

*Vol. 18, n° 3*

**Mesures techniques de protection  
versus copie à usage privé : fin  
du feuilleton en France ?**

**Laurier Yvon Ngombé\***

Épisode I : Prologue . . . . .	533
Épisode II : Le « public » s'en mêle ? . . . . .	536
Épisode III : La jurisprudence s'emmêle ? . . . . .	539
Épisode IV : La doctrine se divise ? . . . . .	541
Épisode V : Happy End « législatif » ? . . . . .	543
Épisode VI : Épilogue . . . . .	546

---

© Laurier Yvon Ngombé, 2006.

\* Juriste, Docteur en droit.

**Synopsis :** *L'histoire du droit d'auteur est jalonnée de « querelles » conduisant le législateur à chercher un équilibre entre les intérêts, souvent antagonistes, en cause. Parmi les « querelles » actuelles, la « confrontation » entre l'exception de copie privée et les mesures techniques de protection (MTP) retient particulièrement l'attention<sup>1</sup>. Ce feuilleton passionne, autant par l'engouement médiatique qu'il suscite que par les questions juridiques qu'il pose ou repose. Le législateur, la doctrine et la jurisprudence y jouent évidemment les premiers rôles. Mais, acteurs généralement passifs, les usagers (le public) ne font pas de la simple figuration.*

### **Épisode I : Prologue**

Depuis l'adoption de la loi de 1793 reconnaissant aux auteurs « le droit exclusif de vendre, faire vendre, distribuer leurs ouvrages [...] », le droit de reproduction est consacré. Le créateur d'une œuvre de l'esprit a donc sur sa création *un droit exclusif*, opposable à tous. En 1957 est promulguée une nouvelle loi qui réaffirme le droit exclusif de l'auteur sur sa création. Le même texte prévoit aussi, cependant, en son article 41.2<sup>o</sup> que « l'auteur ne peut s'opposer aux copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective ». Cette disposition fait partie d'une liste exhaustive de « limitations » de l'étendue du droit exclusif de l'auteur.

Avant la promulgation de la loi, la doctrine avait admis une telle limitation du droit de reproduction. Néanmoins, elle soulignait déjà la difficulté qu'il y a à loger à la même enseigne toutes les catégories d'œuvres. Pouillet relevait, par exemple, que les œuvres d'arts figuratifs devaient être distinguées<sup>2</sup> des œuvres littéraires. Il admettait, pour ces dernières, la copie intégrale tant qu'elle était

- 
1. Nous laissons de côté la question du P2P ainsi que celle relative à la copie de logiciels.
  2. E. POUILLET, *Traité de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, 3<sup>e</sup> éd. (Paris, Maillard et Claro, 1908) n<sup>o</sup> 573.

dépourvue de toute intention de lucre<sup>3</sup>. Concernant les arts figuratifs, Pouillet admettait les copies élaborées pour étude et non celles qui procurent au « copiste » une satisfaction de même nature que la contemplation de l'original. Desbois partageait le même point de vue concernant les œuvres d'arts figuratifs. En revanche, une copie intégrale d'une œuvre littéraire ne pouvait, selon lui<sup>4</sup>, être admise « sans sourciller ». Il s'agissait alors de copies manuscrites.

La doctrine suggérait donc dès avant 1957 la circonspection quant à l'accueil de l'exception de copie privée. Certains auteurs avaient même déjà envisagé la question des copies réalisées au moyen de la technique, en relevant le risque accru d'une atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre<sup>5</sup>.

La jurisprudence antérieure à 1957 a également interprété de manière stricte la tolérance que constituait la copie à usage privé. Dans des litiges relatifs à des œuvres d'arts figuratifs, la copie intégrale a été considérée comme une contrefaçon, dans les cas où elle était destinée à procurer au copiste une « contemplation de même nature que l'original »<sup>6</sup>. La finalité de la copie était déjà prise en compte<sup>7</sup>. Ainsi les copies d'œuvre d'art réalisées pour des études étaient tolérées<sup>8</sup>.

Dès l'adoption de la loi, certains auteurs ont jugé « inconsidérée » l'extension par le législateur de 1957 de la « faculté » de copier pour usage privé au moyen des techniques modernes. Ainsi, Alphonse Tournier, dans un article consacré au *Bilan de la loi de 1957*, admet la copie privée manuscrite et estime que, compte tenu des moyens techniques de copie de l'époque, le législateur risquait en

- 
3. E. POUILLET, *Traité de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, 3<sup>e</sup> éd. (Paris, Maillard et Claro, 1908) n° 528 et s.
  4. H. DESBOIS, *Le droit d'auteur. Droit français, Convention de Berne révisée* (Paris, Dalloz, 1950), n° 293.
  5. M. SAPORTA, « Les reproductions mécaniques et leur usage privé », [oct. 1953] *Revue internationale du droit d'auteur* 65, spécialement à la page 75.
  6. Trib. Corr. La Seine, 27 juin 1919 « Ségard » : *Gaz. Trib.* 1919.2.275 ; *Ann. prop. ind. litt. et artist.* 1921, à la page 219 ; *Dr. auteur* 1923, à la page 114, obs. A. Vau-nois.
  7. Sur la frontière entre ce qui est aujourd'hui toléré et ce qui l'est moins concernant la finalité de la copie, voir particulièrement, P. Gaudrat et F. Sardain, « De la copie privée (et du cercle de famille) ou des limites au droit d'auteur », *Com. com. électr.* 2005, Etude n° 37 ; A. LATREILLE, « La copie privée démythifiée », *RTD com.* 2004, n° 3, à la page 403.
  8. Trib. Corr. La Seine, 15 janv. 1836 « Franceschi », cité par Pouillet, n° 528.

fait d'autoriser des copies collectives<sup>9</sup>. Le reproche émis par Alphonse Tournier revient en fait à dire que le législateur n'avait pas pris la mesure des risques qu'allaient constituer les nouveaux moyens de reproduction pour les intérêts des auteurs<sup>10</sup>. Sur d'autres points, le législateur a fait preuve de circonspection. Ainsi, la copie, bien que privée, des œuvres d'art est dans certains cas exclue<sup>11</sup>, comme le suggéraient Pouillet, et, après lui, Desbois.

