

## RAPPORT SUR LA HONGRIE – MIHALY FICSOR

### Opinion du Conseil d'experts de droit d'auteur No. SzJSzT 17/06 de 11 mai 2006 sur le statut juridique de la copie privée de sources illégales

#### *Requête de la Fondation d'utilité publique pour la protection du droit d'auteur concernant les oeuvres audiovisuelles (ASVA)*

#### **I. Les questions posées par le requérant**

La Fondation d'utilité publique pour la protection du droit d'auteur concernant les oeuvres audiovisuelles (ASVA), comme requérant, a recours au Conseil d'experts de droit d'auteur (ci-après: le Conseil) concernant l'interprétation des alinéas (2) et (3) de l'article 33 et de l'alinéa (1) de l'article 35 de la loi LXXVI de 1999 sur le droit d'auteur (ci-après: Lda) comme suit:

« Les règles générales de la Lda concernant l'utilisation libre (Lda art. 33 alinéas (2) et (3)) et les règles spécifiques concernant la copie privée (Lda art. 35. alinéa (1)) se basent sur les engagements internationaux à respecter par le législateur hongrois; notamment sur l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC et sur l'alinéa 2 de l'article 9. de la Convention de Berne qui stipulent qu'une utilisation ne peut être effectuée sans l'autorisation de l'auteur et sans versement de rémunération sauf pour le cas si elle satisfait l'ensemble des conditions de ce que l'on appelle le test des trois étapes, c'est-à-dire:

- l'utilisation libre ne doit couvrir que des cas spéciaux,
- elle ne doit pas porter atteinte à l'exploitation de l'oeuvre, et
- elle ne doit pas causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire des droits.

La Lda hongroise complète cet ensemble de conditions avec l'exigence de conformité aux bons usages et avec la prohibition de l'utilisation d'une telle exception dans un but incompatible avec l'objectif de l'utilisation libre.

De plus, en vertu de l'alinéa (3) de l'article 33 de la Lda hongroise il n'est pas possible d'interpréter de manière étendue les dispositions sur l'utilisation libre.

En se basant sur ce qui précède, nous demandons l'opinion officielle de l'honorable Conseil d'experts de droit d'auteur concernant la question suivante: dans les cas du nombre massif et toujours augmentant de copies dans l'environnement digital – enligne – est-il possible de déduire du droit d'auteur hongrois, qui lui-même se base sur les règles internationales détaillées ci-dessus, l'affirmation que la reproduction d'une oeuvre émanant de source illégale – c'est-à-dire d'une oeuvre ou d'un support produit(e) de manière illégale – ne correspond pas aux conditions de l'utilisation libre.

## HUNGARY REPORT BY MR. FICSOR

### Opinion of the Council of Copyright Experts N° SzJSzT 17/06 of May 11, 2006, on the copyright status of private copying from illegal sources

#### *Petition of the Public Foundation for the Protection of Copyright in Audiovisual Works (ASVA)*

#### **I. Questions asked by the petitioner**

The Public Foundation for the Protection of Copyright in Audiovisual Works (ASVA), as petitioner, has turned to the Council of Copyright Experts (hereinafter: the Council) with the following questions concerning the interpretation of Articles 33(2) and (3) and 35(1) of Law No. LXXVI of 1999 on copyright (hereinafter: the LoC):

“The general rules of the LoC concerning free use (Art. 33(2) and (3) of LoC) and its specific rules concerning private copying (Art. 35.(1) of LoC) are based on the international obligations to be respected by the Hungarian legislators. Namely, on Article 13 of the TRIPS Agreement and Article 9(2) of the Berne Convention, which provide that a free use of a work – that is, its use without the author’s consent and without remuneration – is only permitted if it corresponds to the following conditions prescribed in the so-called three-step test:

- the free use may only extend to a special case,
- it must not conflict with a normal exploitation of the work, and
- it must not prejudice unreasonably the legitimate interests of the author.

“The Hungarian LoC completes these conditions with the requirements that the use must be compatible with fair practice, and that it must be in accordance with the objective for which it is permitted as a free use.

“According to Article 33(3) of the LoC, no extensive interpretation of the provisions on free uses is allowed.

“With reference to above-mentioned regulation, we request the official opinion of the Honorable Council of Copyright Experts on the following question: whether, in the cases of frequent and ever more numerous acts of reproduction in the digital – on-line – environment, is it possible to deduce from the Hungarian copyright law (which is in accordance with the international norms described below) that private copying from illegal sources – that is, on the basis of an infringing copy or of a work otherwise illegally made available to the public – does not correspond to the conditions of free uses.

“The need for posing this question follows from the present practice of exploiting works protected by copyright:

“In the practice, when a physical person makes a great number of tangible copies of a work (in general, a film or a musical work), or downloads numerous audiovisual (and musical) works from a pirate on-line distributor’s website through an FTP server against a monthly subscription fee, it may be found beyond any doubt that this conflicts with the general conditions of free uses, as this is duly reflected in the fully consistent Hungarian (penal) jurisprudence.

“However, if one considers the acts of private copying individually one by one, it may be argued that such an act does not conflict with a normal exploitation of the work concerned – for example, the downloading of an audiovisual work from a pirate website or through a “file sharing” system (in the latter case, it is obvious that the redistribution as a condition of downloading, and, in general, the unauthorized acts of uploading are infringements; our question does not relate to this). At the same time, if the separate acts of private copying are added together, they form a big mass, which justifies the question of whether in that way they do not conflict with a normal exploitation of the works.

“The German copyright regulation (UrhG Article 53(1)) is based on the same international norms (TRIPS Agreement, Berne Convention) as the provisions of the Hungarian LoC on fair uses, but the German Copyright Law also contains a special rule concerning private copying referring to the source of reproduction. The German Law does not allow private copying as a free use where the reproduction is made from an obviously illegal source.

“In view of the above-described issues, we ask the Honorable Council of Copyright Experts to answer the following questions:

“1. Is it possible to deduce from the provisions of Articles 33(2) and (3) and 35(1) of the LoC that private reproduction made on the basis of an infringing copy or a work that has been communicated to the public illegally (with special attention to the acts of on-demand making available to the public through the Internet, according to Article 26(8) of the LoC and to the acts of reproduction performed through downloading) is an infringement of copyright; or a legislative modification would rather be needed for settling this question?

“2. If the Honorable Council of Copyright Experts were of the opinion that a modification of copyright law would be necessary for settling the above-outlined problem, our further question would be as follows: whether the Honorable Council of Copyright Experts considers it necessary/possible that the Hungarian legislators adopt a specific rule – as a kind of exception to the exception – providing that the possibility of free use does not extend to private copying from obviously illegal sources, and referring to the state of mind of the person performing the acts of reproduction or to the requirements of circumspection and fair behavior?

“In connection with question 2, we remark that, according to our view, the legal nature of a free use is not that it is a right of users, but that it is a restriction of the exclusive rights of copyright owners.”

## II. Analysis of the relevant international, community and national provisions

### Relevant provisions of the LoC

1. The panel of the Council finds it necessary to quote the relevant provisions of the LoC precisely, and in a way to extend the analysis, in addition to Articles 33 and 35 mentioned by the petitioner, also Article 20 (such an extension to Article 21 is not needed, since, although that article also contains a provision on private copying, it only relates to reprographic reproduction, which is beyond the scope of questions posed by the petitioner). The panel points out in this connection that the Hungarian term “*másolás*” (= copying) better corresponds to the term “reproduction” used in the English (and French) texts of the international and community norms than the term “*többszörözés*” appearing in the provisions of the LoC. This is so since the term “*többszörözés*” has been derived from the word “*több*” (= more), and, thus, it may create the wrong impression that the right of reproduction is only infringed if more than one copy is made without authorization. This is, however, obviously not the case; unless some exception or limitation is applicable, even the unauthorized making of one copy is infringement.

2. (Private copying as free use.) The basic provisions on private copying may be found in Article 35(1)-(3) of the LoC, which read as follows:

“Article 35. (1) A physical person may make a copy of a work for private purposes, provided this act does not serve, even indirectly, the obtainment or increase of income. This provision shall not apply to works of architecture, technical constructions, software and electronic databases, as well as to the fixation of the public performance of a work on audio or audiovisual carrier. It shall not be allowed to reproduce sheet music even for private purposes and in the cases mentioned in paragraph (4)(b) to (d) by reprographic technique [Article 21(1)].

“(2) An entire book and an entire issue of a periodical or a newspaper may only be reproduced for private purposes if it is done by handwriting or by typewriter.

“(3) The making another person to reproduce a work by computer or on an electronic carrier shall not be allowed as a free use even if the copy is made for private purposes.”

3. (General rules of free uses.) The above-quoted provisions, however, are also subject to the general rules concerning free uses contained in Article 33. From the viewpoint of the questions posed by the petitioner, paragraphs (1) to (3) of this article are relevant (its paragraph (4) is not since it only defines the concept of “educational use”):

“Article 33. (1) In the case of a free use, the author’s authorization shall not be needed and there shall be no obligation to pay remuneration. Only those works may be used in this way, in accordance with the provisions of this Law, which have been made public.

“(2) A free use, even in the cases provided in this Law, shall only be allowed and not subject to the obligation to pay remuneration, if it does not conflict with a normal exploitation of the work, and does not unreasonably prejudice the legitimate interests of the

author, and, furthermore, if it corresponds to the requirement of fair practice and to the objective of the free use..

“(3) The provision on free uses shall not be interpreted in an extending manner.”

4. (Limitation of the right of reproduction to a mere right to remuneration in certain cases of private copying.) Special provisions apply to reproduction on audio and audiovisual carriers. These are included in Article 20, whose paragraphs (1) and (2) read as follows:

“Article 20. (1) The authors of those works, the performers of those performances, and the producers of those films and phonograms which are broadcast by broadcasting organizations, or are distributed on audio or audiovisual carriers, shall have a right to remuneration for the private copying of their works, performances, films and phonograms, respectively.

“(2) The amount of the remuneration mentioned in paragraph (1) shall be fixed by the organization in charge of collective management of rights in literary and musical works, in agreement with the collective management organizations of the other owners of rights concerned. At the fixation of the remuneration, it shall be taken into account whether or not, for the protection of copyright and neighboring rights in the works, performances, films and phonograms concerned, effective technological measures (Article 95) are applied. The remuneration shall be paid to the organization in charge of collective management of rights in literary and musical works by the manufacturers of the audio or audiovisual carriers, and, in the case of carriers manufactured abroad, by the persons obligated to pay customs duties, or – in the absence of obligation to pay customs duties – by the persons importing the carriers into the country and the persons putting them into circulation within the country as joint and several debtors, within eight days from the completion of the customs procedure, or, in the absence of obligation to pay customs duties, from the importation of the carriers into the country. For the payment of the remuneration, also all those who participate in the distribution of the carriers shall have joint and several liability.”

