

Capsule

**De la copie à l'anticopie,
réflexions sur un droit d'auteur
en pleine mutation...**

Sulliman Omarjee*

1. Introduction	167
2. La copie privée, une exception au droit d'auteur	168
3. L'anticopie, un « dispositif » aux enjeux controversés	170
4. Vers un droit d'auteur privé de copie ?	173
5. Conclusion.	174

© Sulliman Omarjee, 2004

* Juriste de Propriété Intellectuelle et droit des NTIC, DEA de Droit des Créations Immatérielles – LL.B.

1. Introduction

Photocopies, photographies, double de cassette audio voire vidéo, aujourd'hui gravures, numérisations..., l'acte de copier, entendu dans le sens courant de « faire une copie de quelque chose », est très certainement l'un des plus fréquents que nous réalisons dans notre quotidien. En général, ces copies sont destinées à notre usage personnel, et la pléiade d'appareils copieurs sans cesse plus performants nous permet d'obtenir des copies extrêmement fidèles au document original. La magie de la numérisation franchit un pas supplémentaire en offrant des copies de qualité quasi identique (le cd gravé par rapport à celui doublé sur cassette qui est de qualité moindre par exemple).

Pourtant, le droit de copier est une prérogative appartenant exclusivement à l'auteur de la création copiée lorsque cette dernière remplit les conditions de protection par le droit d'auteur ; on parle de *droit de reproduction*. L'article L 122-5 du Code de Propriété Intellectuelle aménage toutefois une exception dite de « copie privée » lorsque ces copies sont réalisées pour l'usage exclusif du copiste, encore faut-il que ce dernier ait acquis licitement l'œuvre concernée¹. En dehors de ce cas, la copie non autorisée constitue une contrefaçon en vertu des articles L 335-2 et suivants du même code.

Le bouleversement lié au développement des nouvelles technologies a placé la copie privée au cœur d'importantes interrogations quant à son fondement, son avenir. Fortement sollicitée, elle est en même temps profondément remise en cause : la multiplication de copies non autorisées en particulier sur Internet ébranle ses mécanismes. Les détenteurs de droits appellent à sa « redélimitation » et brandissent face à elle une sorte de double négatif, l'anticopie. Cette opposition copie / anticopie aboutit à une réforme du droit d'auteur au sein de ce que l'on appelle aujourd'hui la société de l'information.

1. L'exception de copie privée ne s'applique pas au cas particulier du logiciel, pour lequel un régime juridique spécial existe avec pour seule exception une copie unique dite de sauvegarde.

2. La copie privée, une exception au droit d'auteur

Exception au monopole du droit d'auteur², la copie privée doit donc être entendue de manière restrictive. Elle permet de réaliser des copies d'une œuvre protégée par un droit d'auteur sans avoir à requérir d'autorisation de la part du détenteur des droits. En d'autres termes, si j'achète l'album cd du dernier chanteur à la mode, le détenteur des droits d'auteur sur cet album ne peut m'interdire d'en faire des copies dès lors que ces copies sont pour mon usage strictement personnel : par exemple doubler le cd sur une cassette afin de l'écouter sur mon autoradio, ou encore le numériser en format mp3 afin de l'écouter sur mon lecteur mp3 portatif ou mon ordinateur. Le texte exclut expressément toute utilisation collective desdites copies : je ne puis donc en théorie prêter l'œuvre ou les copies que j'ai pu licitement en réaliser à mes amis pour que ceux-ci à leur tour puissent faire d'autres copies.

En réalité la copie privée peut couvrir un champ d'application encore plus vaste, dû en grande partie à l'imprécision de la notion de copiste : s'agit-il de celui qui offre les moyens de copier, de celui qui commande une copie, ou encore de celui qui réalise lui-même la copie ?

