'infraction sera dressé, ni par qui il sera effectué. On ne sait pas non plus si la surveillance des œuvres ou des internautes sera généralisée sur l'ensemble du réseau français ou ciblée en fonction de critères précis.

Ces quelques « détails » seront précisés par décret en Conseil d'Etat. Mais, quels que soient les choix qui seront pris, le succès de l'opération risque bien d'être mis à mal par les évolutions technologiques. De nombreux réseaux permettent d'ores et déjà d'encrypter les œuvres et d'anonymiser les personnes qui échangent. La répression a déjà deux wagons de retard sur les pratiques. Gageons qu'elle en aura davantage lorsque ces décrets sortiront.