

Droit de L'immatériel

INFORMATIQUE | MÉDIAS | COMMUNICATION |

« *La loi DADVSI :
des occasions manquées ?* »

*Premières rencontres nantaises
de la propriété intellectuelle*

9 février 2007

Introduction

Par Jean-Pierre CLAVIER

L'interopérabilité, invité surprise

Par Carine BERNAULT

L'autorité de régulation des mesures techniques :
un objet juridique non identifié ?

Par Fabrice SIIRIAINEN

Les exceptions à des fins de recherche et d'enseignement,
la consécration ?

Par Audrey LEBOIS

Les exceptions bénéficiant
aux bibliothèques, la révolution ?

Par Yves ALIX

Liberté de communication et droit d'auteur

Par Emmanuel DREYER

La copie privée, un avenir préservé ou compromis ?

Par Gilles VERCKEN

Le rôle du triple test, une nouvelle conception des exceptions ?

Par Christophe ALLEAUME

Rapport de synthèse

Par André LUCAS

Collection
LAMY
DROIT DE
L'IMMATÉRIEL

La copie privée est la « star » incontestée de la DADVSI, et ses relations tumultueuses avec les mesures de protection technique ont fait la « une » des journaux de France et de Navarre.

Dans quel état est notre couple après tant de débats ? Comment la DADVSI a-t-elle modifié la « copie privée » ?

Tel est le sujet que nous devons traiter (1).

La copie privée, un avenir préservé ou compromis ? (*)

Pour tenter d'apporter des éléments de réponse, il est nécessaire de faire, au préalable, quelques observations sur la définition même de la copie privée et sur les différents enjeux du débat.

Le terme « copie privée » est utilisé souvent pour désigner deux réalités différentes : en premier lieu, l'acte lui-même, exception au monopole exclusif, en second lieu, la rémunération pour copie privée. Dans le cadre de cet exposé, nous nous intéresserons à l'impact de la DADVSI sur ces deux réalités, à notre sens devenu indissociable. Les enjeux sont multiples.

En premier lieu, la liberté de copie privée est devenue un débat sociétal. Là où nous pouvions douter de l'intérêt de se pencher sur la question de la possibilité pour Monsieur Perquin d'offrir à sa mère une copie d'un film, il faut bien reconnaître que la question de la copie privée ne peut plus être ramenée à cette vue réductrice, cette liberté ayant été vécue par le public comme une résistance légitime à l'immixtion du « commerce » dans la sphère privée, sans même parler du – mal – vécu d'un contrôle potentiel de la consommation personnelle (d'où d'ailleurs les limites apportées et l'instauration d'un contrôle de la CNIL).

En second lieu, les relations entre copie privée et mesures de protection technique sont au cœur des luttes entre les différents groupes d'intérêts, compte tenu essentiellement des conséquences financières du choix effectué en amont sur le périmètre de la copie privée sur le montant en aval de la rémunération pour copie privée.

On peut noter à ce sujet qu'il est remarquable que les deux « groupes » opposés à la limitation de la copie privée se situent aux deux extrémités de la chaîne de création et de diffusion des œuvres. Les artistes et auteurs ont combattu pour que soit préservée la rémunération pour copie privée, et donc une liberté de copie privée, de même que les consommateurs.

Sans vue dogmatique, on remarque que ce sont les intermédiaires qui ont défendu la possibilité de supprimer la possibilité de copie privée par les mesures techniques, ce qui présente l'avantage pour ces intermédiaires de ramener dans le champ du droit exclusif et du contrôle économique les actes de copie, et donc leur permet potentiellement d'augmenter leurs revenus.

Le droit d'auteur – et le droit voisin des artistes interprètes – est



Par Gilles VERCKEN
Avocat
Cabinet Gilles Vercken,
Co-auteur du Lamy
droit de l'informatique
et des réseaux

décidément et depuis toujours l'instrument de la répartition de la chaîne de valeur et le véritable enjeu du droit d'auteur est aussi là aujourd'hui et demain : faut-il renforcer un droit exclusif en gestion individuelle, dont les bénéficiaires sont essentiellement les opérateurs économiques, ou développer des droits à rémunération ou la gestion collective obligatoire « a priori » plus à même d'assurer un retour financier aux auteurs et artistes personnes physiques, au risque de perdre une certaine « pureté » du droit ? On fera remarquer que si l'outil du « droit exclusif » est théoriquement plus satisfaisant, le droit à rémunération et/ou la gestion obligatoire permet semble-t-il en pratique aux auteurs et aux artistes une meilleure participation financière à l'exploitation de leurs œuvres

et interprétations.