5. Paragraphs (3) to (6) of the article contains provisions about carriers exempted from the payment of remuneration and about the distribution of thereof, while paragraph (7) provides for mandatory collective management of the right to remuneration. These provisions are not relevant from the viewpoint of the questions posed by the petitioner.

*International, community and national regulation of the “three-step test;” obligatory application of the test to the exceptions to, and limitations of, the right of reproduction*

6. (Article 9(2) of the Berne Convention on the exceptions to, and limitations of, authors’ right of reproduction.) The “three-step test” became part of the regulation of intellectual property rights, for the first time, as a result of the 19967 Stockholm revision of the Berne Convention. Article 9(2) of the Convention provided, and still does so in its latest, 1971 Paris Act, that the national legislation of the countries of the Berne Union (i) may only permit the reproduction of literary and artistic works in special cases; (ii) if it does not conflict with a normal exploitation of the work; and (iii) if it does not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author.

7. The report of the Main Committee I of the Stockholm diplomatic conference makes it clear that such reproduction may be permitted in two possible forms: either in the form of free uses (which mean that the copier does not need the author's authorization and is not obligated to pay remuneration) or in the form of non-voluntary licenses (which means that there is no need for the author's authorization, but remuneration must be paid).<sup>1</sup> In the former case, an exception to, while, in the latter case, a limitation of, the right of reproduction is involved.

8. On the basis of the Records of the Stockholm diplomatic conference, it is clear that the folklore-type belief frequently expressed and quite widespread among the members of the public, according to which private copying is, in general, free and everyone has a "right" to it, is completely unfounded. Under Article 9(1) of the Berne Convention, the exclusive right of reproduction is applicable also to reproduction for private purposes, and what is only allowed to national legislation is to introduce exceptions to, or limitations of, this right, provided they correspond to the conditions of the "three-step test" under Article 9(2). That is, provided that the exception or limitation (i) does not extend to all kinds of private copying, but only to certain special cases thereof; (ii) does not conflict with a normal exploitation of the work; and (iii) does not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author.

9. The Stockholm diplomatic conference dealt with an explicit proposal that private copying should be recognized as an exception to the right of reproduction without any further condition whatsoever (the reason of which must have been found in the fact that, in the 1960s, the devices that now make copying so easy, perfect and massive did not exist yet), but rejected it. This happened in the following way. The Committee of Governmental Experts convened by the Director of BIRPI (the predecessor organization of WIPO) for the preparation of the diplomatic conference established a special working group for the preparation of draft provisions on the right of reproduction and on exceptions to, and limitations of, it. The Committee accepted the proposal of the working group which, thus, became part of the text submitted to the diplomatic conference. The proposal consisted of the following elements: (i) the explicit recognition of the right of reproduction (since, in the case of the previous Acts of the Berne Convention, the obligation to grant this basic right, had only followed – on the basis of the "*a contrario*" principle – from the possibilities of introducing exceptions to it under the Convention)); and (ii) provisions allowing to the countries of the Berne Union to permit exceptions or limitations for: (a) private use; (b) juridical and administrative purposes; and (c) "in certain particular cases where the reproduction is not contrary to the legitimate interests of the author and does not conflict with a normal exploitation of the work."<sup>2</sup>

10. A number of amendments were submitted to the Main Committee I (which was dealing with the revision of the Berne Convention), some of which were intended to narrow the

---

<sup>1</sup> The report of Main Committee I reads as follows in this respect: "If it is considered that reproduction conflicts with the normal exploitation of the work, reproduction is not permitted at all. If it is considered that reproduction does not conflict with the normal exploitation of the work, the next step would be to consider whether it does not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author. Only if such is not the case would it be possible in certain special cases to introduce a compulsory license or to provide for use without payment" [emphasis added by the panel of the Council], "*Records of the Intellectual Property Conference of Stockholm (1967)*," WIPO publication, Geneva 1971, (hereinafter: Records of the Stockholm conference), pp. 1145-46., para. 85.

<sup>2</sup> Records of the Stockholm conference, p. 113.

exceptions, while the objective of others was rather the broadening thereof.<sup>3</sup> The Main Committee I, however, finally, rather adopted the proposal of the United Kingdom which, in substance, corresponded to the present text of Article 9(2) (only some minor drafting changes were made before its final adoption by the conference). The essence of the proposal was that points (a) and (b) appearing in the draft text (that is, the provisions on exceptions for private copying and for juridical and administrative purposes) should be left out, and only point (c) should become part of the text of the new provision. As a result of this, the possible exceptions for private copying became also subject to the conditions of the “three-step test.”

11. (Article 15.1(a) of the Rome Convention on exceptions to neighboring rights for private use.) Under Article 15.1(a) of the Rome Convention on the protection of neighboring rights (that is, the rights of performers, producers of phonograms and broadcasting organizations), the Contracting States may introduce exceptions for private copying – and for private use in general – without any further condition. It is to be noted, however, that the Rome Convention was adopted in 1961, six years before the 1967 revision of the Berne Convention, when it was even less foreseeable what kinds of technological developments would take place making massive and perfect private copying possible and how negatively would this affect the normal exploitation of works and objects of neighboring rights and the legitimate interests of owners of rights.

12. (Article 13 of the TRIPS Agreement on exceptions to, and limitations of, the economic rights of authors, and its Article 30 on exceptions to the rights of patent owners.) Article 13 of the TRIPS Agreement has extended the application of the “three-step test” to all economic rights of owners of copyright. This provision of the TRIPS Agreement contains the same three conditions as Article 9(2) of the Berne Convention. There are two drafting differences, but they are not of a truly substantive nature. First, Article 13 of the Agreement refers to the application of exceptions and limitations rather than to the permission of uses, but this just makes the text clearer (in the same sense as it also follows from the correct interpretation of Article 9(2) of the Berne Convention in the light of the statements included in the report of the Main Committee I). Second, the provision of the Agreement speaks about the legitimate interests of “the right holder” rather than about those of author; however, the provisions of the Berne Convention on the rights and interests of authors should also be interpreted as equally applicable – of course, with the exception of moral rights – also to other right holders.

13. It should be noted that Article 13 of the TRIPS Agreement only concerns copyright. This follows not only from the fact that this article may be found after Articles 9 to 12 on copyright and before Article 14 on neighboring (or as they are called in the Agreement: “related”) rights, but also from the text of Article 13 which only mentions works (protected by copyright). Article 14.6 of the Agreement then make this completely clear, since it provides that, for the exceptions to, and limitations of, “related” rights, the relevant provisions of the Rome Convention (thus, also its Article 15.1(a) on private uses) are applicable.

14. Also in view of the WTO dispute settlement case to which reference is made, below, it is justified to mention in this context that the TRIPS Agreement has extended the application of the “three-step test” not only to all economic rights of owners of copyright but also to the rights of patent owners, although with certain differences. The most important substantive difference,

---

<sup>3</sup> *Ibid*, pp. 690-92.

however, cannot be found in the three “steps,” but rather in the fact that the relevant provision of the Agreement – its Article 30 – only speaks about *exceptions*, and that it does not extend to *limitations* (it is Article 31 of the Agreement which provides for the possibility of limitations of the rights of patent owners in the form of compulsory licenses on the basis of different and much more detailed conditions). The first “step” of the patent test is only partly similar to that of the copyright test, since it only provides for the “limited” extent of exceptions without any reference to their special nature. The second “step” is practically the same (of course, in a “*mutatis mutandis*” manner) as in the case of Article 13. The third “step” also differs to a certain extent. Similarly to the copyright test, it provides that the exception must not unreasonably prejudice the legitimate interests of the patent owner, but it adds that, for judging whether this is the case, the legitimate interests of third parties should also be taken into account. (It is to be noted, however, that the inclusion of the latter criterion does lead to a truly substantive difference in the application of the third “step,” since it seems obvious that, also in the case of the copyright test, the legitimate interests of third parties, and in general of the public at large, should be taken into account for finding which are the cases where an exception prejudices the legitimate interests of the authors, but where, nevertheless, under the given circumstances, such a prejudice still cannot be regarded as unreasonable.)

15. (Article 10 of the WCT and Article 16 of the WPPT on the exceptions to, and limitations of, the rights of authors, performers and producers of phonograms.) The career of the “three-step test” has been completed by the two so-called WIPO “Internet Treaties” – the WCT and the WPPT – adopted in 1996. The two Treaties have extended the application of the test to all economic rights of authors, performers and producers of phonograms. Article 10 of the WCT and Article 16 of the WPPT include the same three conditions as Article 9(2) of the Berne Convention and Article 13 of the TRIPS Agreement. These provisions, in the same style as Article 13 of the TRIPS Agreement, refer to the conditions of the exceptions to, and limitations of, economic rights (the WCT, however, does not follow the provision of the TRIPS Agreement in the sense that it does not speak of the interests of holders of rights in general; in that respect, it has adopted the text of the Berne Convention.)

16. (Article(2)(b) of the InfoSoc Directive on the limitation of the exclusive right of authors and owners of neighboring rights to a mere right to remuneration in the case of private copying and its Article 5(5) on the general conditions of the exceptions to, and limitations of, economic rights.) As it is well known, Article 5(1) to (4) of Directive 2001/29/EC of the European Parliament and the Council of 22 May 2001 “on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the Information Society” (hereinafter: the “InfoSoc Directive”) contain an exhaustive list of exceptions and limitations that the Member States may apply in the case of certain rights – including the right of reproduction – of authors and owners of neighboring rights. A limitation concerning private copying is one of them. Article 5(2)(b) provides that “Member States may provide for exceptions and limitations to the reproduction right... in respect of reproduction on any medium made by a natural person for private use and for ends that are neither directly nor indirectly commercial, on condition that the rightholders receive fair compensation which takes into account the application or non-application of technological measures referred to in Article 6 to the work or subject-matter concerned”. However, Article 5(5) is also applicable to this limitation. It provides as follows: “The exceptions and limitations provided for in paragraphs 1, 2, 3 and 4 shall only be applied in certain special cases which do not conflict with a normal exploitation of the work or other subject-matter and do not

unreasonably prejudice the legitimate interests of the rightholder.” That is, under the InfoSoc Directive, exceptions and limitations for private copying are only permitted if they are in accordance with the “three-step test.”

