

*Capsule*

## **Droit d’auteur, copie privée et responsabilité pénale**

**Asim Singh et Thomas Debiesse\***

1. Mise en contexte. . . . .	351
2. Un arrêt de procédure écartant une question de la licéité de la source qui, en tout état de cause, est indifférente . . .	353
2.1 La copie privée et le téléchargement en ligne . . . . .	353
2.2 Illicéité de la source et exception . . . . .	353
3. Un pourvoi qui nécessite de poser la question des autorisations nécessaires pour la mise à disposition d’œuvres protégées sur les réseaux P2P . . . . .	358

---

© Asim Singh et Thomas Debiesse, 2006.

\* Avocats au Barreau de Paris, spécialistes en propriété intellectuelle, tous deux du cabinet parisien Sokolow Carreras & Associés.

## 1. Mise en contexte

À la lecture de l'arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 30 mai 2006, cassant l'arrêt de la Cour d'appel de Montpellier ayant conclu à la relaxe d'un « peer2peeriste » du chef de contrefaçon, il a pu être conclu, un peu vite, que l'exception de copie privée prévue à l'article L.122-5 du Code de la propriété intellectuelle n'avait pas lieu de s'appliquer à la matière décidément très discutée du téléchargement en ligne d'œuvres protégées par le droit d'auteur.

Rappelons que, dans cette affaire, le dénommé Aurélien D. avait gravé sur CD-Rom 488 films pour partie téléchargés sur « des sites Internet » et qu'il en avait fait profiter, selon ses propres déclarations, lui-même et « deux ou trois copains », sans pour autant les vendre ou les échanger.

À la suite d'une plainte avec constitution de partie civile, notamment par la plupart des « majors » de l'industrie cinématographique<sup>1</sup>, le Tribunal de grande instance de Rodez a relaxé l'internaute du chef de contrefaçon le 13 octobre 2004, en estimant que « la preuve d'un usage autre que strictement privé tel que prévu par l'exception de l'article L.122-5 du Code de la propriété intellectuelle par le prévenu des copies qu'il a réalisées n'appar[âit] pas rapportée ».

La Cour d'appel de Montpellier, dans un arrêt très commenté du 10 mars 2005<sup>2</sup>, a confirmé le jugement entrepris.

- 
1. 20th Century Fox Home Entertainment France, 20th Century Fox Film Corporation, Buena Vista Home Entertainment, Gaumont Columbia Tristar Home Vidéo, Columbia Pictures Industries Inc., Tristar Pictures Inc., Disney Entreprises Inc., Paramount Pictures Corporation, Paramount Home Entertainment France, Dreamworks, Warner Bros Inc., Warner Bros France, Universal City Studios LLLP, Universal Pictures Vidéo France et MGM Entertainment Co. ainsi que la Fédération nationale des distributeurs de films et le Syndicat de l'Édition Vidéo.
  2. Voir, entre autres, les commentaires de : C. Caron, JCP G, 24, 15 juin 2005, p. 1130 ; G. Kessler, D.2005, Jur., p. 1294 ; P. Sirinelli, Propr. Intell. 2005, 14, p. 56 ; I. Wekstein, Légipresse 222, Juin 2005, p. 120.

En rappelant dans un premier temps que « aux termes des articles L.122-3, L.122-4 et L.122-5 du Code de la propriété intellectuelle, lorsqu'une 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 », la Cour a en effet constaté que « le prévenu [avait] déclaré avoir effectué les copies uniquement pour un usage privé », « qu'il n'[était] démontré aucun usage à titre collectif », et que « tout au plus le prévenu [avait] admis avoir toutefois regardé une de ces copies en présence d'un ou deux copains et avoir prêté des CD gravés à quelques copains ».

Elle en a déduit que l'on ne « [pouvait] déduire de ces seuls faits que les copies réalisées ne l'[avaient] pas été en vue de l'usage privé visé par le texte ».