La copie à usage privé, y compris par les moyens techniques, a, par la suite, de plus en plus été acceptée (ou plutôt tolérée) par la doctrine, tant qu'elle ne portait pas de préjudice « trop important » aux titulaires de droits. Or, l'importance de ce préjudice s'est de plus en plus avérée. Pour pallier cette atteinte aux intérêts légitimes de l'auteur, des systèmes de compensation ont dû être imaginés. Ainsi, en 1985, le législateur a prévu une rémunération pour copie privée dont bénéficient les auteurs, les artistes-interprètes et les producteurs (de phonogrammes et de vidéogrammes)<sup>12</sup>. Il n'existait alors que des supports analogiques. Par ailleurs, des mesures spécifiques ont également été prévues concernant la reprographie<sup>13</sup>.

À l'ère du numérique sont apparues les mesures techniques de protections permettant d'empêcher ou de limiter les copies. Les traités de l'OMPI<sup>14</sup>, puis la directive sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information (DADVSI)<sup>15</sup>, prévoient que

9. A. TOURNIER, « Bilan de la loi » [avril 1958] *Revue internationale du droit d'auteur* numéro spécial 73, spécialement à la page 95.
10. Dans une certaine mesure les faits lui ont donné raison.
11. Voir *Code de la propriété intellectuelle*, art. L. 122-5 2°.
12. Voir notamment H. ASTIER, « La copie privée. Deux ou trois choses que l'on sait d'elle », [avr. 1986] *Revue internationale du droit d'auteur* 113 ; Y. Gaubiac, « La rémunération pour copie privée des phonogrammes et vidéogrammes selon la loi française du 3 juillet 1985 » *RTD com.* 1986, à la page 491.
13. Voir A. LUCAS, « Le droit d'auteur français à l'épreuve de la reprographie », *JCP* 1990, I, 3428.
14. Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur et Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et le phonogrammes, adoptés le 20 décembre 1996. Sur ces textes, voir notamment J. De Werra, « Le régime juridique des mesures techniques de protection des œuvres selon les traités OMPI, le Digital Millennium Copyright Act, les directives européennes et d'autres législations (Japon, Australie) », [juill. 2001] *Revue internationale du droit d'auteur* 67 ; J.- L. GOUTAL, « Traité OMPI du 20 décembre 1996 et conception française du droit d'auteur », [janv. 2001] *Revue internationale du droit d'auteur* 101.
15. Voir notamment J. PASSA, « La directive du 22 mai 2001 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information », *JCP G* 2001, I, 331, aux pages 1261-1270 ; Ph. GAUDRAT, « Réflexions dispersées sur l'éradication méthodique du droit d'auteur dans la « société de l'information », *RTD com.* 2003, à la page 87 ; S. DUSSOLIER, « Les mesures techniques dans la directive sur le droit d'auteur dans la société de l'information », *Legicom* n°21, 2001/2, à la page 83.

les États membres doivent sanctionner les contournements de ces dispositifs ou systèmes de protection. Ce qui revient à prévoir au bénéfice des titulaires de droits un droit de contrôle ou de gestion de leurs œuvres sur les supports numériques<sup>16</sup>.

De nombreuses mesures techniques ont commencé à être insérées dans leurs exemplaires par les exploitants de supports audio et vidéo numériques, alors que la France n'avait pas encore transposé la directive européenne. La question de la copie privée n'a pas manqué, comme on pouvait s'y attendre, de se poser. Non sans difficulté, la jurisprudence a dû y répondre, avant l'intervention du législateur qui semblait atermoyer<sup>17</sup>. La tâche de la jurisprudence s'est révélée d'autant plus délicate que les « droits » du « public » ont été, avec beaucoup d'insistance, mis en avant.

### Épisode II : Le « public » s'en mêle ?

La reconnaissance du droit d'auteur s'est faite, dès la fin de l'ancien régime, en tenant compte des « intérêts du public »<sup>18</sup> tout en affirmant la primauté du droit de l'auteur. Cette prise en compte de l'intérêt du public ne signifie pas que le droit d'auteur a été reconnu dans l'intérêt de la société ou des usagers. En fait, les intérêts du public ont justifié de nombreuses limitations au droit d'auteur, sans aller jusqu'à la consécration d'un droit des usagers (ou du public)<sup>19</sup>. Mais le public a souvent été un acteur passif, ses intérêts étant généralement mis en avant par des exploitants. Avant le texte de 1793, ce

16. Prérogative que l'on peut aussi considérer non pas comme un droit nouveau, mais comme naturellement incluse dans le droit de reproduction.

17. Le délai pour la transposition était fixé au 22 décembre 2002.

18. L.Y. NGOMBÉ, « Droit naturel, droit d'auteur français et copyright américain. Rétrospective et prospective », [oct. 2002] *Revue internationale du droit d'auteur* 3, spécialement à la page 69.