Si la DADVSI a permis de s'interroger sur le devenir de la copie privée, il convient de noter que c'est bien évidemment la révolution numérique plus que la DADVSI qui a entraîné une nécessité de revisiter la question, étant d'ailleurs remarqué que le débat et les solutions apportées sur la copie privée numérique ont aussi une incidence sur la copie privée analogique. Le numérique redessine le droit d'auteur dans son ensemble. Et les acteurs profitent alors de ces nouveaux débats pour tenter de prendre de nouvelles positions sur le marché.

L'enjeu est donc considérable et notre sujet devient plus grave : l'avenir de la copie privée est-il préservé ou compromis par la DADVSI ?

Il a été dit et répété combien ce texte manque de cohésion globale et combien il est difficile d'y voir avec certitude une intention claire. Il semble que chacun peut « piocher » des éléments en faveur de sa thèse et inversement ! (par exemple, sur le périmètre des exceptions, comme cela a été démontré brillamment aujourd'hui par les différents orateurs).

La copie privée n'échappe pas à cette confusion et, autant le dire immédiatement, il est impossible de répondre à la question de manière tranchée.

C'est pourquoi nous avons fait le choix de répondre rigoureusement à l'invitation des organisateurs du colloque, en choisissant de lister les éléments juridiques qui permettent de défendre les deux thèses : la copie privée préservée et la copie privée compromise. Et par esprit de résistance, quand même, nous inverse-

(*) Le présent texte est la retranscription de l'intervention réalisée lors des Premières rencontres nantaises de la propriété intellectuelle, « La loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information : des occasions manquées ? », le 9 février 2007. Il respecte donc la forme liée à une telle intervention orale. (1) L'auteur remercie M^{me} Florence Gaullier, Avocat (Cabinet Gilles Vercken), pour son aimable contribution au présent article.

rons simplement les parties : l'avenir compromis d'abord (I), l'avenir préservé ensuite (II).

Et, dans chaque partie, nous constaterons que le débat porte soit sur la copie privée en elle-même, soit dans ses rapports avec les mesures techniques de protection (donc soit par voie d'exception, soit par voie d'action).

Compte tenu de la « vastitude » du sujet, nous précisons que nous ne prétendons pas à l'exhaustivité ni, nécessairement, à la pertinence absolue.

I – LA COPIE PRIVÉE COMPROMISE

Nous souhaitons faire neuf observations qui vont dans le sens d'une limitation de la copie privée, quatre sur la notion de copie privée en elle-même d'abord (A), quatre sur l'impact des mesures techniques sur celle-ci ensuite (B) et, enfin, une sur l'impact sur la rémunération pour copie privée (C).

A. – La restriction du champ de la copie privée

1. Une limitation en amont : la source illicite disqualifie la copie et réduit le périmètre de la copie privée

La question de l'exigence d'une source licite comme critère de la licéité de la copie privée ne s'était pas posée à notre connaissance dans le domaine analogique.

Les réseaux « *peer-to-peer* » ont modifié la donne et la question est désormais posée.

Si en doctrine la question continue de diviser les auteurs, il semble que le mouvement général va dans le sens d'une reconnaissance de cette nouvelle exigence.

La Cour de cassation, dans sa décision du 30 mai 2006, a indiqué la nécessité de répondre à la question de la source licite lorsque celle-ci était posée à la Cour d'appel par l'une des parties. Certes, on peut estimer que la Cour de cassation n'a pas fixé le critère de manière claire,

puisque'elle ne reproche finalement d'un défaut de réponse aux conclusions des parties. Mais on peut aussi y voir la reconnaissance d'une nouvelle exigence.