17. (Article 33(2) of the LoC: the second and third “steps” from the three.) As regards free uses permitted under the LoC, and thus also the free use for private copying under its Article 35, they are covered, at least, by the second and third “steps” of the “three-step test.” This is prescribed by Article 33(2) on the general conditions of free uses. That provision does not include the first “step;” at the same time, in addition to the second and third “steps,” it also provides for certain further conditions, since, as quoted above, it provides as follows: “A free use, even in the cases provided in this Law, shall only be allowed and not subject to the obligation to pay remuneration, if it does not conflict with a normal exploitation of the work, and does not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author, and, furthermore, if it corresponds to the requirement of fair practice and to the objective of the free use”. These “additional” conditions, however, may also be deduced from certain rules of the Berne Convention. For example, the requirement of “fair practice” – which obviously cannot be regarded as limited to those cases – is stated explicitly in Articles 20(1) and (2) on exceptions for quotations and for educational uses. And the condition that a free use is only allowed for a purpose that is in harmony with its objective, first, seems obvious; second, it follows from the first “step” itself; and, third, it is also stated quite explicitly in Article 10(1) and (2).

18. (The “addressees” of the three “steps;” Article 33(2) of the LoC and its scope of application.) It could be the topic of a separate debate whether, for the sake of establishing full accordance with the above-mentioned international norms and with Article 5(5) of the InfoSoc Directive, it would be justified to complete Article 33(2) of the LoC with the first “step” of the “three-step test.” The answer to this question depends on whether the first “step” is regarded to contain a condition that must be taken into account also by the courts, or whether its addressees – in contrast with the second and the third “steps” – are the legislators alone. Article 33(2) corresponds to the latter case, and this – although arguments may be presented in favor of the opposite solution – seems to be appropriate (it reflects the position that, with the broadening or narrowing of the specific cases where exceptions and limitations may be permitted, it is justified that the legislators intervene; while, as regards the other two “steps” of the “three-step test” – since they depend, to a great extent, on the changing conditions of the concrete cases – it is better to leave their application to the practice and the jurisprudence).

19. The panel, also due to the above-mentioned reasons, believes that, for the time being, it is sufficient to state that the LoC does not qualify private copying as such a “special case,” since its Article 35(1) to (3) exclude a broad scope of such copying from the application of exceptions and limitations. The LoC provides for two categories of cases: on the one hand, those cases where the exclusive right of reproduction is limited to a mere right to remuneration (see Articles 20 and 21), and, on the other hand, those which are covered by the possibility of free use, in the form of exceptions (see Article 35, in respect of those cases which are *not* excluded from the possibility of free uses).

20. It is a more important question whether or not Article 33(2) also applies to the limitations of the right of reproduction under Article 20.

21. On the basis of the comparison of the texts of these articles, at first sight, a negative answer seems justified to this question. The reason for this is that Article 33(2) only refers to *free uses*, which are defined in Article 33(1) as those cases where “the author’s authorization shall not be needed and there shall be *no obligation to pay remuneration*” [emphasis added by the panel], but, in the case of private copying covered by Article 20, although the author’s organization is not needed, *remuneration is to be paid*. It would follow from this that even the second and third “steps” of the “three-step test” would not extend to the limitation of the right of reproduction by virtue of Article 20; that is, the recognition of the right to remuneration and the payment thereof would be sufficient even where the concrete cases of private copying would conflict with a normal exploitation of the work and would unreasonably prejudice the legitimate interests of the author or other owner of rights (and, furthermore, if the other conditions provided in Article 33(2) are also taken into account, it would be irrelevant that the given cases of private copying would not correspond to the requirement of fair practice and to the objective of the limitation).

22. On the basis of this kind of textual interpretation, contradictions would emerge within the LoC. And what is, at least, as much important, it would get in conflict with the above-mentioned international norms and the relevant rules of the InfoSoc Directive.

23. Without dealing with the problems – in particular, with the absence of harmony with the relevant provisions of the Berne Convention, the TRIPS Agreement and the WCT – the panel believes that it is sufficient to refer to the fact that such a conflict with the *acquis communautaire* cannot remain unresolved in the national law of a Member State of the European Union. In this respect, the decisions of the European Court of Justice offer clear guidance. A number of decisions have emphasized that the courts of the Member States are obligated to interpret the national laws in a way that they become suitable to realize the objectives of the directives. (It is not the case that the national courts are supposed to apply the community law, but only that they should ensure an indirect impact of the community law through an appropriate interpretation of the national law.) It was, first, in the famous *von Colson* and *Harz* cases<sup>4</sup> that the European Court of Justice stated that the courts of the Member States are obligated to interpret a given directive, in view of its objective and provisions, in a way that its objective may be realized through the application of national laws. The *von Colson* doctrine then was further developed in several decisions of the European Court of Justice. The *Marleasing* decision<sup>5</sup> extended it to those national laws too which did not serve explicitly the transposition of a given directive, and even to those which had been adopted before the directive. Then the decision in the *Wagner Miret* case,<sup>6</sup> underlined that, in the case of a national law adopted for the purpose of the transposition of a directive, the national court must presume that the given Member State wants to fulfill its obligations under the community law, and it must interpret national laws in a way that the objectives of the directive may be fulfilled.

24. In connection with the latter principle, it should be mentioned that the primary purpose of Law N<sup>o</sup> CII. of 2003 – which entered into force on May 1, 2004, the day when Hungary became a

---

<sup>4</sup> See 14/83, *von Colson v. Land Nordrhein-Westfalen*, (1984) ECR 1891; és 79/83, *Harz v. Deutsche Tradax GmbH*, (1984) ECR 1921.

<sup>5</sup> See C-106/89, *Marleasing SA v. La Comercial Internacional de Alimentación SA*, (1990) ECR I-4135.

<sup>6</sup> See C-334/92, *Wagner Miret v. Fondo di Garantía Salarial*, (1993) ECR I-6911.

member of the European Union – was the completion of the transposition of the InfoSoc Directive (and its ministerial presentation in the Parliament did not leave any doubt about it). That Law has also modified the provisions of the LoC on private copying, and the ministerial presentation precisely identified those provisions of the Directive – in particular its Article 5(2)(b) relevant from this viewpoint – which had made the modifications necessary.

25. In view of all this, it seems obvious that the “three-step test” – at least, the conditions of its second and third “steps” (as provided in Article 33(2)) – should be applied not only to free private copying under Article 35, but also to the limitation of the exclusive right of reproduction to a mere right to remuneration by virtue of Article 20, irrespective of the fact that the said two “steps” do not cover explicitly the latter, or, at least, their application – unless the *von Colson* doctrine is taken into account – could only be based on quite an extensive interpretation of Article 33(2).

26. It is worthwhile referring to the decision of the French Supreme Court adopted on February 28, 2006, in the “*Mulholland*” case, which applied the *von Colson* doctrine exactly in respect of provisions on the exceptions and limitations for private copying. The Court has stated that (i) although France has not transposed yet the InfoSoc Directive, the national laws should be interpreted and applied in harmony with it; (ii) consequently, Article 5(5) of the Directive should be applied also to the exceptions and limitations for private copying provided for in the French law; (iii) therefore, it is not appropriate to speak about some kind of general right to private copying of the consumers, and (iv) thus, these exceptions and limitations are not applicable in those cases where they do not correspond to the “three-step test.” The Court found that, on the basis of this interpretation, the said exceptions and limitations are not applicable in the case which was the subject-matter of the dispute, where the French association of consumers alleged that the copy-protection technological measures included into DVDs violate the consumers’ “right” to free private copies. The panel attaches, in *annex 1*, a copy of this decision of the French Supreme Court, and, in *annex 2*, a detailed description of the case and the arguments presented by the parties.<sup>7</sup>

### **III. Interpretation and application of the “three-step test”**

27. (Interpretation of the “three-step test” by WTO dispute settlement panels.) In the framework of the dispute settlement system of the World Trade Organization (WTO), two important findings were adopted in 2000 dealing with the interpretation of the “three-step test.” The first one, finalized on April 30, 2000, in a dispute between the European Communities and Canada (WT/DS/114/R) interpreted Article 30 of the TRIPS Agreement. This Article, as mentioned above, includes a variant of the “three-step test” for exceptions to the rights of patent owners. Interestingly enough, the interpretation of this provision, even if it concerns patents, was based mainly on those parts of documents and reports of the 1967 Stockholm diplomatic conference which related to the preparatory work and debate of what has become Article 9(2) of the Berne Convention. This was the reason for which a copyright specialist was the only intellectual property expert in the panel – in addition to a international trade professor and a

---

<sup>7</sup> This version of the opinion does not contain these annexes. Copies may be obtained, at request, from the Secretariat of the Council of Copyright Experts.

healthcare professor (since the case concerned pharmaceutical patents). The panel analyzed all the three “steps.” As mentioned above, there are differences between the copyright test and the patent test in respect of the first “test.” Since, however, the second and third “steps” of the two versions of the test, as regards their substance, are the same or very similar to each other, the findings of the patent panel had relevance also from the viewpoint of copyright.

28. There was such an impact of the findings of the patent panel that the copyright panel acting in a dispute between the European Communities and the United States of America (WT/DS/160/R) also applied them in its findings adopted later, on June 15, 2000. This, however, for the reasons mentioned above, was only possible in respect of the second and third “steps.” As far as the first “step” was concerned, funnily enough, it seemed that the copyright panel rather applied the quantitative approach of the patent test provided for in Article 30 of the TRIPS Agreement, and it seemed to forget about the quantitative, normative elements of the concept of “special cases” in the copyright test; that is, about the condition that, for the application of an exception or limitation, it is not sufficient that a case is of a limited scope; in addition, there must be also some specific, sound and well-founded social and legal-political reasons for it.