19. Ce qui fait une différence avec le copyright américain dont on a pu dire qu'il est un droit des utilisateurs (voir particulièrement L. R. PATTERSON and S. W. LINDBERG, *The Nature of Copyright : A Law of User's Rights* (University of Georgia Press, 1991) et qui historiquement (dans les premières lois des États) accordait aux lecteurs le droit d'accès à l'œuvre, y compris en commandant l'impression à l'issue d'une procédure judiciaire (voir notre article « Droit naturel, droit d'auteur français et copyright américain. Rétrospective et prospective », [oct. 2002] *Revue internationale du droit d'auteur*, aux pages 63-65. Il faut néanmoins noter que si, historiquement, l'idée selon laquelle l'intérêt du public justifie la limitation du droit (naturel) de l'auteur a prévalu sur celle selon laquelle l'intérêt du public justifie la reconnaissance du droit d'auteur, cette dernière n'a pas été absente du débat en droit français. Par ailleurs, l'utilité de certaines œuvres avait justifié l'intervention du législateur pour en permettre un meilleur accès au public ; voir notre étude, *Le droit d'auteur français et le copyright américain. Fondements historiques*, Thèse Nantes 2000, n° 283 et s. et n° 367.

sont les libraires contestant les privilèges de leurs concurrents qui invoquaient l'intérêt du public.

Cela est également vrai aujourd'hui. Les exploitants invoquant l'intérêt du public ne sont plus les libraires<sup>20</sup>, mais les arguments sont similaires. Aujourd'hui on invoque notamment le droit à l'information. De même le public, si on considère qu'il est constitué des utilisateurs (ou amateurs, ou encore usagers) de créations intellectuelles, revendique de plus en plus désormais des « droits ». Nombre de mélomanes ou de cinéphiles sont convaincus d'être titulaires d'un « droit à la copie privée », sans d'ailleurs toujours connaître les contours précis de la notion de « copie privée ». Le débat prend même une dimension particulière puisque le « public » défend particulièrement les intérêts de ce que l'on peut nommer « la communauté des consommateurs ». C'est, en effet, d'abord sur le terrain consumériste que le « public » a exprimé son inquiétude, son incompréhension<sup>21</sup> et même, dans certains cas, son indignation. Le pas parfois pris par l'approche consumériste sur l'approche culturelle, dans une certaine confusion, a été critiqué par une partie de la doctrine<sup>22</sup>.

L'article L. 122-5 du *Code de la propriété intellectuelle* a donc été interprété, par les usagers (constituant le « public »), comme le droit pour chacun d'eux à pouvoir exiger la possibilité de copier l'œuvre incorporée dans l'exemplaire acquis. Nombreux sont ceux qui estiment avoir un véritable droit à copier librement, pour leur usage, les œuvres de l'esprit. Le public est d'ailleurs conforté dans son sentiment par le fait qu'il s'estime quitte face à l'auteur en lui versant indirectement la rémunération pour copie privée<sup>23</sup> au moment de l'achat du support vierge. Ce qui, bien entendu, d'un point de vue purement juridique, est une erreur. Mais on ne peut s'en

---

20. Il s'agit aujourd'hui essentiellement de producteurs d'œuvres audiovisuelles ou d'entrepreneurs du domaine de l'informatique ainsi que des organismes de radiodiffusion.

21. Notamment en obtenant à l'encontre des exploitants des décisions judiciaires ne statuant pas sur la copie privée mais uniquement sur le droit de la consommation et notamment l'obligation d'information incombant au professionnel. – Voir Cour d'appel de Versailles 1<sup>re</sup> chambre, 1<sup>re</sup> section 30 septembre 2004 : <legalis.net>. Sur l'importance du consumérisme, voir V. NISATO, *Le consommateur et les droits de propriété intellectuelle*, Thèse Avignon, 2005, spéc. n° 295 sq. et 656 sq. (sur la copie privée).

22. Ph. GAUDRAT et F. SARDAIN, « De la copie privée (et du cercle de famille) ou des limites au droit d'auteur », *Com. com. électr.* 2005, Étude n° 37, à la page 6.

23. Cet argument a d'ailleurs convaincu la Cour d'appel de Paris dans l'affaire *Mulholland Drive*.

étonner à une époque où le droit d'auteur est de moins en moins compris<sup>24</sup>. Cette « illusion »<sup>25</sup> est sans doute due à la pratique désormais répandue de la copie privée. On peut même sans être excessif parler, dans certains cas, d'un dévoiement du bénéfice de l'exception de copie privée. Que l'on songe, par exemple, à la circulation massive des œuvres via les réseaux de « pair à pair ». Il est intéressant de noter que le danger d'une dérive identique avait été signalé par certains auteurs à la veille de l'adoption de la loi du 11 mars 1957<sup>26</sup>.

Pour certains auteurs, l'intérêt du public justifie l'exception pour copie privée, présentée finalement comme un « droit » pour le public. La copie privée fait-elle réellement partie des limitations fondées sur l'intérêt du public ? Les arguments avancés pour le soutenir n'emportent pas la conviction. Néanmoins, on peut douter qu'il soit possible de ne pas tenir compte de la part active que prennent désormais les usagers dans les « nouvelles querelles » sur le droit d'auteur. Comment ne pas tenir compte des revendications faites par le « public » lui-même, alors qu'historiquement ses intérêts avaient toujours été invoqués et « pris en compte » sans qu'il n'ait lui-même pris part au débat ?