Sur pourvoi, la Cour de cassation a cassé la décision montpelliéraine, en jugeant, au visa de l'article 593 du *Code de procédure pénale*, que :

en se déterminant ainsi, sans s'expliquer sur les circonstances dans lesquelles les œuvres avaient été mises à disposition du prévenu et sans répondre aux conclusions des parties civiles qui faisaient valoir que l'exception de copie privée prévue par l'article L. 122-5, 2<sup>o</sup>, du Code de la propriété intellectuelle, en ce qu'elle constitue une dérogation au monopole de l'auteur sur son œuvre, suppose, pour pouvoir être retenue, que sa source soit licite et nécessairement exempte de toute atteinte aux prérogatives des titulaires de droits sur l'œuvre concernée, la Cour d'appel n'avait pas justifié sa décision.

C'est donc bien d'un arrêt « de procédure » qu'il s'agit, qui ne se prononce pas sur le fond et laisse l'appréciation de l'incidence de la licéité de la source aux juges de la Cour d'appel d'Aix en Provence, devant lesquels l'affaire a été renvoyée. Il nous semble cependant que, comme l'a déjà laissé entendre la jurisprudence, la question de la licéité de la source devrait être indifférente.

Cette question évacuée, restera à déterminer, comme l'ont souligné les demandeurs au pourvoi dans un moyen auquel la Cour de cassation n'a pas répondu, l'ensemble des autorisations que l'internaute se devrait d'obtenir afin de profiter en paix des réseaux P2P.

## **2. Un arrêt de procédure écartant une question de la licéité de la source qui, en tout état de cause, est indifférente**

### **2.1 La copie privée et le téléchargement en ligne**

L'arrêt rendu par la Cour de cassation, loin de se prononcer sur l'application de l'exception de copie privée au téléchargement en ligne, ne doit s'analyser que comme un simple rappel des grands principes de la procédure pénale.

C'est en effet bien au seul visa de l'article 593 du *Code de procédure pénale* que la Cour casse la décision montpelliéraine, ledit article disposant, pour mémoire, que

Les arrêts de la chambre de l'instruction, ainsi que les arrêts et jugements en dernier ressort sont déclarés nuls s'ils ne contiennent pas des motifs ou si leurs motifs sont insuffisants et ne permettent pas à la Cour de cassation d'exercer son contrôle et de reconnaître si la loi a été respectée dans le dispositif. Il en est de même lorsqu'il a été omis ou refusé de prononcer soit sur une ou plusieurs demandes des parties, soit sur une ou plusieurs réquisitions du ministère public.

C'est d'ailleurs ce que la Haute Juridiction souligne clairement, en posant immédiatement après le visa de l'article 593, le principe suivant : « tout jugement ou arrêt doit comporter les motifs propres à justifier la décision et répondre aux chefs péremptoires des conclusions des parties ; [...] l'insuffisance ou la contradiction des motifs équivaut à leur absence ».

Ceci étant posé, la cassation s'imposait, en raison de l'omission par la Cour d'appel d'avoir répondu au moyen soulevé par les appelants relatif à la licéité de la source.

Il appartiendra donc aux magistrats de la Cour d'appel d'Aix en Provence de se prononcer sur cette question cruciale pour les *peer2-peeristes* comme pour les titulaires de droit.

### **2.2 Illicéité de la source et exception**

Cependant, quelle que soit la position qu'adopteront les magistrats provençaux, nous sommes d'avis que l'illicéité de la source ne doit pas constituer un obstacle au jeu de l'exception de copie privée et

ce, que le monopole auquel il serait dérogé par l'application de cette exception soit fondé sur des droits d'auteur (sur le fondement de l'article L.122-5 2<sup>3</sup>) ou des droits voisins d'artistes-interprètes ou de producteurs (sur le fondement de l'article L.211-3 2<sup>4</sup>).

C'est en ce sens que doit s'analyser la décision très commentée rendue par le tribunal de grande instance de Bayonne le 15 novembre 2005 lorsqu'elle estime, sans autre précision, que « en stockant sur le disque dur de son ordinateur des morceaux de musique, ou en les gravant sur les CD-Rom, le prévenu n'a fait qu'user de son droit d'établir une copie pour son usage personnel ».