29. (Critical analysis of the panel findings; WIPO Guide on the interpretation of the “three-step test.”) The interpretation applied by the copyright panel did not produce erroneous results in the given dispute, since it seems that, on the basis of a quantitative, normative interpretation, the same results would have been reached. Nevertheless, the merely quantitative approach applied by the copyright panel has been criticized by several commentators (it is to be noted, however, that there was no appeal against the findings, as was no appeal against the findings of the patent panel either; thus, the WTO Appellate Body did not have an opportunity to deal with them, and, thus, these findings have not obtained a full value of precedents). The panel of the Council attaches, in *annex 3*, the copy of a study published in the April 2002 issue of the *Revue internationale du droit d’auteur (R.I.D.A.)* that describes the two above-mentioned WTO findings, and points out the problems raised by the merely quantitative approach of the copyright panel.<sup>8</sup> It is to be noted that, as regards the first “step” of the “three-step test,” WIPO also seems to be in favor of the joint application of both the quantitative and the qualitative, normative criteria. This is reflected in that part of the WIPO Guide to the Substantive Provisions of the Berne Convention which analyses and interprets Article 9(2)9 of the Berne Convention (a copy thereof is attached to this opinion as *annex 4*).<sup>9</sup>

30. (Summary of the interpretation of the “three-step test.”) On the basis of the above-mentioned documents and reports of the 1967 Stockholm diplomatic conference, the findings of the WTO dispute settlement panels, and the analysis made in the WIPO Guide, the interpretation of the “three-step test” may be summarized as follows.

31. First “step:” exceptions and limitations may only cover “special cases.” This condition is partly of a quantitative, and partly of a qualitative, normative nature. It is of a quantitative nature in the sense that exceptions and limitations may only be applied in a narrower scope, and it is of a

---

<sup>8</sup> This version of the opinion does not contain the annex. The study mentioned in the text has been published, in English, and in French and Spanish translations, on pages 110-251 of the said issue of the R.I.D.A.

<sup>9</sup> See: “Guide to the Copyright and Related Rights Treaties Administered by WIPO and Glossary of Copyright and Related Rights Terms,” WIPO, Geneva, 2003, pp. 56-60. This version of the opinion does not contain the annex.

qualitative, normative nature in the sense that there is a need for some sound, social and legal-political reasons to justify their application.

32. Second “step:” exceptions and limitations must not conflict with a normal exploitation of works. The explanatory note added to the draft Article 9(2) of the Berne Convention indicates quite clearly what was meant under this second “step:” “all forms of exploiting a work which had, or were likely to acquire, considerable economic or practical importance must in principle be reserved to the authors; exceptions that might restrict the possibilities open to authors in these respects were unacceptable.”<sup>10</sup> The note then adds as follows: “Since any exception to the right of reproduction must inevitably prejudice the author’s interests, the Working Group had attempted to limit that prejudice by introducing the term ‘unreasonable’.”<sup>11</sup>

33. Third “step:” exceptions and limitations must not unreasonably prejudice the legitimate interests of authors. The WTO panels and the commentators have dealt both with the merely legal aspect of “legitimate interests” (something guaranteed by law) and with its broader, normative value-oriented aspect. It seems that, in this concept, both aspects are present. It is worthwhile referring to the following statement of the Chairman of the Main Committee I of the Stockholm diplomatic conference: “Since any exception to the right of reproduction must inevitably prejudice the author’s interests, the Working Group had attempted to limit that prejudice by introducing the term... ‘unreasonable’.”<sup>12</sup> The first part of the statement refers to general legal interests (guaranteed by law), but, due to the use of the term “unreasonable,” it is clarified that the expression “legitimate interests” also have a normative, value-oriented meaning. It seems also quite clear that it is not sufficient to concentrate on the author’s interests alone, since without taking also into account the interests of third parties – and the public at large, in general – it would hardly be possible to establish which interests of the author are truly legitimate, and what level of prejudice may be regarded “unreasonable.”

#### **IV. The “three-step test” and private copying from illegal sources**

34. The panel recall that the questions posed by the petitioner concern private copying of audiovisual works (and musical works) from illegal sources. It is necessary to recall this, since, although the petitioner only refers to the task of interpreting Articles 33(2) and (3) and 35(1) of the LoC, the panel finds it necessary to extend the analysis to Article 20(1) and (2), since those provisions relate, in particular, to the private copying of audiovisual works (and musical works). In the case of the latter provisions, the limitation of the exclusive right of reproduction to a mere right to remuneration is involved, rather than an exception to that right. Since the remuneration (a levy) to be paid under the said provisions certainly has a role in judging the question of whether or not private copying from illegal sources unreasonably prejudices the legitimate interests of copyright owners, it should be taken into account in the application of the “three-step test.” Furthermore, it is also necessary to answer the question of what impact it might have on the right to remuneration if it were found that private copying from illegal sources is not allowed even with the application of such a right (the latter question is analyzed separately below).

---

<sup>10</sup> Records of the Stockholm conference, p. 112. old.

<sup>11</sup> *Ibid.*

<sup>12</sup> *Ibid.*, p.883.

35. (First “step.”) In the case of private copying, it is particularly important that the concept of “special cases” is not only of a quantitative, but also of a qualitative nature with legal-political significance. Private copying in itself is not a “special case.” Only the objective and nature of copying may make it “special.” When, in the past, the various national laws permitted free private copying, in general, only manual copying or reproduction by simpler machines (such as typewriter) were covered, and this determined the narrower scope of the exception not only quantitatively but also qualitatively. The scope and nature of exceptions, and later the limitations to a mere right to remuneration, have been changing as a result of the advent of ever newer means (devices and carriers) that have facilitated private copying, and made it ever more perfect and massive. Article 20 of the LoC relates to the private copying to audiovisual (and musical) works broadcast or distributed on audio or audiovisual carriers. This limitation of the exclusive right of reproduction to a mere right to remuneration reflects the recognition that, in the case of works broadcast or thus distributed, it is hardly possible to control private copying, that by such copying, when it becomes massive, does unreasonably prejudice the legitimate interests of the owners of rights, but that this prejudice may – and should – be reduced to a reasonable level by the introduction and application of a right to remuneration in the form of a levy. In the digital, networked environment, however, the circumstances, conditions and impacts of private copying have changed. On the one hand, such copying, if it is not controlled – due to its easy, perfect and, as a consequence of the rapidly growing Internet population, ever more massive nature – it may extend beyond the scope of a “special case,” and may become a general form of reproduction. On the other hand, with the application of technological measures and rights management information, and their adequate protection prescribed by the WCT, the WPPT and the InfoSoc Directive, the owners of rights may prevent this, and may ensure that private copying as a free use or with the application of a mere right to remuneration, be truly limited to special cases.

36. If private copying were allowed also from illegal sources, it would conflict with the criteria of “special cases.” First, it would transform the “special case” foreseen for the application of the right to remuneration into a general form of reproduction. Second – and this in itself would be sufficient to exclude the applicability of any exception or limitation – it would not correspond to the condition that for the recognition of a “special case,” a sound and well-founded social, legal-political justification is needed. As regards private copying from illegal sources mentioned by the petitioner, there are two typical sources. The first one is that a work is made public, distributed or communicated to the public illegally, in particular by making it available to the public through the Internet (as it has happened recently in the case of the Hungarian film “*Üvegtigris 2*” (“Glass Tiger 2”)), and the other one is that the technological protection measure applied by the owner of rights is circumvented and the work thus distributed or communicated to the public serves as a source of private copying. To permit free uses or to limit the exclusive right of reproduction to a mere right to remuneration in such cases not only would not correspond to the quantitative, qualitative and legal-political criteria of “special cases,” but it would also be in clear conflict with the very *raison d’être*, objectives and fundamental nature of copyright. The message delivered by it would be devastating: do not care that you copy from an illegal source; do not worry that you do so without the author’s consent; copyright is an out-of-date institution; on the Internet, everything is free; just copy any work and use it in this beautiful new world of complete freedom! In fact, the illegal web-sites do “advertise” themselves exactly with this kind of “revolutionary ideology.”

37. (Second “step.”) It follows from the nature and structure of the “three-step test” that, if it turns out about a possible exception or limitation that it does not fulfill the criteria of the very first “step,” there is no need to deal with it from the viewpoint of the remaining two “steps.” Nevertheless, the panel, for the sake of offering a complete analysis, also addresses the second and third “steps.” In the case of the second “step,” this does not require too much efforts, since on the basis of the findings outlined above concerning the first “step,” the answer seems obvious. The “on-line” making available of works in digital form, along with copy-protection technological measures, for private copying (downloading) has become a form of normal exploitation. In view of this, the permission of this kind of private from illegal sources would be in clear conflict with this form of normal exploitation of the works concerned.

38. (Third “step.”) As pointed out above, in the case of the third “step,” the words “legitimate” and “unreasonably” have a normative, value-oriented meaning, and that, in judging whether a prejudice to the legitimate interests of authors is reasonable or unreasonable, also the possible legitimate interests of third parties and of the public at large should be taken into account. The panel believes that there is no need to elaborate on the reasons for which it would be nonsense to claim that, in addition to free private copying from legal sources, the permission of such copying from illegal sources could also be recognized as a legitimate interest of users, and that the prejudice caused by this to the owners of rights would not be unreasonable. The right to remuneration alone would not be suitable to reduce the prejudice thus caused to a reasonable level.

39. (The requirements of fairness and harmony with the objective of the exception or limitation.) As indicated above, the panel is of the opinion that the permission of private copying from illegal sources would not be in accordance with the “three-step test.” In the case of the LoC, this would mean a conflict, in particular, with Article 33(2). This provision also prescribes that an exception (free use) – but, as analyzed above, if it is duly interpreted, also a limitation of an exclusive right to a mere right to remuneration – must correspond to the requirement of fair practice and to the objective of the exception or limitation. These requirements, as pointed out by the panel above, in fact, mean some separate emphasis of certain elements of the “three-step test” and of other rules of the Berne Convention. The requirements of fair practice and harmony with the objective of the exception or limitation concerned may be deduced both from the qualitative aspect of the first “step” and from the normative, value-oriented nature of the third “step.” With the application of these criteria, it would hardly possible to reach any finding other than that private copying from illegal sources must not be allowed, also for the reasons that it would not correspond to the requirement of fair practice and to the objectives of the limitation of the right of reproduction to a mere right to remuneration.

40. (The question of the copiers’ state of mind.) When the consequences of private copying from illegal sources are discussed, sometimes it emerges as an argument, that such copying should be permitted since the copiers cannot be aware which source is legal and which one is illegal. The panel do not find this argument well founded. Obviously, no civil remedy or penal sanction may be applied in the case of *bona fide* behavior, when a given state of mind and other criteria prescribed for the applicability thereof (such as willfulness, negligence or generally expectable behavior) cannot be ascertained. Where, however, these criteria are present, and there is a chance for the application of the remedies and sanctions concerned – in this respect, the practical difficulties are well know but are not insurmountable – there is no reason to exclude

them. The panel observes that this principle is accepted and supported also by the Hungarian consumers. This is reflected in point 2.3 of the agreement concluded on February 20, 2006, between the Artisjus Association - Hungarian Bureau for the Protection of Authors' Rights, on the one hand, and the National Association of Consumers, on the other hand. It reads as follows: "The consumer should enjoy protection even in a situation where he *bona fide* copies music from an illegal source" [emphasis added by the panel]. It follows from this, that, if the consumer *mala fide* copies from such a source, he does not deserve "protection."