On peut se demander si le rôle actif des usagers (particulièrement dans leur approche consumériste de la question) n'a pas conduit la jurisprudence à des décisions diversement accueillies. La jurisprudence n'a pas, semble-t-il, apporté la clarté attendue et on a pu critiquer les raisonnements dans lesquels elle s'est parfois... « empêtrée »<sup>27</sup>.

24. P. SIRINELLI, « Le droit d'auteur. Un facteur clé pour le développement de la société de l'information », *CPI*, vol. 17, n° 2, 2005, à la page 357. Y. GENDREAU, « The Image of Copyright », *EIPR* Vol. 28, n° 4, 2006, à la page 209.

25. A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 2<sup>e</sup> éd. (Paris, Litec, 2001), n° 315, à la page 268.

26. M. SAPORTA, « Les reproductions mécaniques et leur usage privé », [oct. 1953] *Revue internationale du droit d'auteur*. Cet auteur, qui ne faisait alors allusion qu'aux reproductions mécaniques existantes en 1953 (microfiches et magnétophones), écrivait : « [...] l'usage dit 'privé' tend à se confondre, de plus en plus, avec un certain usage public dans la mesure où l'accès des personnes privées aux œuvres de l'esprit va se trouver facilité au point que le 'public' aura la possibilité de se prévaloir de cette nuance juridique pour s'emparer en masse des créations intellectuelles » (page 75).

27. V.-L. BÉNABOU, « Les routes vertigineuses de la copie privée au pays des protections techniques... À propos de l'arrêt *Mulholland Drive* », <www.Juriscom.net>, 30 mai 2005, à la page 3.

### Épisode III : La jurisprudence s’emmêle ?

Entre un public, ou plutôt des amateurs, invoquant un droit à la copie privée et des titulaires de droits demandant le respect des mesures techniques de protection non reconnues par le législateur national, les différentes juridictions ont rendu des décisions qui ont pu surprendre ou, à tout le moins, laisser perplexe.

Dans un jugement du 10 janvier 2006, le Tribunal de Grande Instance (TGI) de Paris affirme que les articles L. 122-5 (relatif au droit d’auteur) et L. 211-3 (relatif aux droits voisins) n’instaurent pas un droit à la copie privée mais une exception au droit exclusif de l’auteur ou aux droits reconnus aux bénéficiaires des droits voisins<sup>28</sup>. L’exception de copie privée, poursuit le tribunal, est d’ordre public et s’impose aux titulaires de droit, quel que soit le support utilisé pour effectuer ladite copie. Interprétant le code de la propriété intellectuelle à la lumière de la directive non encore transposée, le tribunal procède ensuite au « triple test » et juge que les conditions posées par l’article 5-5 de la directive sont satisfaites. Au visa de l’article 6-4 de la directive, le jugement du tribunal de grande instance de Paris précise aussi que les mesures techniques de protection ne sont pas interdites pour autant qu’elles soient compatibles avec l’exception de copie privée. En définitive, les titulaires de droits ne peuvent faire disparaître « la limite fixée par le législateur ».

Dans une autre affaire, la Cour d’appel de Versailles<sup>29</sup>, confirmant la décision des premiers juges<sup>30</sup>, conclut au défaut d’information du consommateur par le titulaire des droits. Sur le plan précis du droit d’auteur, la Cour d’appel de Versailles constate que le demandeur ne rapporte aucunement la preuve du caractère illicite de la mesure de protection technique. Cet arrêt, dont on a pu regretter le laconisme des motifs<sup>31</sup>, opte finalement pour une solution plus prudente et plus orthodoxe.

---

28. TGI Paris, 10 janv. 2006, 5<sup>e</sup> Ch. Sect. 1 : <juriscom.net> ; *Com. com. électr.* 2006, comm. N° 41, obs. C. Caron ; *Legipresse*, n° 229, mars 2006, I, à la page 29 ; *Propriété intell.* 2006, n° 19, à la page 179, note A. Lucas.

29. CA Versailles 3<sup>e</sup> ch., 15 avril 2005 : *Propriété intell.* 2005, n° 16, à la page 340, obs. A. Lucas et P. Sirinelli.

30. TGI Nanterre 6<sup>e</sup> ch. 2 sept. 2003 : *D.* 2003, somm. P. 2824, obs. Le Stanc ; *Expertises* 2003, à la page 358 ; *Com. Com. Electr.* 2004, comm. N° 108, note L. Grynbaum ; *Propriété intell.* 2003, n° 9, à la page 389, obs. P. Sirinelli.

31. A. Lucas et P. Sirinelli, observations sous cet arrêt.

La séquence jurisprudentielle la plus connue est sans doute celle relative au DVD du film *Mulholland Drive*. En première instance, le TGI de Paris<sup>32</sup> a, notamment, affirmé que l'acquéreur d'un DVD ne bénéficie d'aucun « droit » à la copie privée et jugé que la copie privée d'un film sur support numérique porte une atteinte anormale à l'exploitation de l'œuvre qui y est incorporée. Le tribunal a, pour motiver sa décision, procédé au « triple test » (ou test des trois étapes), se basant sur l'article 9-2 de la convention de Berne.

Ce jugement est infirmé par la Cour d'appel de Paris<sup>33</sup> qui, procédant également au test des trois étapes (à la lumière de la directive DADVSI), a jugé qu'il n'avait pas été démontré que la copie privée d'un support numérique portait atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre. L'exception pour copie privée, a rappelé la cour, ne concerne pas les seuls supports analogiques.