Il faut également mentionner la circulaire du garde des Sceaux du 3 janvier 2007 à propos des dispositions pénales de la loi du 1^{er} août 2006, laquelle pose l'exigence, à propos du téléchargement illicite, en indiquant : « *Il convient de souligner qu'en matière de téléchargement d'œuvres proposées illégalement sur internet, l'exception de copie privée n'a pas vocation à être retenue* ». Même si la mention ensuite de l'usage collectif permettrait de dire que cette mention ne reconnaît pas l'exigence de source licite, on remarquera que cette indication est effectuée dans la partie relative au téléchargement et figure juste avant la mention de la décision de la Cour de cassation du 30 mai 2006.

Si ce critère de la source licite devait être confirmé, alors le périmètre de la copie privée s'en trouverait automatiquement réduit.

2. Une limitation en aval : le test des trois étapes

L'introduction dans notre droit du triple test à destination du juge a bien sûr vocation à venir réduire considérablement le champ de la copie privée, puisque, même en présence d'une copie répondant à l'ensemble des critères de l'article L. 122-5, 2^o, le juge peut décider que l'exception ne pourra pas jouer.

C'est très exactement ce qu'a fait la Cour de cassation dans l'affaire « *Muholland Drive* », dans sa décision en date du 28 février 2006.

L'introduction dans notre droit du triple test à destination du juge a vocation à venir réduire considérablement le champ de la copie privée.

3. L'exclusion des programmes multimédia interactifs

Nous rappellerons que le CSPLA, supposé conforté dans ce sens par une décision ambiguë du Conseil d'État, a exclu du bénéfice de la copie privée les jeux vidéo, dès lors que la partie logicielle est indivisible physiquement de la partie « *médias* », ce qui aboutit à priver de la rémunération pour copie privée les titulaires de droits sur cette partie « *médias* ».

Cette prise de position aboutit à réduire bien sûr le champ de la rémunération de la copie privée en excluant de nombreux ayants droit de celle-ci et notamment l'ensemble des auteurs de la partie « *non logicielle* » des œuvres multimédia.

4. L'absence de finalité sociale établie

Il est habituel de distinguer dans la liste des exceptions celles à vocation sociale et celle dite « *de confort* ». La reproduction pour copie privée, comme la représentation dans le cercle de famille, relèverait de cette dernière catégorie.

Il faut rappeler qu'on enseigne, traditionnellement, que l'exception n'a été introduite que compte tenu de l'impossibilité matérielle de contrôler les actes effectués par les particuliers, relevant de la protection de leur vie privée.

Dès lors, il n'est pas illogique, dans ce contexte, de n'accorder qu'une moindre importance à défendre l'existence d'une exception qui n'est pas fondée sur la défense d'un intérêt social particulier.

B. – LES MESURES TECHNIQUES BLOQUENT LA COPIE PRIVÉE

La loi du 1^{er} août 2006 pose un principe qui semble préserver la copie privée, puisque le nouvel article L. 331-8 dispose que « *le bénéfice de l'exception pour copie privée et des exceptions mentionnées au présent article est garanti par les dispositions du présent article et des articles L. 331-9 à L. 331-16* ».

Toutefois, les atténuations au principe sont nombreuses et viennent compromettre la

garantie de la copie privée. Ces atténuations compromettent l'avenir de la copie privée.

5. L'absence de prise en compte du bénéficiaire en cas de mise à disposition à la demande

L'article L. 331-10 dispose que « *les titulaires de droits ne sont cependant pas tenus de prendre les dispositions de l'article L. 331-9 lorsque l'œuvre ou un autre objet protégé par un droit voisin est mis à disposition du public selon des dispositions contractuelles convenues entre les parties, de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit* ».

Reprise de la directive, cette limitation est d'importance tant les services « *à la demande* » connaissent un essor remarquable. Cette nouvelle disposition indique donc que, *a priori*, les titulaires peuvent, dans ces cas, interdire complètement la possibilité d'une copie privée, sans que le bénéficiaire ne puisse demander le bénéfice des exceptions notamment auprès de l'Autorité de régulation des mesures techniques (ARMT).

6. La possibilité de réduire le nombre de copies à zéro (décision du Conseil constitutionnel)

La loi du 1^{er} août 2006 prévoit que l'ARMT fixe notamment « *le nombre minimal de copies autorisées dans le cadre de l'exception pour copie privée* », ce qui aurait pu permettre *a priori* d'affirmer que la copie privée était ainsi préservée.