## V. The relationship of private copying from illegal sources and the right to remuneration

41. (The "the levy cannot legalize piracy" thesis and the relevant provisions.) In respect of the relationship between private copying and the right of reproduction (applied usually through a levy on recording devices and blank carriers), it is a frequently repeated thesis that "the levy cannot legalize piracy." That is, in those cases where private copying is not allowed for some reasons, and, if it still takes place, and, thus, an infringement is committed, the only acceptable way is to apply the consequences of the infringement. In such cases, the owners of rights would not be in the position to benefit from the right to remuneration, and, as a consequence, in proportion to private copying from illegal sources, the amount of the levy to be paid on the basis of the right to remuneration would have to be decreased (and *ad absurdum*, if private copying from illegal sources became a general practice, the right to remuneration itself would have to be abolished).

42. The panel does not share this view.

43. First of all, it is necessary to interpret the relevant provisions of the InfoSoc Directive – Article 5(2)(b) and (5) – from this viewpoint. The former provision, as quoted above, reads as follows: "Member States may provide for exceptions and limitations to the reproduction right... in respect of reproduction on any medium made by a natural person for private use and for ends that are neither directly nor indirectly commercial, on condition that the rightholders receive fair compensation which takes into account the application or non-application of technological measures referred to in Article 6 to the work or subject-matter concerned." According to Article 5(5), however, this limitation is not applicable if it, in the concrete case, does not correspond to the "three-step test."

44. As indicated above, in the opinion of the panel, the permission of private copying from illegal sources – either as a free use or against a right to remuneration – would be in conflict with all the three "steps" of the "three-step test." From this position, according to the "the levy does not legalize piracy" thesis, it would follow that the right to remuneration could not be applied in respect of such copying.

45. It can be seen already at a first sight that this cannot be deduced – at least not in a direct manner – from the above-quoted provisions of the InfoSoc Directive or from its relevant recitals (in particular, recitals (38) and (39)). These texts do not contain any direct, or even indirect, reference to copying from illegal sources. Thus, while it is clearly stated in Article 5(2)(b) that, at the fixation of the remuneration ("fair compensation"), the application or non-application of technological measures must be taken into account, there is no indication whatsoever that the

legal or illegal nature of the source of copying would also have to be taken into account for this purpose (although there would not have been any obstacle for the drafters of the Directive to state this, if this would have been the intention).

46. Therefore, the need for narrowing the application of, or even abolishing, the right to remuneration in view of private copying from illegal sources, could not be based on a mere grammatical interpretation, but only on some other methods of (extensive) interpretation.

47. The same may be said about Articles 20 and 33(2) of the LoC which are in accordance with the Directive. There is no textual rule in these provisions either that could serve as a basis for the narrowing of the scope of application, or the abolition of the right to remuneration because the blank audio and audiovisual carriers on which levies are to be paid are used (also) for private copying from illegal sources.

48. (Contextual and legal-logical analysis; dubious options.) For the reasons discussed above, also the contextual and legal-logical analysis of the objective and nature of the right to remuneration (levy) seems indispensable.

49. It follows from the position of the panel – according to which private copying from illegal sources must not be permitted – that the payment of the remuneration built into the price of the blank audio and audiovisual carrier in the form of a levy only authorizes the consumer to private copying from legal sources. There is an opinion – and those who accept the “the levy cannot legalize piracy” thesis certainly share it – that, from this position, it follows inevitably that the scope of application of the right of reproduction (levy) should be reduced, or it even may have to be abolished.

50. In view of the panel, such a conclusion would be unfounded.

51. It seems that, in principle, there might be three options for the reduction or abolition of the right to remuneration in proportion to the extent of private copying from illegal sources.

52. The first option might be that a consumer could demand that the blank audio or audiovisual carrier be sold to him at proportionally lower price – without a levy on it – on the basis of the argument that he would like to use it for copying from illegal sources. The distributor of the carrier then could demand the reimbursement of the difference thus emerging between the price increased by the levy and the price without it from the collective management organization to which the levies have already been paid. The complex book-keeping and accounting problems could also be avoided if two kinds of blank carriers were offered by the distributors; one at a higher price burdened by the levy for those who wish to make private copies from legal sources, and another, cheaper one without levy for those who prefer illegal sources. This “option,” of course, is so absurd that it would not be worthwhile using time to elaborate on the reasons for which it would be unacceptable.

53. The second option might be, in principle, that the copiers from illegal sources could demand reimbursement from the collective management organization the proportional part of the levy. For this “option” the same applies as to the first one. It would not only be at the border of ridiculousness but would go beyond it. Similarly to the first “option,” and perhaps even more

clearly, it would be in conflict with the age-old principle reflected in the second sentence of Article 4(4) of the Hungarian Civil Code: “No one may refer to his own imputable behavior in order to obtain advantage” (which approximately corresponds to the principle “*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”).

54. The third possible option that might emerge, in principle, would not consist in a case by case exclusion of the application of the right to remuneration, but a solution similar to the one which is used, in respect of the application or non-application of technological measure, in Article 5(2)(b) of the InfoSoc Directive and in Article 20 of the LoC. Namely that the amount of the levy to be paid on the basis of the right to remuneration would be reduced (or the levy would be abolished) in proportion to private copying from illegal sources (identified on the basis of some kind of sampling). As regards the problem of private copying from illegal sources, it would have to be dealt with in accordance with its infringing nature; that is, the legal consequences of infringement would have to be applied. This “solution” might seem to be more reasonable, and this is, in fact, the proposal of the advocates of the thesis “the levy does not legalize piracy.”

55. It might be mentioned in favor of this solution – and it is, in fact, stressed by its advocates – that this is the one which is truly desirable from the viewpoint of legal policy, since, if it is found that an infringement has taken place, the right way is to apply the available remedies and sanctions. It may be added that this is necessary not only in order to achieve a better legal discipline by providing a deterrent effect, but also because the prejudice suffered by the owners of rights may be remedied more adequately and proportionately in this way.

56. The owners of rights would certainly agree with this – and they too would regard this solution as the best possible one – if it could be applied in practice appropriately. This is not the case, however. Under the present conditions, there is no realistic chance to identify all these kinds of infringements (or their majority, or even a considerable minority thereof) and to clarify the copiers’ status of mind in such an unequivocal manner that would be necessary for the application of certain remedies and sanctions.

57. Consequently, the decrease or abolition of the levies to be paid on the basis of the right to remuneration in proportion to private copying from illegal resources would lead to the result that, in a significant – and quite probably overwhelming – number of cases, the owners of rights would not receive any remuneration either in the form of levies or though damages paid by the infringers. At the same time, the copiers from illegal sources, in proportion to the prejudice caused by them to the owners of rights would enjoy an advantage. Thus, it may be stated that in “macro dimension,” we would be faced with the same result as in the case of the first two “options” which have been analyzed above and have been found unacceptable; namely that the outcome would be in conflict with the basic legal principle reflected in the above-quoted second sentence of Article 4(4) of the Civil Code. The production of such a result could hardly be the intention of the legislators and the courts.

58. (The solution that seems to be the right one.) The panel believes that the solution corresponding to the adequate interpretation and application of the law should be sought, and may be found, in another direction.

59. It is necessary to pose the question, what would happen if we did not decrease the amount of levy to be paid on the basis of the right to remuneration in view of the fact that there are – and probably many – people who use the audio and audiovisual carriers burdened with the levy for private copying from illegal sources.

60. What would happen is this. Those persons who copy from illegal sources would also pay the levy, and, thus, they would not enjoy an unjustified advantage in conflict with the above-mentioned legal principle laid down in the Civil Code; they would not get into a more advantageous position, in the majority of cases, than those who respect the law and only copy from legal sources. In principle, the doubt might emerge that, where they still had to pay damages for the infringement committed through copying from illegal sources, the payment of the levy would become unjustified retrospectively. However, the solution to this “problem” seems to be easy and quite obvious from the viewpoint of legal principles and techniques; simply, when the infringers truly paid damages, the amount of the levy previously paid by them would have to be taken into account proportionately.

61. The panel believes that, while the three previous “options” are either simply absurd or otherwise unacceptable from the viewpoint of legal logic and policy, this last one corresponds, in all aspects, to the international, community and national norms, to the letter and spirit of the relevant provisions, and to the underlining general legal principles

## **VI. Summary of the opinion; answers to the questions posed by the petitioner**

62. As quoted above, the petitioner, after having outlined the various aspects to be analyzed, has asked the Council to answer the following questions:

“1. Is it possible to deduce from the provisions of Articles 33(2) and (3) and 35(1) of the LoC that private reproduction made on the basis of an infringing copy or a work that has been communicated to the public illegally (with special attention to the acts of on-demand making available to the public through the Internet, according to Article 26(8) of the LoC, and to the acts of reproduction performed through downloading) is an infringement of copyright; or a legislative modification would rather be needed for settling this question?”

“2. If the Honorable Council of Copyright Experts were of the opinion that a modification of the Copyright Law would be necessary for settling the above-outlined problem, our further question would be as follows: whether the Honorable Council of Copyright Experts considers it necessary/possible that the Hungarian legislators adopt a specific rule – as a kind of exception to the exception – providing that the possibility of free use does not extend to private copying from obviously illegal sources, and referring to the state of mind of the person performing the acts of reproduction or to the requirements of circumspection and fair behavior?”

“In connection with question 2, we remark that, according to our view, the legal nature of a free use is not that it is a right of users, but that it is a restriction of the exclusive rights of copyright owners.”