C'est également en ce sens qu'avaient penché les magistrats bordelais, en jugeant dans une décision du 10 mai 2005 que « l'exception de copie privée peut être admissible dans les cas de copies de vidéogrammes et phonogrammes sous réserve que les œuvres aient déjà été divulguées, que l'utilisateur soit le copiste, que les copies ne soient pas destinées à une utilisation collective, l'article L.122-5 ne comportant pas de restriction sur l'origine de l'œuvre »<sup>5</sup>.

Cette lecture est en effet seule conforme à la lettre de la loi qui, comme le souligne le Professeur Lucas<sup>6</sup>, ne pose aucune condition quant à l'origine de la source de la copie. En toute logique, et conformément au principe de légalité des délits et des peines, il convient de ne pas ajouter une condition là où la loi ne distingue pas.

En outre, indépendamment de la question de l'analyse plus ou moins restrictive de la lettre des textes, il apparaît que la solution dégagée doit demeurer identique pour des raisons d'ordre probatoire. Pour admettre une distinction entre les actes de téléchargement selon qu'ils ont ou non une source licite, encore faut-il pouvoir déterminer la source exacte des œuvres téléchargées.

3. « Lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire : [...] 2° Les copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective, à l'exception des copies des œuvres d'art destinées à être utilisées pour des fins identiques à celles pour lesquelles l'œuvre originale a été créée et des copies d'un logiciel autres que la copie de sauvegarde établie dans les conditions prévues au II de l'article L. 122-6-1 ainsi que des copies ou des reproductions d'une base de données électronique ».
4. « Les bénéficiaires des droits ouverts au présent titre ne peuvent interdire : [...] 2° Les reproductions strictement réservées à l'usage privé de la personne qui les réalise et non destinées à une utilisation collective ».
5. Voir sur ce jugement le commentaire de M<sup>e</sup> Florence Gaullier, *Lamy Droit de l'Immatériel*, mars 2006, n° 14, p. 18 et s.
6. Voir A. LUCAS, note sous TGI Bayonne, 15 novembre 2005, dans *Propriétés Intellectuelles*, avril 2006, n° 19, p. 178 et s.

Or, en la matière, ceci pourrait relever de la *diabolica probatio*, pour reprendre l'expression de Cédric Manara<sup>7</sup>, faute pour l'internaute de pouvoir distinguer les sources autorisées par les ayants droit de celles qui ne le sont pas. Comme le précise par exemple cet auteur à propos de la décision de la Cour d'appel de Montpellier cassé par l'arrêt commenté, rien, dans cette espèce, n'indiquait avec certitude que les films gravés sur CD-Roms et en partie téléchargés sur Internet provenaient d'une source illicite.

La licéité (ou l'illicéité) de la source nous paraît donc bien devoir être indifférente dans l'analyse de la licéité des actes de téléchargement et de la possibilité pour les internautes « téléchargeurs » de revendiquer l'application de l'exception de copie privée.

Certes, cette position n'est pas partagée par certains auteurs qui, en se référant notamment à l'esprit de la loi, estiment que le législateur de 1957 avait entendu limiter le bénéfice de l'exception de copie privée aux seules personnes qui auraient acquis un exemplaire original de l'œuvre copiée.

Dans cette conception, la copie réalisée à partir d'une source illicite est ainsi elle-même illicite, par effet de « contamination », et, partant, elle ne pourrait bénéficier de l'exception de copie privée<sup>8</sup>.

C'est d'ailleurs la position développée par les demandeurs au pourvoi, qui estiment que :

l'exception de copie privée prévue par l'article L.122-5 2<sup>o</sup>) du Code de la propriété intellectuelle, en ce qu'elle constitue une dérogation au monopole de l'auteur sur son œuvre, suppose, pour pouvoir être retenue, que soit établi le caractère licite de sa source, laquelle doit nécessairement être exempte de toute atteinte aux prérogatives des titulaires des droits sur l'œuvre concernée [...]