La Cour d'appel de Paris, différemment composée, aura à se prononcer à nouveau dans cette affaire puisqu'un arrêt de cassation<sup>34</sup> vient d'être rendu par la juridiction suprême, qui renvoie les parties devant la Cour d'appel de Paris. Selon la Cour de cassation, interprétant la loi française à la lumière de la directive DADVSI, « l'atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre, propre à faire écarter l'exception de copie privée s'apprécie au regard des risques inhérents au nouvel environnement numérique quant à la sauvegarde des droits d'auteur et de l'importance économique que l'exploitation de l'œuvre, sous forme de DVD, pour l'amortissement des coûts de production cinématographique ». On attend donc avec beaucoup d'intérêt la prochaine décision de la Cour d'appel de Paris dans cette affaire.

32. TGI Paris 3<sup>e</sup> ch., 2<sup>e</sup> sect., 30 avril 2004, Stéphane P., UFC Que Choisir / société Films Alain Sarde et autres « Mulholland drive » : <legalis.net> ; *Com. com. électr.* 2004, comm. N° 85, note C. Caron ; *Légipresse* 2004, III, à la page 148, note M. Vivant et G. Vercken ; *RTD com.* 2004, à la page 486, obs. F. Pollaud-Dulian ; *JCP G.* 2004, II, 10135, note C. Geiger ; [oct. 2004] *Revue internationale du droit d'auteur* 323 (jugement), à la page 253 (comm. A. Kéréver).

33. CA Paris 4<sup>e</sup> ch., 22 avr. 2005, P. Stéphane, UFC Que Choisir / société Films Alain Sarde et autres « Mulholland Drive » : *Propr. intell.* 2005, n° 16, à la page 340, obs. A. Lucas et P. Sirinelli ; [janv. 2006] *Revue internationale du droit d'auteur* 375 (arrêt), à la page 303 (comm. A. Kéréver).

34. C. Cass, Civ. 1<sup>re</sup> ch. 28 fév. 2006 Stéphane P., UFC Que Choisir / société Films Alain Sarde et autres « Mulholland drive » : <legalis.net> ; *D.* 2006, à la page 784, note J. Deleau ; *Gaz. Pal.* 5-7 mars 2006, à la page 6, avis D. Sarcelet ; *Com. com. électr.* 2006, comm. N° 86, note C. Caron ; *Propr. intell.* 2006, n°19, à la page 179, note A. Lucas.

On peut déjà faire un premier constat, particulièrement concernant les décisions des juges du fond. D'abord, on peut souligner la tendance à rappeler que la copie privée n'est pas un droit (subjectif) dont serait bénéficiaire l'utilisateur ; affirmation que les juges contredisent aussitôt en reconnaissant finalement un véritable droit à la copie privée. Ensuite, on peut relever une inclination à l'appréciation *in abstracto* au-delà du litige particulier soumis aux juges. Enfin, et surtout, le test des trois étapes a été dans toutes ces décisions, ou presque, la principale règle sur laquelle s'est appuyée la jurisprudence. Pourtant, cette règle s'imposait plutôt au législateur. Tel est du moins l'avis d'une doctrine largement majoritaire.

#### Épisode IV : La doctrine se divise ?

Jouant son rôle dans ce feuilleton juridique, la doctrine a fait entendre sa voix. Ce sont en réalité plusieurs voix, divergentes, qui se sont fait entendre pour proposer différentes voies. Praticiens et chercheurs y sont allés de leurs calames, rivalisant d'arguments pertinents, affinant leurs raisonnements au fil des chroniques, des notes et des observations. Les colonnes des revues gardent ainsi quelques séquences de ce rôle, précieux comme toujours, joué par la doctrine<sup>35</sup>.

Les avis divergent sur bien des points. Ainsi, la nature de cette limitation au droit d'auteur et son éventuel maintien dans l'environnement numérique. Si la voie principale du retour pur et simple au droit exclusif constitue l'une des propositions, d'autres pistes ont aussi été suggérées<sup>36</sup>. Une partie importante de la doctrine s'accorde à voir dans la copie privée autre chose qu'un droit reconnu par le

---

35. Parmi une littérature abondante, voir notamment Y. GAUBIAC et J. GINSBURG, « L'avenir de la copie privée numérique en Europe », *Com. com. électr.* 2000, n° 1, 2000, à la page 9 ; M. BUYDENS et S. DUSSOLIER, « Les exceptions au droit d'auteur dans l'environnement numérique : évolutions dangereuses », *Com. com. électr.* 2001, chr. no 22, à la page 10 ; G. VERCKEN, « La copie privée et le multimédia : quand le sage montre la lune, l'idiot regarde le doigt », *Légipresse* 2001, n° 187, à la page 1666 ; F. SARDAIN, « Repenser la copie privée des créations numériques », *JCP E* 2003, étude 584, à la page 646 ; C. CARON, « Les clairs obscurs de la rémunération pour copie privée », *D.* 2001, chr., à la page 3421 ; V.-L. BÉNABOU, « Les routes vertigineuses de la copie privée au pays des protections techniques... À propos de l'arrêt *Mulholland Drive* », <[www.juriscom.net](http://www.juriscom.net)> 30 mai 2005 ; C. VILMART, « Copie privée : Il faut raison garder et appliquer la loi ! », *JCP E* 2006, I, 148.

36. Ainsi, le professeur André Lucas qui, tout en soulignant l'argument juridique pouvant justifier un retour pur et simple au droit exclusif, proposait plutôt une adaptation. Voir A. LUCAS, *Droit d'auteur et numérique* (Paris, Litec, 1999), aux pages 193 et s.

législateur à l'usager ou au « public ». Pour une majorité de jurisconsultes, il n'y a pas de doute sur ce point. Une autre partie de la doctrine tend néanmoins à affirmer le contraire.