**63. The panel is of the view that it may be deduced from the above-analyzed international, community and national norms on copyright that private copying from illegal sources is not permissible neither as a free use nor on the basis of the limitation of the exclusive right of reproduction to a mere right to remuneration.**

**64. The panel has found furthermore that**

- (i) in view of private copying from illegal sources, it is not justified to decrease the remuneration levied, by virtue of Article 20 of the LoC, on audio and audiovisual carriers for the possibility of private copying (and the abolition of the right to such remuneration is particularly not justified);**
- (ii) for the calculation of damages to be paid for the infringement committed by private copying from illegal resources, it should be taken into account if the infringer has paid a levy as part of the price of the audio or audiovisual carrier used by him for such copying.**

**65. As regards the petitioner's last remark quoted above – according to which “the legal nature of a free use is not that it is a right of users, but that it is a restriction of the exclusive rights of copyright owners” – as it turns out from the results of the analysis, above, of the relevant international, community and national norms, the panel completely agrees with it.**

-----

La nécessité de poser une telle question est soutenue par la pratique actuelle de l'exploitation d'œuvres protégées par le droit d'auteur :

Car dans la pratique, dans le cas où une personne physique fait un grand nombre de copies tangibles d'une œuvre (en général, il s'agit d'un film ou d'une œuvre musicale) ou elle charge de diverses œuvres audiovisuelles (et musicales) en masse sur le disque dur de son ordinateur obtenues d'un distributeur en ligne de toute évidence pirate à travers un serveur FTP à un prix d'abonnement mensuel élevé, il est possible de constater de manière univoque le non-respect des conditions de l'utilisation libre, comme le montre la très cohérente jurisprudence (pénale) en Hongrie.

Par contre, si on considère les actes de reproduction privée, un par un séparément, il est possible de dire qu'il ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre – par exemple le téléchargement d'une œuvre audiovisuelle d'un site pirate ou d'un système de *file sharing* (dans ce cas, il est évident que les actes de mise à la disposition du public qui sont la condition du téléchargement constituent des violations du droit d'auteur; notre question ne se relate pas à ceci). En même temps, si les mêmes actes séparés de reproduction privée, sont additionnés, ils constituent une grande masse, et il faut poser la question : est-ce qu'ils ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ?

La loi allemande sur le droit d'auteur (UrhG art. 53. alinéa (1)) se base aussi sur les obligations internationales (l'Accord sur l'ADPIC et la Convention de Berne) que la Lda, mais la loi allemande a incorporé une règle spéciale concernant la copie privée qui vise la source de l'œuvre: la loi allemande exclut la copie privée comme une utilisation libre dans les cas où il s'agit de reproduction d'une source manifestement illégale.

En vue de ce qui précède nous prions l'honorable Conseil d'experts de droit d'auteur de répondre aux questions suivantes :

1. Est-il possible de déduire de l'ensemble des dispositions des alinéas (2) et (3) de l'article 33 et de l'alinéa (1) de l'article 35 de la Lda que la copie privée produite à partir d'une œuvre ou d'un support qui a été reproduit(e) ou communiqué(e) au public de manière illégale (avec une attention particulière aux exploitations à travers de l'Internet – notamment à la mise à disposition au public comme indiquée dans l'alinéa (8) de l'article 26 de la Lda et la reproduction par téléchargement) porte atteinte aux droits exclusifs du titulaire des droits, ou bien une modification de la loi en vigueur serait nécessaire pour obtenir une situation juridique absolument claire.

2. Au cas où l'honorable Conseil d'experts de droit d'auteur répond à la question précédente qu'il est nécessaire de modifier la loi en vigueur pour réglementer la problématique présentée, alors notre question suivante vise à savoir si l'honorable Conseil juge souhaitable et possible que le législateur hongrois dispose d'une règle spéciale – en constituant ainsi une exception à l'exception – selon laquelle une reproduction effectuée à partir d'une œuvre produite de manière manifestement illégale ne constitue pas une utilisation libre, et est-ce que dans une telle disposition, le législateur devrait faire référence à l'état de conscience de la personne effectuant la copie privée et/ou à l'exigence de circonspection ou d'attente ?

Nous remarquons en rapport avec cette deuxième question que selon notre opinion une utilisation libre ne peut pas être caractérisée comme un droit spécial garanti aux consommateurs mais plutôt une limitation des droits exclusifs du titulaire du droit d'auteur. »

## II. Analyse des règles internationales, communautaires et nationales applicables

### *Les dispositions applicables de la Lda*

1. Le groupe spécial du Conseil nommé pour traiter les questions posées par le requérant juge nécessaire de citer mot à mot les dispositions compétentes de la Lda, et non seulement les articles 33 et 35, mentionnés par le requérant, mais l'article 20 aussi (l'article 21 reste en-dehors du sujet de l'examen car, malgré qu'il traite aussi de la copie privée, il s'agit de copie reprographique, ce qui ne touche pas directement à la problématique posée par le requérant). Le groupe spécial doit noter ici que le mot hongrois « *másolás* » reflète mieux la notion de la « reproduction » figurant dans les textes des normes internationales et communautaires que le mot « *többszörözés* » utilisé dans le texte de la Lda. L'expression « *többszörözés* » peut créer l'impression que seulement la production non autorisée de *plusieurs* copies ("reproduction") d'une oeuvre doit être considérée comme étant une infraction du droit d'auteur (parce que le mot hongrois "*több*" duquel le mot « *többszörözés* » est dérivé, signifie « plusieurs »). Mais ceci serait une impression erronée; s'il n'existe aucune exception ou limitation pour le cas donné, la reproduction de l'oeuvre en un seul exemplaire peut aussi constituer une infraction au droit d'auteur.

2. (Copie privée en tant qu'utilisation libre.) Les règles concernant la copie privée sont contenues dans les dispositions des alinéas (1)-(3) de l'article 35 de la Lda, comme suivent :

« Article 35. (1) Une personne physique peut faire une copie d'une oeuvre pour un usage privé à des fins non directement ou indirectement commerciales. Cette disposition ne s'applique pas aux oeuvres d'architecture et de constructions techniques, aux logiciels, aux bases de données et à la fixation de l'interprétation ou de l'exécution publique d'une oeuvre sur un support audio ou audiovisuel. La reproduction reprographique [art. 21, alinéa (1)] des partitions n'est pas autorisée même pour un usage privé...

(2) Un livre complet et l'entièreté d'un périodique ou d'un journal ne peut pas être copiée que par écriture manuelle ou par machine à écrire.

(3) Il n'est pas autorisé comme une utilisation libre – même pour un usage privé – de faire reproduire une oeuvre par une autre personne moyennant un ordinateur ou sur un support de données électronique. »

3. (Les règles générales de l'utilisation libre.) Les règles générales concernant l'utilisation libre et les autres limitations du droit d'auteur contenues dans l'article 33 de la Lda sont évidemment aussi valables pour les dispositions citées ci-dessus. Ce sont les alinéas (1) à (3) de l'article qui sont importants du point de vue des questions posées par le requérant (l'alinéa (4) traite de la notion de l'utilisation à but scolaire) :

« Article 33(1) Dans le cas d'une utilisation libre, l'utilisation est exempte de rémunération et ne nécessite pas l'autorisation de l'auteur. En vertu des dispositions de cette loi seulement les oeuvres divulguées peuvent être utilisées dans le cadre d'une utilisation libre.

(2) L'utilisation, même dans le cadre d'une utilisation libre, n'est pas autorisée et n'est pas exempte de rémunération sauf si elle ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'oeuvre et ne cause pas un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur, et en plus correspond à l'exigence de conformité aux bons usages et n'est pas dans un but incompatible avec son objective.

(3) Il n'est pas permis d'interpréter des dispositions sur les utilisations libres d'une manière extensive. »

4. (Les limitations du droit de reproduction à un droit à rémunération dans certains cas de copie privée.) La Lda contient des dispositions spéciales concernant la copie privée par la fixation de sons et images. Ces dispositions se trouvent dans l'article 20. Les alinéas (1) et (2) disposent comme suit :

« Article 20 (1) Les auteurs des oeuvres, les artistes interprètes ou exécutants des interprétations ou exécutions et les producteurs des films et des phonogrammes communiqués dans les programmes des organismes de radiodiffusion, inclus dans des programmes des distributeurs de programmes originaux au public par fil (câble) et mises en circulation sur supports audio et audiovisuels ont un droit à une rémunération équitable pour la copie privée de leurs oeuvres, interprétations ou exécutions, films et phonogrammes, respectivement.

(2) La rémunération mentionnée dans alinéa (1) est établie par l'organisation gérant les droits des auteurs d'oeuvres littéraires et musicales en accord avec les organisations de gestion collective des autres titulaires de droits. Pour l'établissement de la rémunération il faut prendre en compte l'application ou la non application de mesures techniques efficaces pour la protection des oeuvres, des interprétations ou exécutions, des films et des phonogrammes concernés (art 95). La rémunération doit être payée par le fabricant du support audio ou audiovisuel – et dans le cas de fabrication étrangère, la personne ayant l'obligation juridique de payer le taxe douanier, ou, en l'absence de telle obligation, la personne qui importe le support dans le pays et la personne qui le met en circulation conjointement et solidairement – à l'organisation gérant des droits des auteurs d'oeuvres littéraires et musicales dans huit jours de la terminaison de la procédure douanière, et, en l'absence de l'obligation de payer un taxe douanier, de la mise en circulation du support. Pour le paiement de la rémunération toutes les personnes qui participent à la distribution du support ont une responsabilité conjointe et solidaire. »

5. Les alinéas (3) à (6) traitent des appareils et des supports audio et audiovisuels exceptés du droit à rémunération et de la distribution des droits collectés, alors que l'alinéa (7) traite de la gestion collective obligatoire du droit à rémunération. Ces dispositions n'ont pas d'importance du point de vue des questions posées par le requérant.

La réglementation internationale, communautaire et nationale du test des trois étapes ; l'application obligatoire du test aux exceptions et limitations concernant le droit de reproduction

6. (L'alinéa (2) de l'article 9 de la Convention de Berne concernant les exceptions et les limitations du droit de reproduction.) Le test des trois étapes a été inclus dans les normes internationales sur la propriété intellectuelle comme étant le résultat de la révision de la Convention de Berne tenue à Stockholm en 1967. C'est l'alinéa (2) de l'article 9 de la Convention qui a disposé (et cette règle est restée intacte dans le texte de la Convention aujourd'hui en vigueur adopté à Paris en 1971) que les lois des pays membres de la Convention de Berne ne peuvent autoriser la reproduction des œuvres littéraires et artistiques sauf si une telle autorisation concerne (i) un cas spécial ; (ii) ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre, et (iii) ne cause pas un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire des droits.

7. Le rapport de la Commission principale I de la conférence diplomatique de Stockholm clarifie que cette autorisation de la reproduction peut prendre deux formes: soit la forme de l'utilisation libre (ce qui signifie d'une part que celui qui effectue la reproduction n'a pas besoin de l'autorisation de l'auteur pour ce faire et d'autre part qu'il n'a pas l'obligation de payer une rémunération pour cette utilisation), soit la forme de licence obligatoire, c'est-à-dire une limitation du droit exclusif de l'autorisation du titulaire du droit d'auteur à la seule obligation de payer une rémunération (auquel cas il ne faut pas demander l'autorisation pour la reproduction).<sup>1</sup> Dans le premier cas, il s'agit de l'exception du droit de reproduction alors que dans le dernier cas, il s'agit de sa limitation.