Doit-on pourtant admettre que, dans l'hypothèse où, par exemple, une chaîne de télévision diffuserait une œuvre cinématographique sans l'autorisation des ayants droit, le téléspectateur qui enregistre ledit film sur son magnétoscope pour son usage privé puisse être poursuivi pour contrefaçon en raison de l'illicéité de la

7. C. MANARA, « Télécharger de fichiers au contenu protégé n'est pas illégal ! », (Paris, Dalloz, 2005), n° 12, p. 834.

8. C. CARON, note sous TGI Vannes, 29 avril 2004, dans Comm. Comm. Elec. 2004, n° 86.

source, sans pouvoir exciper du caractère strictement privé et non destiné à une utilisation collective de sa copie, et alors même qu'il n'est pas informé du caractère illicite de la diffusion du film par la chaîne ?

On conçoit bien, à travers cet exemple, que la prise en compte de la licéité de la source dans la mise en œuvre de l'exception de copie privée ne peut constituer une solution acceptable, au-delà même des questions de difficultés probatoires et du principe de légalité des délits et des peines.

Cette question écartée, l'internaute « téléchargeur » qui ne mettrait pas par ailleurs ses fichiers en partage<sup>9</sup> devrait donc pouvoir invoquer le bénéfice de la copie privée<sup>10</sup> et, ainsi, échapper aux poursuites qui pourraient être diligentées à son encontre sur le fondement de la contrefaçon des droits des auteurs, artistes-interprètes et producteurs.

Il convient toutefois, selon nous, de réserver deux hypothèses.

Tout d'abord, on peut s'interroger, à l'instar du législateur allemand, sur la possibilité d'invoquer « le droit à »<sup>11</sup> la copie privée lorsque la source de cette copie est manifestement illicite.

L'article 53 alinéa 1 de l'Urheberrechtsgesetz (Loi sur le droit d'auteur) dispose en effet à cet égard qu'il est licite pour une personne physique de confectionner quelques reproductions isolées d'une œuvre pour un usage privé, sur tout support, à condition que ce ne soit pas, directement ou indirectement, à des fins lucratives et que la reproduction ne soit pas effectuée à partir d'une source manifestement illicite.

---

9. À supposer que le logiciel P2P dont il se sert autorise une telle désactivation de la fonctionnalité « mise en partage ».

10. À condition également que le copiste soit l'utilisateur, ce qui nécessite une analyse approfondie de la qualité de copiste dans le téléchargement : est-ce le téléchargeur seul ou est-ce le téléchargeur *et* celui qui fournit la source ?

11. Pour reprendre les mots du Tribunal de grande instance de Bayonne. On rappellera que l'exception de copie privée n'est pourtant pas un droit. On mesurera que le sujet est sensible à la lecture de l'article 8 du projet de loi du 30 juin 2006 transposant la directive 2001/29 « Société de l'information », qui dispose que « Le bénéfice de l'exception pour copie privée [...] est garanti par les dispositions du présent article », écartant ainsi la formule initiale visant « Le droit au bénéfice de l'exception de copie privée ».

Cette position de compromis présente cependant le risque de se heurter, encore une fois, à une difficulté probatoire, liée à la notion de « manifestement illicite ». Comment en effet, en pratique, sur les réseaux P2P, identifier les œuvres manifestement mises à disposition aux fins de copie sans l'autorisation des ayants droit ?

Une telle difficulté permet, en tout état de cause, d'identifier la personne sur laquelle devrait reposer la charge de la preuve du caractère illicite de la source, à supposer qu'une telle preuve devienne l'une des conditions d'application de l'exception de copie privée. À la différence des conditions « traditionnelles » de l'exception, dont la preuve revient à celui qui l'invoque, en l'espèce l'internaute, il nous semble que la preuve de l'illicéité de la source (manifeste ou non) devrait être rapportée par l'ayant droit, demandeur à l'action en contrefaçon et seul à même de pouvoir distinguer avec certitude les sources licites de celles qui ne le sont pas.