Un autre point divise la doctrine. Il s'agit de la notion d'usage privé. À côté d'une interprétation restrictive, et plutôt orthodoxe, existe une interprétation large, qui se réclame de l'esprit de la loi. D'un côté, on s'en tient à la seule licéité de l'usage de la copie par le copiste ; de l'autre, on entend par « usage privé » celui réalisé dans le cercle de famille et parfois même au-delà.

On peut aussi, parmi les interrogations sur lesquelles les avis sont partagés, relever la question de l'origine de l'exemplaire ayant permis la copie de l'œuvre. Dans une approche (trop ?) restrictive, certains auteurs considèrent que l'exemplaire original doit avoir été acquis par le copiste. Pour d'autres, la copie est licite tant que l'original n'a pas été acquis de manière frauduleuse. Selon une partie de la doctrine, il n'est pas possible d'ignorer l'environnement numérique et son impact économique. Certains auteurs ont par exemple soulevé la question, au demeurant pertinente, du régime particulier de certains supports numériques tels que les logiciels ou les bases de données électroniques. Pourquoi ne pas, s'interrogent-ils, prévoir des règles similaires lorsque ce sont des œuvres musicales ou audiovisuelles qui sont incorporées dans des supports numériques<sup>37</sup> ? À cet argument, il faut ajouter celui relatif à l'imperfection de la compensation censée limiter le manque à gagner subi par le titulaire des droits. La rémunération pour copie privée est imparfaite aussi bien en amont qu'en aval. En amont, par les critères retenus pour son assiette ; en aval, par ceux retenus pour sa répartition.

L'avenir de la rémunération pour copie privée est, d'une certaine manière, lié à celui de la copie privée. Son existence et son extension à certains supports numériques servent d'argument aux défenseurs du « droit » à la copie privée. L'argument n'est pas décisif. En effet, la rémunération pour copie privée est une solution proposée aux auteurs, faute de mieux. Par ailleurs, elle ne concerne pas tous les supports numériques<sup>38</sup>. Cependant, à juste titre, la question du

37. Y. GAUBIAC et J.C. GINSBURG, « L'avenir de la copie privée numérique en Europe », *Com. com. électr.* 2000, chron. n° 2, à la page 9.

38. Y. GAUBIAC et J.C. GINSBURG, « L'avenir de la copie privée numérique en Europe », *Com. com. électr.* 2000, chron. n° 2, à la page 9.

maintien de cette rémunération lorsque la copie est impossible a été posée<sup>39</sup>.

Pour une autre partie de la doctrine, plus qu'une simple tolérance, l'exception pour copie privée est un droit et ne saurait, en tout état de cause, être tributaire des évolutions techniques<sup>40</sup>. La différence entre « exception » pour copie et « droit » de copie, soulignée par certains et même affinée par d'autres<sup>41</sup>, est jugée sans conséquence par une partie de la doctrine. La question concrète se résumant, il est vrai, au fait de savoir si la copie privée (numérique) est ou non licite. Pour autant, le bénéficiaire d'une exception peut-il se prévaloir d'une « prérogative » à l'égard d'un titulaire de droit ? Par ailleurs, cette distinction ne s'avérera-t-elle pas utile si le juge est amené, comme l'y autorisera désormais la loi<sup>42</sup>, à procéder au triple test ?

Tirant argument d'une jurisprudence rendue en matière de reprographie, certains auteurs ont tenté de rappeler que le législateur de 1957 n'ignorait pas les moyens modernes de reprographie et qu'il n'avait pas jugé utile de les exclure et que, surtout, la loi ne peut s'interpréter dans un sens qui « annihilerait l'essor des moyens modernes de reproduction »<sup>43</sup>. En réalité, le législateur de 1957 avait jugé, à tort selon certains, sans grande conséquence ces moyens modernes de copie. C'est un élément dont il faut bien tenir compte avant de considérer le « public » comme bénéficiaire d'un « droit » à la copie privée. En effet, le législateur n'avait pas envisagé l'ampleur et l'impact des évolutions technologiques futures. Il semble, aujourd'hui, être plus prudent.

### Épisode V : Happy End « législatif » ?

En réalité, le texte à transposer par le législateur n'était pas de la plus grande clarté<sup>44</sup>. Il n'est pas certain que la clarté soit le point

39. Aux termes de la loi, la tâche en reviendra, dans une large mesure, à la Commission de la copie privée (article 14 de la loi du 1<sup>er</sup> août 2006).

40. C. ROJINSKY, « La copie privée, point d'équilibre du droit d'auteur », <www.juriscom.net>.

41. G. GAUDRAT et F. SARDAIN, « De la copie privée (et du cercle de famille) ou des limites au droit d'auteur », *Com. com. électr.* 2005, Etude n° 37, à la page 6.

42. Et comme l'y oblige, de toute façon, hélas, le droit communautaire (voir sur ce point *Prop. intell.* 2006, n° 19, à la page 179, note A. Lucas).

43. Voir C. ROJINSKY, « La copie privée, point d'équilibre du droit d'auteur », <www.juriscom.net>, qui s'appuie sur TGI Paris, 28 janvier 1974, *D.* 1974, Jur. 337, note H. Desbois.

44. G. VERCKEN, « La protection des dispositifs techniques (II) – Recherche clarté désespérée. À propos de l'article 6.4 de la directive du 22 mai 2001 », *Prop. intell.*, 2002, n° 2, à la page 52.

fort de la loi du 1<sup>er</sup> août 2006 (loi n° 2006-961) transposant la directive.