Dans ce dernier cas, tout le monde pourrait arguer du bénéfice de l'exception de copie privée sans jamais avoir à s'acquitter du prix de l'œuvre ou de ses modalités d'accès : par exemple Pierre et moi copions tous deux l'album cd de la *star academy* à partir du cd original que notre ami Paul a acheté au supermarché ; qu'il s'agisse de Pierre, Paul ou de moi, nous serions tous les trois copistes et pourrions invoquer le bénéfice de l'exception de copie privée. La jurisprudence ne partage cependant pas ce point de vue, bien que ces pratiques soient très répandues : elle n'a pas hésité à rappeler que le bénéfice de la copie privée ne pouvait profiter qu'à celui qui avait acquis licitement l'œuvre³.

Toutefois, pour compenser le manque à gagner sur ces copies dites « incontrôlables », a-t-on également créé une *rémunération pour*

2. L'article L.122-5 aménage plusieurs exception au monopole du droit d'auteur parmi lesquelles figure la copie privée (représentation privée, droit de citation, parodie...), encore faut-il satisfaire aux conditions d'application respectives de chacune de ces exceptions.

3. Cass. Crim., 4 janv. 1991 : ne peut invoquer le bénéfice de l'exception légale celui qui prête à des tiers des copies de films qu'il a réalisées, abandonnant par là la maîtrise de leur reproduction à d'autres que lui.

copie privée qui consiste en une taxe prélevée sur tous les supports susceptibles d'accueillir lesdites copies : cassettes audio et vidéo vierges, tout récemment les cd vierges, et le débat actuel porte sur l'application ou non de la taxe sur les disques durs (sujet hautement sensible !). Les sommes perçues sont versées aux sociétés d'auteurs qui les redistribuent ensuite aux auteurs en fonction du classement des meilleures ventes.

Le bouleversement créé par l'Internet, et notamment l'apparition des systèmes de partage de fichiers (*peer to peer*) dont le célèbre Napster, en dépit de son serveur central, est incontestablement le pionnier, ont provoqué une remise en cause de l'existence même de la copie privée : grâce à des formats de compression révolutionnaires (le mp3 et le divx pour ne citer que les plus populaires), la musique, les dvds sont dématérialisés et rendu accessibles à des communautés d'internautes via le Web. Le copiste prend ainsi le visage de millions d'internautes anonymes et de nationalités différentes, situés n'importe où dans le monde !

L'usage de la copie initiale qui a été rendue accessible sur le net, n'est dès lors plus réservée à l'usage exclusif du copiste puisque des millions d'internautes vont pouvoir y accéder ; il s'agit alors d'une diffusion non autorisée par le détenteur des droits sur l'œuvre originelle.

C'est sur cette base (la diffusion non autorisée d'une œuvre protégée) que de nombreuses actions judiciaires ont été engagées aussi bien en France qu'à l'étranger, visant à sanctionner les diffuseurs pour *contrefaçon de droit d'auteur*. En dépit de leurs succès⁴, ces actions ne parviennent pas à enrayer la véritable banalisation de la diffusion de ces copies non autorisées. Tout au plus parviennent-elles à la limiter. On assiste en fait à une véritable révolution non seulement technologique mais également des mentalités, ou la logique de la gratuité viendrait supplanter celle de la commercialisation des œuvres.

Pourtant, il est tout à fait légitime que les artistes soient rétribués pour leur effort créatif et c'est bien au droit de la protection des

4. TGI Paris, réf., 14 août 1996, Aff. *Brel* : la mise à disposition sur un site Internet d'œuvres protégées sans autorisation des auteurs ne peut être considérée comme relevant de l'usage privé dès l'instant où cela permet à tout tiers qui le désire de « visiter » les pages en cause ; également : Paris, réf., 5 mai 1997 ; enfin, à propos du fameux format mp3 : TGI Montpellier 24 sept. 1999.

œuvres, qu'on l'appelle copyright ou droit d'auteur, qu'il appartient de trouver le point d'équilibre entre ces deux enjeux antagonistes.

C'est ici qu'apparaissent les dispositifs anticopies...