8. Il apparaît très clairement des Actes de la Conférence de Stockholm que la croyance répandue et souvent exprimée – comme une partie du « folklore juridique » - dans certaines sphères du public selon laquelle la Convention de Berne stipule que la copie privée est en général libre et tout le monde « y a droit » est totalement dépourvue de fondement. Le droit exclusif de reproduction de l'article 9 alinéa (1) de la Convention couvre la copie privée aussi, et ce qui est seulement possible, c'est que les pays membres de l'Union de Berne introduisent des exceptions ou des limitations à ce droit, si celles-ci remplissent les conditions du « test à trois étapes » cité ci-dessus, figurant dans l'article 9 alinéa (2) de la Convention. C'est-à-dire que si cette exception ou limitation (i) ne concerne pas toutes les copies privées mais seulement des cas spéciaux, (ii) ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre, et (iii) ne cause pas un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur.

9. La Conférence de Stockholm a traité une proposition selon laquelle la copie privée devrait former une exception explicite, sans autres conditions (cette idée a pu seulement surgir parce que dans les années '60 il n'existaient pas encore des instruments rendant possibles la reproduction facile et parfaite des copies privées en masse), mais elle l'a finalement refusée. Cela s'est passé

---

<sup>1</sup>Le rapport de la Commission principale I contient la déclaration suivante: "S'il est estimé que la reproduction porte atteinte à l'exploitation normale de l'oeuvre, la reproduction n'est pas du tout permise. S'il est estimé que la reproduction ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'oeuvre, il convient alors d'examiner si elle ne cause pas un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur. Seulement s'il n'en est pas ainsi, il serait possible dans certain cas spéciaux d'introduire une licence obligatoire ou de prévoir une utilisation sans paiement" [souligné par le groupe spécial du Conseil]. « Actes de la Conférence de Stockholm de la propriété intellectuelle, » publication OMPI, Genève, 1971 (ci-après: « Actes de la conférence de Stockholm »), p. 1145, para. 85.

de la manière suivante. Le Comité d'experts gouvernementaux convoqué en 1965 par le directeur général du BIRPI (l'organisation prédécesseur de l'OMPI), pour préparer la conférence diplomatique, a établi un Groupe de travail pour préparer le projet des dispositions sur le droit de reproduction et les exceptions et limitations concernant ce droit. Le Comité a accepté la proposition du Groupe de travail et c'est ce qui a figuré dans le projet de texte soumis à la conférence diplomatique. Cette proposition formulait les suggestions suivantes : (i) la reconnaissance explicite du droit de reproduction (ce droit élémentaire figurait seulement de manière indirecte parmi les obligations émanant de la Convention, comme une déduction – se basant sur le principe « *a contrario* » - de certaines exceptions le concernant) ; et (ii) l'inclusion des dispositions qui rendent possibles pour les pays membres de l'Union de Berne de formuler des exceptions et des limitations concernant ce droit : (a) pour l'usage privé ; (b) pour des buts jurisprudentiels et administratifs ; et (c) « dans certains cas spéciaux à la condition que la reproduction ne soit pas contraire aux intérêts légitimes de l'auteur et qu'elle ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'oeuvre ».<sup>2</sup>

10. Les délégations avaient présenté plusieurs propositions d'amendements à la Commission principale I de la conférence diplomatique (qui s'occupait de la révision de la Convention de Berne) dont certaines visaient l'élargissement de la liste d'exceptions et d'autres sa réduction.<sup>3</sup> Finalement, c'est la proposition du Royaume-Uni qui a été acceptée par la Commission principale, ce qui correspond dans le fond à l'article 9 alinéa (2) (il n'y a eu que de petites modifications rédactionnelles avant son adoption finale). La substance de cette proposition était de supprimer du texte original les points (a) et (b) (c'est-à-dire l'exception indépendante de toute condition dans le cas de la copie privée et de la reproduction à des fins jurisprudentielles et administratifs) et de garder seulement le point (c) dans le texte de la Convention. Ceci a eu comme résultat qu'entre autres, la copie privée s'est retrouvée de manière univoque aussi sous le parapluie du « test à trois étapes ».

11. (L'article 15 alinéa (1) point (a) de la Convention de Rome sur les exceptions applicables pour l'usage privé concernant les droits voisins.) Selon l'article 15 alinéa (1) point (a) de la Convention de Rome sur la protection des droits voisins (c'est-à-dire des droits des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion) les Etats contractants peuvent introduire des exceptions concernant la copie privée – et concernant l'usage privé en général – sans autres conditions. Il faut noter que la Convention de Rome a été adoptée en 1961, six ans avant la révision de 1967 de la Convention de Berne susmentionnée, quand les développements techniques qui ont rendu possible la reproduction en masse et en bonne qualité des objets protégés par les droits voisins étaient peu prévisibles, tout comme leurs effets négatifs sur l'exploitation normale de ces droits et sur les intérêts légitimes des titulaires des droits.

12. (L'article 13 de l'Accord sur les ADPIC sur les exceptions et limitations portant sur les droits patrimoniaux des auteurs et l'article 30 sur les exceptions portant sur les droits des titulaires de brevets.) L'article 13 de l'Accord sur les ADPIC a étendu l'application du « test à trois étapes » à tous les droits patrimoniaux des titulaires du droit d'auteur. La disposition de l'Accord sur les ADPIC contient exactement les mêmes trois conditions que l'article 9 alinéa (2)

---

<sup>2</sup> Actes de la conférence de Stockholm, p. 113.

<sup>3</sup> *Ibid*, pp 690-92.

de la Convention de Berne. La différence rédactionnelle ne signifie aucune différence dans le fond. Le texte de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC est en fait devenu plus explicite en se référant aux conditions de l'application des exceptions et limitations au lieu de celles de l'autorisation de l'utilisation (au même sens dans lequel l'article 9 alinéa (2) de la Convention de Berne doit être interprété sur la base du rapport de la Commission principale mentionné ci-dessus. Il faut remarquer que l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC vise seulement le droit d'auteur. Ceci ne découle pas seulement du fait qu'il est placé après les articles 9-12 sur le droit d'auteur et avant l'article 14 sur les droits voisins (« connexes » selon la terminologie de l'Accord sur les ADPIC), mais aussi du fait qu'il ne se réfère qu'aux œuvres (d'auteur). Puis l'article 14 alinéa (6) rend absolument univoque que, dans le cas des droits voisins, ce sont les règles de la Convention de Rome concernant les exceptions (y compris l'article 15 alinéa (1) point (a) sur l'usage privé) qui s'appliquent.

14. Il faut aussi remarquer, en considérant le cas de règlement de différend de l'OMC auquel nous allons nous référer, que l'Accord sur les ADPIC a étendu le « test à trois étapes » non seulement au droit d'auteur mais aussi au droit de brevet, même si, avec certaines différences. La plus importante différence de fond ne se trouve néanmoins pas dans les trois « étapes », mais dans le fait que la disposition applicable au droit de brevet – l'article 30 de l'Accord sur les ADPIC – traite seulement les *exceptions* et n'est pas étendue aux *limitations* (c'est l'article 31 qui traite des limitations dans la forme de licences obligatoires, et ceci avec des conditions bien différentes et plus détaillées). La première « étape » du test concernant le droit de brevet est seulement en partie identique avec la première « étape » du test du droit d'auteur car elle ne mentionne que la nature « limitée » des exceptions et ainsi, il n'y a aucune référence à la nature « spéciale » des cas. La deuxième « étape » est pratiquement la même (naturellement de manière *mutatis mutandis*) que dans le cas de l'article 13. La troisième « étape » diffère aussi quelque peu. Tout comme dans le cas des dispositions sur le droit d'auteur, il faut aussi que l'exception ne puisse pas porter un préjudice injustifié au titulaire du droit de brevet, mais la disposition ajoute aussi que cela doit être jugé en prenant en compte les intérêts légitimes des tiers. (Il faut tout de même noter que cette dernière différence ne signifie pas une véritable différence de fond car il faut évidemment tenir en compte des intérêts des tiers, et en général, l'intérêt de la communauté, même dans le cas des dispositions sur le droit d'auteur, pour décider des cas où malgré qu'une exception cause un préjudice aux intérêts de l'auteur, elle est tout de même justifiée dans les circonstances données et conditions données.

15. (L'article 10 du WCT et l'article 16 du WPPT sur les exceptions et les limitations des droits patrimoniaux des auteurs, des artistes interprètes ou exécutants et des producteurs de phonogrammes.) La « carrière » du « test à trois étapes » a touché à son sommet avec l'adoption en 1996 à l'OMPI des deux « Accords Internet » - le WCT et le WPPT. Ces deux Accords ont imposé l'application de ce test pour toutes les exceptions et limitations concernant les droits patrimoniaux des auteurs, des artistes interprètes ou exécutants et des producteurs de phonogrammes. L'article 10 du WCT et l'article 16 du WPPT prescrivent les mêmes trois conditions comme étant les trois « étapes » du test que l'article 9, alinéa (2) de la Convention de Berne et l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC. Ces dispositions se réfèrent aux conditions des exceptions et des limitations des droits patrimoniaux dans le style de l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC (le WCT ne suit par contre pas la disposition de l'Accord sur les ADPIC dans ce qu'il traiterait des intérêts des titulaires des droits d'auteur au lieu des intérêts des auteurs; dans ce cas, il a adopté le texte de la Convention de Berne).

16. (L'article 5, alinéa (2), point (b) de la directive InfoSoc sur la limitation du droit à rémunération des auteurs et des titulaires des droits voisins dans le cas de la copie privée et l'alinéa (5) sur les conditions générales des exceptions et limitations concernant les droits patrimoniaux.) Comme il est bien connu, les alinéas (1) à (4) de l'article 5 de la Directive 2001/29/CE du Parlement Européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (ci-après: la directive InfoSoc) énumère de manière exhaustive des exceptions et limitations que la législation des pays membres peuvent appliquer à l'égard de certains droits des auteurs et des titulaires des droits voisins, entre autres du droit de reproduction. La limitation concernant la copie privée est l'une d'entre elles. L'article 5, alinéa (2), point (b) stipule que « les États membres ont la faculté de prévoir des exceptions ou limitations au droit de reproduction prévu à l'article 2... lorsqu'il s'agit de reproductions effectuées sur tout support par une personne physique pour un usage privé et à des fins non directement ou indirectement commerciales, à condition que les titulaires des droits reçoivent une compensation équitable qui prend en compte l'application ou la non application des mesures techniques visées à l'article 6 aux oeuvres ou objets concernés. » Ainsi, l'article 5, alinéa (5) s'applique ici aussi, selon lequel « [l]es exceptions et limitations prévues aux paragraphes 1, 2, 3 et 4 ne sont pas applicables que dans certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'oeuvre ou autre objet protégé ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire des droits. » Donc, selon la directive InfoSoc, les exceptions et les limitations concernant la copie privée sont seulement admises si elles sont en accord avec le « test à trois étapes ».