L'article 8 du projet de loi adopté à l'assemblée disposait : « le droit au bénéfice de l'exception pour copie privée est garanti »<sup>45</sup>. La version initiale du projet ne prévoyait pas cette affirmation solennelle d'un « droit » au bénéfice de l'exception. L'allusion à un « droit » a été abandonnée par le Sénat et ne figure pas dans la loi.

Aux termes du projet de loi, les titulaires des droits devaient, dans un délai raisonnable, prendre des mesures nécessaires pour permettre aux personnes ayant eu licitement accès à l'œuvre de bénéficier de l'exception pour copie privée<sup>46</sup>. Le texte définitif ne porte plus l'exigence d'un « délai raisonnable » mais n'a pas complètement abandonné l'idée. Le nouvel article L. 331-9, issu de l'article 16 de la loi, prévoit, en effet, que les titulaires de droits qui protègent leurs « œuvres » par des MTP prennent « les dispositions utiles pour que leur mise en œuvre ne prive pas les bénéficiaires des exceptions de l'article L. 331-8 [dont la copie privée] de leur exercice effectif ». Encore faudra-t-il que l'exception (ou plutôt son bénéfice effectif) ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes des titulaires de droit. Est également prévue, pour les titulaires de droits, la possibilité de prendre des mesures permettant de limiter le nombre de copies. La précision du nombre de copies autorisées revient à l'autorité de régulation des mesures techniques. La loi précise que le bénéfice effectif de l'exception peut être subordonné à l'accès licite à l'œuvre ou à l'objet protégé (nouvel article L. 331-9 du code de la propriété intellectuelle). Le projet adopté par l'assemblée exigeait expressément cette condition de licéité de l'accès à l'œuvre copiée.

Il est probable que la solution ne satisfera ni les défenseurs de la copie privée, ni ceux qui, à l'inverse, auraient souhaité que l'on reconsidère cette « tolérance ». Les uns pourraient l'interpréter, du

45. La version initiale du projet ne prévoyait pas cette proclamation d'un « droit à bénéficier d'une exception ».

46. Ce que permet l'article 6.4 de la directive. L'obligation pour les titulaires de droit de prendre des mesures permettant l'accès à l'œuvre n'est imposée par la directive que pour certaines exceptions dites « privilégiées » et dont ne fait pas partie l'exception de copie privée. D'autres législateurs se sont abstenus de « garantir » l'exception de copie privée. Voir sur ce point J. CORBET, « La transposition en droit belge de la directive droit d'auteur dans la société de l'information », [oct. 2005] *Revue internationale du droit d'auteur* 5, aux pages 57-59 ; G.W. G. KARNELL, « La transposition en Suède de la directive européenne sur la société de l'information », [oct. 2005] *Revue internationale du droit d'auteur* 160, aux pages 222-224.

moins à la lumière de la décision de la Cour de cassation dans l'affaire *Mulholland Drive*, comme risquant de signifier l'impossibilité<sup>47</sup> de la copie privée numérique. Les autres seraient enclins à y voir la possibilité au cas par cas, mais de manière (trop) fréquente, d'empêcher au titulaire de droit de contrôler l'utilisation de son œuvre.

En somme, le schéma peut être le suivant : le titulaire de droits met sur le marché un support contenant une œuvre et comportant des mesures techniques de protection. Un utilisateur désire en faire une copie pour un usage privé. S'il y a eu accès licite (y compris en l'empruntant ?), l'utilisateur (y compris par l'intermédiaire d'une personne morale agréée pour le représenter) peut éventuellement saisir l'Autorité de régulation des mesures techniques qui devra statuer dans les deux mois. Si cette Autorité ne rend pas une décision conforme à ses souhaits, il pourra alors introduire un recours suspensif devant la Cour d'appel de Paris. À l'inverse, si l'Autorité de régulation des mesures techniques enjoint au titulaire des droits de prendre les mesures nécessaires pour permettre la copie, c'est ce dernier qui pourrait former un recours.

La Cour d'appel de Paris vérifiera alors, notamment, que l'exercice effectif par l'utilisateur de son « bénéfice de l'exception pour copie privée » ne porte pas un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur. Quid de la justification du préjudice, s'agissant d'une personne désirant enregistrer pour l'écouter dans son véhicule une compilation d'œuvres musicales, par exemple ? Pour extraire d'un CD quelques chansons, se lancera-t-elle dans la procédure, plutôt compliquée, prévue par la nouvelle loi ? L'appréciation du « bénéfice effectif de la copie privée » devra, sans doute, tenir compte du secteur de création en cause.

Concernant le test des trois étapes, certains législateurs ont, lors de la transposition de la directive, écarté son application par le juge<sup>48</sup>. Le texte français prévoit que l'article L. 122-5 comportera un

---

47. « La fin » ou la « mort » de la copie privée, diront même certains.