3. L'anticopie, un « dispositif » aux enjeux controversés

Les mesures techniques ou dispositifs anticopies sont des dispositifs permettant de limiter les possibilités de reproduction d'une œuvre protégée par un droit d'auteur. En clair, il s'agit de restreindre les possibilités de copies par exemple d'un cd : nombre limité de copies ou encore impossibilité de numériser les plages du cd, voire de le lire sur un autoradio ou un ordinateur.

Après l'échec aux États-Unis des tentatives de condamnation des moyens de copie eux-mêmes, ces mesures sont apparues comme une alternative technique pour tenter d'enrayer les facilités déconcertantes de reproduction offertes par la technologie. En effet, en 1984, le lobby américain du copyright avait tenté d'interdire la vente du magnétoscope Betamax au motif que cette technologie permettait la contrefaçon d'œuvres protégées. Dans une décision mythique qui fait jurisprudence depuis, la juridiction américaine considéra qu'une technologie pouvant permettre la reproduction légale ou pas d'œuvres protégées ne pouvait être interdite dès lors que le fabricant ne disposait d'aucun pouvoir de contrôle sur l'utilisation faite de cette technologie par les utilisateurs⁵.

Ainsi, à défaut de pouvoir interdire les technologies de copie, on limite les possibilités de copies des œuvres elles-mêmes.

Pourtant, malgré leur sophistication, les dispositifs techniques finissent en général toujours par être « craqués » (c'est-à-dire désac-

5. *Sony Corporation of America c. Universal City Studio Inc.*, 464 U.S. 417 (1984) : cette jurisprudence a été par la suite abondamment invoquée, notamment lors de l'affaire *Napster* où elle a été jugée inapplicable : l'existence d'un serveur central permettait aux détenteurs des droits sur la technologie Napster d'exercer un contrôle sur l'utilisation faite par les utilisateurs et d'imposer un filtrage. À l'inverse, cette jurisprudence a été accueillie avec succès dans l'arrêt rendu le 15 juin 1999 par la Cour d'appel du 9^e circuit dans *RIAA c. Diamond Multimedia Systems, Inc.* en ce qui concerne la légalité du premier baladeur mp3, le RIO. Enfin, cette jurisprudence a été suivie en Grande-Bretagne à propos du radio double cassette dans une décision, *Amstrad Consumer Electronics Plc c. British Phonographic Industry Ltd.*, (1985), [1986] 12 F.S.R. 159 (Ch. D.) ; conf. (1985), [1986] 12 F.S.R. 159-201, 98 N.R. 383 (C.A.).

tivés, parfois avec une simplicité déconcertante) par un internaute astucieux qui ne manquera pas de diffuser cette information sur le Net, ce qui rend l'efficacité de ces dispositifs bien éphémère.

La directive européenne *Droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information* du 22 mai 2001 a modifié cette situation en consacrant la protection de ces mesures : *désormais, les dispositifs anticopies sont protégés et leur contournement par quelques moyens que ce soit y compris la communication d'information permettant de le faire, constitutif de contrefaçon.*

Cette directive peut être considérée comme l'équivalent européen du *Digital Millenium Copyright Act 1998* américain qui prône des mesures similaires.

On se rend compte de la *difficile conciliation* de ces dispositifs avec l'exception de copie privée : en effet la présence d'un dispositif anticopie peut empêcher la réalisation d'une copie privée qui elle est pourtant légitime ; l'utilisateur qui contournerait un dispositif anticopie dans le but de réaliser une copie pour son usage strictement personnel comme la loi le lui permet serait-il alors coupable de contrefaçon ? Bien que la directive européenne précise que les mesures techniques ne doivent pas empêcher la réalisation des exceptions prévues par le droit d'auteur, en pratique, on ne peut s'empêcher de se demander comment on fait.