Ensuite, il faut sans doute réserver la possibilité de retenir la qualification de recel<sup>12</sup>. À notre connaissance, cette infraction n'a, pour le moment, donné lieu qu'à des décisions de relaxe sur ce chef de prévention<sup>13</sup>, les juges estimant visiblement, et trop rapidement, que le bénéfice de l'exception de copie privée permettait d'écarter tant les poursuites du chef de contrefaçon que celles sur le fondement du recel.

Pourtant, comme le souligne le Professeur Lucas dans son commentaire du jugement du tribunal de grande instance de Bayonne<sup>14</sup>, « ce n'est pas parce que le prévenu peut s'abriter derrière l'exception de copie privée qu'il peut échapper à la condamnation pour recel. Les deux questions sont différentes ». Il nous semble que cette analyse doit être approuvée, s'agissant effectivement de deux infractions (la contrefaçon et le recel) recevant des définitions distinctes et pouvant être retenues indépendamment l'une de l'autre.

Ainsi, si la preuve devait être rapportée de la connaissance par le *peer2peeriste* de l'illicéité de la source, les juges devraient entrer

---

12. Article 321-1 du Code pénal : « Le recel est le fait de dissimuler, de détenir ou de transmettre une chose, ou de faire office d'intermédiaire afin de la transmettre, en sachant que cette chose provient d'un crime ou d'un délit. Constitue également un recel le fait, en connaissance de cause, de bénéficier, par tout moyen, du produit d'un crime ou d'un délit. »

13. Voir TGI Bayonne 15 novembre 2005 susvisé ; voir également TGI Paris, 8 décembre 2005, sur <www.juriscom.net>.

14. Voir note précitée.



en voie de condamnation sur le terrain du recel<sup>15</sup> et ce, en dépit des doutes que l'on peut légitimement nourrir quant à l'opportunité d'une telle qualification pour de « simples » échanges P2P, au regard de la lourdeur des sanctions attachées à l'infraction<sup>16</sup>.

Sous ces deux réserves près, et la question de la licéité de la source évacuée, il reste à déterminer l'ensemble des autorisations qui devraient être obtenues par l'internaute qui souhaiterait mettre à la disposition de ses pairs sur les réseaux P2P, en toute licéité, des œuvres protégées.

### **3. Un pourvoi qui nécessite de poser la question des autorisations nécessaires pour la mise à disposition d'œuvres protégées sur les réseaux P2P**

Au soutien du pourvoi, il était objecté que :

la fixation sur cédéroms d'œuvres téléchargées via internet, comme le fait de réaliser des copies à partir de ces mêmes cédéroms pour les prêter à des tiers ne sauraient en aucune manière entrer dans le champ d'application de l'article L. 122-5, 2<sup>o</sup>, susvisé en l'absence de la double autorisation nécessaire portant tout d'abord sur l'exercice du droit de représentation à travers la mise à disposition de l'œuvre cinématographique sur le réseau internet, puis de l'exercice du droit de reproduction tant à travers l'acte de téléchargement, lequel en l'espèce a été suivi de surcroît d'un acte additionnel de reproduction sur les cédéroms découverts chez le prévenu que de la copie effectuée par ce dernier de cédéroms établis dans les mêmes conditions et qui lui avaient été prêtés par des amis.

Bien que la Cour de cassation ne se soit pas prononcée sur ce point, les arguments soulevés par les demandeurs au pourvoi mettent l'accent sur les autorisations qui, selon eux, auraient été nécessaires à l'internaute *peer2peeriste* pour conférer un caractère licite à son utilisation du réseau P2P.

---

15. De manière constante, l'élément intentionnel du délit de recel est défini comme la connaissance de l'origine frauduleuse des objets recelés (voir Cass. Crim., 30 octobre 1978).

16. 5 ans d'emprisonnement et 375 000 euros d'amende. Voir sur ce point le commentaire de T. MAILLARD, « Retour aux sources (illicites) de la copie privée », *Lamy Droit de l'Immatériel*, janvier 2006, n° 12, p. 10 et s.