48. Même si ces législateurs n'excluent pas que la jurisprudence s'en éclaire. Voir notamment les cas belge et néerlandais : J. CORBET, « La transposition en droit belge de la directive droit d'auteur dans la société de l'information », [oct. 2005] *Revue internationale du droit d'auteur* 5, à la page 27 ; F. BRISON et B. MICHAUX, « La loi du 22 mai 2005 adapte le droit d'auteur au numérique », *A. & M.* 3/2005, à la page 212 ; S. DUSSOLIER, « Les nouvelles dispositions belges en matière de protection technique du droit d'auteur et des droits voisins », *A. & M.* 6/2005, à la page 532 ; B. HÜGENHOLTZ, « La transposition aux Pays-Bas de la directive 2001/29/CE », [oct. 2005] *Revue internationale du droit d'auteur* 116, à la page 126.

alinéa (alinéa 9) disposant que les exceptions énumérées à cet article « ne peuvent porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre, ni causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur ». La conséquence de ce changement n'est pas anodine. En effet, en disposant ainsi, le législateur confie expressément à la jurisprudence la tâche d'apprécier la licéité d'une copie privée sur la base du test prévu par la directive DADVSI. On peut penser qu'il s'agira pour le juge d'apprécier *in concreto* l'impact ou l'ampleur de l'atteinte que peut constituer la copie privée vis-à-vis des droits de l'auteur<sup>49</sup>. D'une certaine manière, la jurisprudence a donc, par anticipation, commencé à jouer son rôle.

La lecture de la nouvelle loi ne permet pas (d'emblée) de dire que la question de la confrontation entre la protection des mesures techniques et l'exception de copie privée a trouvé (enfin) une (heureuse) réponse. Peut-on, néanmoins, en espérer un heureux épilogue ?

### Épisode VI : Épilogue

Impossible, à ce jour, de dire ce qu'il adviendra de l'application de la nouvelle loi. Difficile de savoir si le législateur ne devra pas intervenir de sitôt. Les mesures techniques évolueront et le législateur s'y adaptera peut-être. L'évolution des mesures techniques pourrait aussi conduire, de facto, à un nouvel équilibre.

En attendant, c'est par un organe devant privilégier « la conciliation » que le législateur espère aboutir à un compromis. C'est sans doute dans le cadre de la procédure des nouveaux articles L 331-8 à L 331-16 que certaines questions se dénoueront, certains doutes se dissiperont, certains points s'éclairciront. Par exemple qu'est-ce qu'un accès licite à une œuvre ? Dans quel cas, malgré l'accès licite à l'œuvre, le « bénéfice de l'exception de copie privée » ne pourra être exercé pour cause, par exemple, d'atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ? Le projet adopté par l'assemblée reconnaissait un « droit au bénéfice de l'exception de copie privée » à l'article 8 du projet de loi. On pouvait craindre que l'affirmation par le législateur d'un « droit » au bénéfice de l'exception ne conforte les utilisateurs dans leur « illusion » ou, pis (ou mieux<sup>50</sup>) encore, que finalement le « droit » à la copie privée soit consacré. L'affirmation d'un « droit » au bénéfice de l'exception a été retirée par le Sénat. On peut cependant se demander si l'idée ne demeure pas, en filigrane tout au moins. La

49. Voir, déjà, l'avis de D. SARCELET dans *Gaz. Pal.* 5-7 mars 2006, à la page 6.

50. Selon le point de vue où l'on se place.

copie privée demeure, en effet, « garantie » par le législateur (nouvel L.331-8 du Code de la propriété intellectuelle).

Dans l'appréciation du préjudice éventuel porté à l'exploitation normale de l'œuvre, le juge devra notamment s'intéresser à la destination de la copie. Se posera alors la question de la notion d'usage privé. Son acception large défendue par une partie de la doctrine prévaudra-t-elle sur l'approche orthodoxe ?

Le rôle désormais actif du « public » signalé plus haut a considérablement pesé sur le cours de ce feuillet. Et, au chapitre de la copie privée, il n'est pas inutile de relever que le ministre de la culture, dans son discours du 7 mars 2006 devant l'assemblée nationale, a déclaré que « la *préservation du droit à la copie privée*<sup>51</sup>, que le passage au numérique ne doit pas remettre en cause, fait partie du nouvel équilibre du texte »<sup>52</sup>.

Finalement, la question se résoudra au cas par cas, du moins en théorie, sur le fondement du test des trois étapes.

On peut dire que le législateur a au moins tenté, avec sans doute moins de hardiesse que certains l'auraient espéré, de ménager les intérêts en cause. La loi n'est pas uniquement le résultat d'un raisonnement juridique. Elle prend, en réalité, en compte des considérations sociales (dont, sans doute, les « revendications » du public). Par ailleurs, elle introduit une dose de pragmatisme, même si finalement elle s'en remet, beaucoup, à la possibilité de résoudre la question à partir des sources complémentaires du droit d'auteur<sup>53</sup>. Tout dépendra donc de l'Autorité de régulation des mesures techniques et de la Cour d'appel de Paris, mais aussi, assurément, des principaux acteurs que seront les titulaires de droits et le « public » (les usagers)<sup>54</sup>.

Certains le déploreront sans doute et, dans une certaine mesure, à juste titre. Peut-être le législateur pourra-t-il, au moins, se targuer d'avoir franchi une étape et faire siens ces vers d'un célèbre fabuliste : « J'ai du moins ouvert le chemin ; d'autres pourront y mettre la dernière main »<sup>55</sup>.

---

51. Nos italiques.

52. <[www.culture.gouv.fr/culture/actualites/conferen/donnedieu/davsi070306.html](http://www.culture.gouv.fr/culture/actualites/conferen/donnedieu/davsi070306.html)>.

53. Sur l'importance de ces sources, voir X. Près, *Les sources complémentaires du droit d'auteur* (Paris, PUAM, 2004).

54. Du fait, notamment, de leur rôle dans la procédure devant la nouvelle autorité instituée par la loi, puis, éventuellement, devant la Cour d'appel de Paris.

55. J. DE LA FONTAINE, *Epilogue (Fables)* Livre onzième.