Certes, on peut arguer qu'en permettant par exemple qu'un cd audio puisse être doublé sur une cassette audio avec une qualité moindre et non gravé sur un autre cd avec une qualité identique, l'exception de copie privée serait malgré tout préservée. Toutefois un peu de réalisme s'impose : les supports traditionnels comme les cassettes audio ou vidéo sont appelés à progressivement s'effacer au profit des supports nouveaux, offrant plus d'avantages compte tenu des technologies nouvelles.

Il est donc fortement regrettable que la directive ne se soit pas plus « mouillée » en précisant comment cette conciliation pouvait en pratique s'opérer, préférant renvoyer aux États membres le soin délicat de l'organiser avec beaucoup de latitude (ce qui peut donner lieu à beaucoup de disparités).

C'est ainsi que nos tribunaux français ont eu à connaître déjà de cette difficulté dans les récentes affaires *Liane Foly* et *Alain Souchon* : les albums cd de ces artistes étaient vendus avec une

étiquette signalant simplement la présence d'un dispositif limitant les possibilités de copies mais n'en précisant pas l'étendue. Les cd ne pouvant être lus sur certains types d'appareils, en l'occurrence un autoradio, les juges ont condamné le manque d'information à ce propos.

Dans la première affaire, le Tribunal de grande instance de Nanterre, en vertu du droit de la consommation, a considéré que la société EMI Music France s'était rendue coupable de *tromperie* en n'informant pas le consommateur de la possible inaptitude du CD de Liane Foly « Au fur et à mesure » à être lu sur certains lecteurs⁶.

Beaucoup plus téméraire est la deuxième décision qui retient que l'impossibilité de lire le cd d'Alain Souchon « J'veux du live » sur l'autoradio d'une Renault Clio alors qu'il fonctionne sur un poste de radio ou une chaîne hi-fi constitue un *vice caché* au sens de l'article 1641 du Code civil⁷. Cette décision peut être lourde de conséquences car ouvrant la porte à des contentieux aussi bien absurdes que dangereux : en effet, on pourrait très bien sur cette base envisager de poursuivre également Renault pour vice caché de son autoradio parce qu'il ne permet pas de lire le cd en cause. Similairement, comme le remarquent judicieusement certains commentateurs⁸, les dernières générations d'autoradios peuvent lire les cd malgré la présence de dispositifs anticopies ; dans ce cas les constructeurs automobiles courent-ils aussi le risque d'être poursuivis pour le contournement d'une mesure technique ?

Ce sont certainement ces considérations importantes qui ont fait que la même juridiction ait durci sa position pour deux dernières affaires aux faits pourtant similaires à peine un mois plus tard : le tribunal a refusé de condamner la présence de dispositifs anticopies pour défaut de valeur probante du constat d'huissier faisant état de l'impossibilité de lecture des cd en cause sur un autoradio. Désormais, pour être recevable, le constat d'huissier doit démontrer que le défaut soit réellement imputable à l'autoradio ou le cd lui-même, notamment en utilisant un autoradio standard⁹.

6. TGI Nanterre, 24 juin 2003, aff. *Liane Foly*.

7. TGI Nanterre, 2 septembre 2003, aff. *Alain Souchon*.

8. Voir la brève relative à la décision précitée *Alain Souchon* sur le site www.legalis.net/jnet.

9. TGI Nanterre, 2 octobre 2003, aff. *BMG* et aff. *Sony*.

Il ne faut cependant pas se méprendre : ces décisions se fondent toutes sur des règles autres que celles du droit d'auteur, ce qui témoigne de l'embarras des juges...

Enfin, une dernière question de poids subsiste : l'existence d'un dispositif anticopie est-elle compatible avec la perception de la fameuse rémunération pour copie privée ? La logique voudrait que non mais il faut reconnaître que pour le moment le problème, comme la part du gâteau, ... reste entier !

4. Vers un droit d'auteur privé de copie ?

Présenté par le précédent ministre de la Culture Jean Jacques Aillagon après étude du Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique, le projet de loi relatif au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information est chargé de transposer la directive européenne du 22 mai 2001 précitée dans notre législation nationale. Les termes de ce projet de loi remodelent considérablement la face de notre droit d'auteur français.