Il n'est pas sans intérêt, en effet, de se pencher sur cette question, notamment du point de vue de l'internaute « originel », à savoir celui qui constitue la source, licite ou non, des téléchargements ultérieurs.

On doit distinguer dans un premier temps, à n'en pas douter, un acte de reproduction effectué par l'internaute à travers la numérisation de l'œuvre à partir de son support d'origine, qui permet de fixer la copie de l'œuvre à télécharger sur le disque dur de l'ordinateur de l'internaute. Cette analyse nous paraît difficilement contestable, l'internaute réalisant bien une fixation matérielle de l'œuvre permettant de la communiquer au public d'une manière indirecte, conformément aux dispositions de l'article L.122-3 du Code de la propriété intellectuelle.

Les demandeurs au pourvoi affirment par ailleurs, de manière laconique, que « la mise à disposition de l'œuvre cinématographique sur le réseau Internet » manifeste « l'exercice du droit de représentation », lequel est soumis à l'autorisation préalable des ayants droit.

Cependant, l'analyse selon laquelle l'exploitation sur Internet (que ce soit par un serveur ou par un réseau P2P) met forcément en jeu le droit de représentation pêche, à notre sens, par sa généralité.

Rappelons que l'article 3 de la Directive dispose que « les États membres prévoient pour les auteurs le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire toute communication au public de leurs œuvres, par fil ou sans fil, y compris la mise à la disposition du public de leurs œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement ».

D'aucuns diront que la question est donc réglée par cet article 3, en faisant valoir que, dès qu'il y a mise à disposition d'une œuvre, de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement, il y a communication au public (ou représentation). Selon cette lecture de l'article 3, toute transmission interactive est, *ipso facto*, une communication au public ou représentation.

Or, cette analyse oublie un peu vite qu'en droit français, les définitions respectives de « représentation » et de « reproduction » se distinguaient autrefois par la référence à la communication *directe* au public (représentation) et à la communication *indirecte* au public (reproduction). Si l'adjectif « directe » a été supprimé de la définition

de « représentation », il n'en demeure pas moins que la reproduction reste définie par la communication indirecte au public de l'œuvre. Traditionnellement, cette communication indirecte s'effectuait par le truchement des supports commercialisés au public.

Or, lorsque l'œuvre nécessite un téléchargement préalable avant que l'on n'y accède, il y a reproduction sur le disque dur du téléchargeur. En fait, plutôt qu'une commercialisation des supports, il y a une transmission numérique de l'œuvre par voie de reproduction.

D'ailleurs, c'est précisément cette similitude avec le cas de distribution des supports physiques qui fait qu'en droit américain, le téléchargement est assimilé à la distribution immatérielle. Dans les deux cas, des reproductions de l'œuvre sont diffusées au public qui se trouve, *in fine*, propriétaire d'un exemplaire de l'œuvre (soit d'un support physique tel CD ou DVD, soit d'un fichier numérique stocké sur son disque dur).

La communication au public étant une partie intégrante des deux prérogatives de l'auteur en droit français, il nous semble logique de pouvoir appliquer la définition communautaire de « communication au public » au droit de reproduction.

En d'autres termes, la communication au public de l'article 3 étant le pendant du droit de représentation, il faut bien le comprendre comme visant les hypothèses de communication *directe* au public (incluant, bien sûr, l'interprétation par des interprètes et l'exécution des supports, mais à l'exclusion des communications *indirectes*, c'est-à-dire celles qui passent par la commercialisation des supports).

Selon cette lecture, la référence aux transmissions interactives à l'article 3 (accessibles de l'endroit et au moment que l'on choisit individuellement) doit s'entendre de celles qui sont *directement* accessibles. En revanche, les transmissions interactives qui ne sont qu'*indirectement* accessibles doivent être considérées comme des actes de communication indirecte et donc relever du droit de reproduction.