Comme prévu, il offre un arsenal nouveau de règles permettant aux détenteurs de droits de mieux préserver les fruits de leurs créations : les mesures techniques sont protégées et tout contournement de ces dernières, aussi bien par désactivation que par la communication d'information ou la fourniture de moyens permettant de réaliser la désactivation, est constitutif de contrefaçon.

L'envers du décor est la restriction considérable du champ d'application de l'exception de copie privée. Réduite à un minimum vraisemblablement de deux et « sous réserve de ne pas porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur », la copie privée se voit désormais contrainte de coexister avec les mesures de protection technique d'une œuvre. Confinée à son plus pur statut d'exception, c'est un véritable *régime juridique de l'anticopie* qui est ici consacré : une fois le nombre minimum de copies privées atteint, l'utilisateur devra sans doute payer chaque reproduction supplémentaire qu'il désirerait, ce qui correspond à un système de *pay per use*. Jusqu'à présent le droit d'auteur offrait aux consommateurs un rapport direct avec l'œuvre ; le nouveau système conduit à intercaler entre eux et l'œuvre les mesures techniques.

Par ailleurs, nulle part le projet de loi ne se prononce sur l'importante question de la compatibilité de l'existence de dispositifs anticopies avec la perception de la rémunération pour copie privée, ce qui est fortement regrettable.

5. Conclusion

Si la préservation des droits des créateurs à travers la lutte contre la contrefaçon est un objectif louable et justifié, il est dommage qu'elle se traduise par une telle restriction de la sphère de copie privée. Ainsi redélimitée qu'en reste-t-il réellement ? Les premiers à en supporter le prix sont les consommateurs moyens qui ne sont pas forcément des utilisateurs abusifs du droit de copie ; ils se voient imposer une restriction de leur liberté individuelle dans leur relation avec les œuvres de l'esprit alors même que la majorité d'entre eux est souvent loin d'appréhender les abus aujourd'hui possibles avec les nouvelles technologies.

Plutôt que de brandir le bâton des mesures techniques, n'aurait-il pas été plus judicieux de se résoudre finalement à poursuivre l'élargissement de la fameuse rémunération pour copie privée aux nouveaux supports, en particulier les disques durs ? Certes, cette idée déplaît aux consommateurs mais ceux-ci doivent quand même reconnaître que le disque dur est particulièrement propice à accueillir, volontairement ou pas, la prolifération de contrefaçons disponibles sur le Net. Cet abus de copie risque aujourd'hui de tuer l'exception de copie privée avec l'émergence du droit de l'anticopie. À choisir entre les deux, l'extension de la rémunération pour copie privée sur les disques durs aurait pu au final se révéler beaucoup moins douloureuse que la levée de mesures techniques...

Néanmoins, cette légalisation des dispositifs anticopies traduit aussi la faculté de notre droit à pouvoir épouser le cybermonde alors même que certains en doutaient aux débuts de l'Internet grand public : John Pery Barlow, l'un des gourous de l'Internet libre, avait en effet déclaré à l'époque que s'agissant du cybermonde, les règles juridiques du monde réel ne pouvaient avoir de place dans l'univers virtuel.

Aujourd'hui, la « technologisation » de notre droit avec l'exemple des mesures techniques démontre qu'au contraire nos sociétés occidentales se sont orientées vers *une civilisation de l'accès* telle que

dépeinte par l'économiste américain Jeremy Rifkin : une civilisation où les matières premières ne sont plus des biens matériels tels que le charbon ou l'acier mais plutôt la faculté de pouvoir accéder à tel ou tel service¹⁰. Apparaissant comme un verrou de sécurité conditionnant désormais l'accès à l'œuvre, ce droit nouveau de l'anticopie est emblématique de cette nouvelle ère : une ère où de première, la matière est devenue grise et les propriétés intellectuelles... « incontournables » !

10. J. Rifkin, *The Age of Access*, L'Harmattan 2000.