Si l'analogie avec la distribution des supports n'est pas parfaite, dans la mesure où le schéma de reproduction implique la fixation matérielle de l'œuvre *suivie* de la commercialisation des supports sur lesquels l'œuvre a été fixée, alors que le schéma de téléchargement implique la fixation matérielle de l'œuvre *au cours de* la distribution

immatérielle, il nous semble néanmoins que, dans les deux hypothèses, l'acte participe de la communication *indirecte* de l'œuvre.

Une transmission interactive à la demande (celle que l'on déclenche de l'endroit et au moment choisis individuellement) réalise, à n'en pas douter, un acte de communication au public. Toutefois, ce dernier peut être direct ou indirect ; dans le premier cas, il y a mise en œuvre du droit de représentation alors que, dans le second cas, il y a mise en œuvre du droit de reproduction.

Il n'y a communication directe que dans les cas où l'œuvre est mise à la disposition du public d'une manière (linéaire ou interactive) que le public y a un accès direct sans être obligé de passer par une reproduction préalable de l'œuvre.

Si l'analyse qui voit systématiquement un acte de représentation dès lors qu'il existe un acte de transmission interactive à la demande peut se prévaloir d'une lecture littérale de l'article 3 de la Directive, il nous paraît plus conforme à l'approche du droit français de distinguer, au sein des transmissions interactives à la demande, celles qui mettent le public en contact direct avec l'œuvre (représentation) et celles qui le font d'une manière indirecte (reproduction).

Il nous semble en outre que rien dans la rédaction de la Directive n'exclut une telle interprétation. Bien au contraire, si une lecture superficielle de cet article 3 semble *a priori* mettre dans l'orbite du droit de représentation *toute* mise à disposition interactive, une lecture plus attentive permet de constater que la mise à disposition dont il s'agit est celle qui permet un accès à *l'œuvre elle-même*.

Or, lorsqu'il y a mise à disposition par téléchargement nécessitant une reproduction préalable, il y a accès non à l'œuvre mais au fichier numérique contenant l'œuvre. Ce n'est *qu'après* téléchargement de ce fichier par l'internaute sur son disque dur (acte de fixation matérielle ou de reproduction) que l'œuvre – en tant que telle – devient accessible.

En conclusion, il nous semble que la seule autorisation nécessaire pour celui qui introduit une œuvre sur un réseau P2P (l'internaute « originel » par rapport à cette œuvre) est au titre du droit de *reproduction*<sup>17</sup>.

17. Quant au téléchargeur en aval, dans la conception que nous défendons, il aura la possibilité d'exciper du bénéfice de la copie privée (indépendamment du caractère licite ou non de la source) sous réserve que les conditions en soient réunies (œuvre

Le droit de représentation n'entrerait en jeu que dans l'hypothèse où ce réseau permettrait à l'internaute téléchargeur (en aval) d'accéder directement à l'œuvre (c'est-à-dire du *streaming*). Dans le cas plus courant d'un réseau fondé sur le pur téléchargement sans *streaming* (c'est-à-dire un *download* sur le disque dur du téléchargeur en aval sans possibilité d'écouter ou de visualiser l'œuvre), le droit de représentation n'est pas mis en jeu.

Est-ce faire preuve d'indulgence par rapport à l'internaute ayant introduit l'œuvre sur le réseau P2P ? Nous ne le croyons pas. L'analyse que nous proposons ne remet pas en cause le fait qu'une autorisation des ayants droit est indispensable pour que cette introduction puisse être qualifiée de licite. L'acte relève incontestablement des prérogatives patrimoniales de l'auteur, la seule question étant de laquelle : reproduction, représentation, ou les deux ?

Ainsi que nous l'avons expliqué, la nature du contact entre l'œuvre et le public que permet le réseau P2P classique (téléchargement sans *streaming*) nous conduit à récuser la pertinence du droit de représentation, tout en retenant l'idée que cette mise à disposition réalise bien un acte de communication *indirecte* au public, élément déterminant de la définition du droit de reproduction.