17. (L'article 33, alinéa (2) de la Lda : la deuxième et la troisième « étapes » des trois.) En ce qui concerne les utilisations libres réglementées par la Lda, y comprise ainsi l'utilisation libre autorisée pour la copie privée par l'article 35 de la Lda, au moins la deuxième et la troisième « étapes » du « test à trois étapes » y sont aussi étendues. C'est ce que stipule l'article 33, alinéa (2) sur les conditions générales de l'utilisation libre. Cette disposition ne contient donc pas la première « étape », mais outre les conditions de la deuxième et de la troisième « étape », elle prescrit d'autres conditions, puisqu'elle stipule que «(l)'utilisation, même dans le cadre d'une utilisation libre, n'est pas autorisée et n'est pas exempte de rémunération sauf si elle ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'oeuvre et ne cause pas un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur, et en plus correspond à l'exigence de conformité aux bons usages et n'est pas dans un but incompatible avec son objectif». Ces conditions « supplémentaires » peuvent néanmoins être déduites de certaines règles de la Convention de Berne. Par exemple, en ce qui concerne l'exigence de la pratique loyale (« fair practice ») – ce qui ne se restreint évidemment pas à ce seul cas – elle est explicitement stipulée dans l'article 10, alinéa (1) de la Convention sur les citations et aussi dans l'alinéa (2) du même article sur les utilisations à but éducatif. Le fait que l'utilisation libre peut se faire seulement en accord avec l'objectif de son application est d'une part naturelle, d'autre part découle de la première « étape »-même, et troisièmement, ceci figure explicitement comme étant parmi les conditions dans l'article 10, alinéas (1) et (2) de la Convention.

18. (Les « destinataires » des trois « étapes » ; l'alinéa (2) de l'article 33 de la Lda et son domaine d'application.) Ce qui pourrait être l'objet d'un autre débat c'est l'éventuelle nécessité de compléter avec la première « étape » du « test à trois étapes » l'article 33, alinéa (2) de la Lda pour obtenir la conformité complète avec les normes internationales susmentionnées et avec

l'article 5 de la directive InfoSoc. La réponse à cette question dépend de ce que l'on pense de la condition posée par la première « étape » : faut-il la prendre en compte lors de l'application de la loi ou, plutôt, faut-il considérer que – contrairement aux conditions posées par la deuxième et la troisième « étapes » - son seul destinataire est le législateur. L'article 33, alinéa (2) de la Lda reflète cette dernière position et il semble que cette position – même s'il est facile d'invoquer des arguments à l'appui de la position opposée – est absolument soutenable (car elle reflète l'idée qu'avec l'élargissement ou le rétrécissement des cas auxquels les exceptions et les limitations sont applicables, l'intervention du législateur est justifiée ; il vaut par contre mieux laisser l'application des deux autres « étapes » du test à la pratique et à la jurisprudence – puisque les conditions respectives dépendent des cas concrets et des circonstances variables).

19. En tenant tout ceci en compte, le groupe spécial juge suffisant pour l'instant la constatation que la Lda ne qualifie pas la copie privée comme étant un cas spécial, puisque l'article 33, alinéas (1) à (3) excluent une grande partie de ces reproductions tant des exceptions que des limitations. Elle définit deux ensembles de cas spéciaux : d'une part ceux où il s'agit de la limitation du droit à rémunération émanant du droit exclusif de reproduction (cf. : articles 20 et 20), d'autre part ceux qui tombent sous le concept de l'utilisation libre – c'est-à-dire l'exception au droit de reproduction (cf. : l'article 35 pour les cas qui ne sont pas exclus des possibilités de l'utilisation libre).

20. C'est une question d'autant plus importante que de savoir si l'article 33, alinéa (2) de la Lda concerne aussi la limitation selon l'article 20 du droit de reproduction.

21. En se basant sur la comparaison des textes des articles susmentionnés, la réponse qui s'impose à la première vue est négative. La raison en est que l'article 33, alinéa (2) fait une référence seulement à l'*utilisation libre*, qui est définie par l'alinéa (1) comme une utilisation qui «*est exempte de rémunération* et ne nécessite pas l'autorisation de l'auteur » [souligné par le groupe spécial], par contre, dans les cas des copies privées mentionnés dans l'article 20, l'utilisation libre *n'est pas exempte de rémunération*, même si l'autorisation de l'auteur n'est pas nécessaire. Il s'ensuivrait de ceci que la deuxième et la troisième « étapes » du « test à trois étapes » ne seraient pas étendues à la limitation du droit de reproduction de l'article 20, c'est-à-dire qu'il suffirait de reconnaître le droit de rémunération pour la copie privée, même si celle-ci, dans les circonstances données, porterait atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre, ou causerait un préjudice injustifié aux intérêts légitimes des auteurs (et autres titulaires de droit), (de plus, si nous considérons les autres conditions de l'article 33, il n'y aurait aucune importance si la copie privée autorisée grâce à cette limitation de droit ne remplirait pas dans certains cas l'exigence de conformité avec les bons usages et d'harmonie avec l'objectif de la limitation).

22. Dans le cas d'une telle interprétation se basant uniquement sur les textes de la Lda, de sérieuses contradictions surgiraient dans la loi. De plus, ce qui est très important aussi, la loi se retrouverait en contradiction avec les normes internationales citées ci-dessus et avec les règles de la directive InfoSoc.

23. Tout en laissant de côté l'analyse des autres rapports – surtout en ce qui concerne le manque d'harmonie avec les dispositions applicables de la Convention de Berne, de l'Accord sur les ADPIC et du WCT – le groupe spécial du Conseil juge suffisant de signaler qu'un tel manque d'harmonie avec *l'acquis communautaire* ne peut pas rester irrésolu dans le droit d'un pays

membre. En cette matière, les décisions de la Cour de justice européenne donnent des indications très claires. Il y a toute une liste de décisions qui fixent que les tribunaux des pays membres ont l'obligation d'interpréter les lois nationales de manière à pouvoir mettre en application les buts déterminés dans les directives. (Il ne s'agit pas de l'obligation d'appliquer la loi communautaire directement, mais d'une interprétation de la loi nationale qui rende possible de manière indirecte de faire valoir le droit communautaire.) C'est d'abord dans les cas depuis lors devenu fameux de *von Colson* et de *Harz*<sup>4</sup> que la Cour de justice européenne a clamé que les tribunaux des pays membres doivent interpréter une directive – en considérant ses buts et la rédaction de ses dispositions – de manière à ce que le but de la directive soit rempli lors de l'application de la loi nationale. La doctrine *von Colson* a été par la suite élaborée et étendue dans plusieurs décisions de la Cour. La décision *Marleasing*<sup>5</sup> l'a étendue aux normes nationales qui n'ont pas été élaborées pour servir le but déterminé dans la directive et même à celles qui avaient été adoptées avant son adoption. Selon la décision adoptée dans le cas de l'affaire *Wagner Miret*,<sup>6</sup> les tribunaux nationaux doivent partir du principe que l'état veut remplir ses obligations de l'acquis communautaire dans le cas d'une norme nationale créée pour exécuter une directive et doit donc interpréter le droit national de manière à ce que les buts fixés dans la directives puissent être remplis.

24. En ce qui concerne ce dernier principe, il faut remarquer que la loi CII de 2003 – qui est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 2004, le même jour que la Hongrie est devenue membre de l'Union Européenne – avait comme but principal de transposer la directive InfoSoc en son intégrité (dont l'exposé ministériel de la loi n'a laissé aucun doute). La loi a modifié les règles gouvernant la copie privée de la Lda et l'exposé a indiqué très précisément les dispositions de la directive – particulièrement l'article 5, alinéa (2), point (b) – à cause desquelles les modifications s'étaient avérées nécessaires.

25. Considérant tout ceci, il semble évident qu'il faut appliquer le « test à trois étapes », du moins les conditions de la deuxième et de la troisième « étape » (ainsi que le stipule l'article 33, alinéa (2) de la Lda) non seulement aux dispositions concernant la copie privée mais aussi à la limitation du droit de rémunération, selon l'article 20 de la Lda, indépendamment du fait que les deux « étapes » ne visent pas ce cas dernier, ou du moins que leurs applications ne seraient possibles – si nous ne tenions pas en compte la doctrine de *von Colson* – qu'avec l'interprétation étendue de l'article 33, alinéa (2).

26. Il vaut la peine dans ce cas de nous référer à la décision de la Cour suprême française prise le 28 février de 2006 dans l'affaire « *Mulholland* » qui a attiré une grande attention. Cette décision a appliqué la doctrine *von Colson* justement en la matière des dispositions applicables sur les exceptions et les limitations concernant la copie privée. La Cour a articulé que (i) même si la France n'a pas encore transposé dans sa législation nationale la directive InfoSoc, il faut appliquer la loi nationale française en en tenant compte ; (ii) par conséquent, il faut appliquer l'article 5, alinéa (5) de la directive InfoSoc sur les exceptions et limitations existantes dans le

---

<sup>4</sup> V. 14/83, *von Colson v. Land Nordrhein-Westfalen*, (1984) ECR 1891; et 79/83, *Harz v. Deutche Tradax GmbH*, (1984) ECR 1921.

<sup>5</sup> V. C-106/89, *Marleasing SA v. La Comercial Internacional de Alimentación SA*, (1990) ECR I-4135.

<sup>6</sup> V. C-334/92, *Wagner Miret v. Fondo di Garantía Salarial*, (1993) ECR I-6911.

droit français concernant la copie privée aussi ; (iii) en conséquence, il n'est pas possible de parler d'un quelconque « droit de copie privée » des consommateurs ; et (iv) de telles exceptions et limitations ne sont pas applicables là où elles ne satisfont pas le « test à trois étapes », ainsi non plus pas dans le cas constituant le sujet de l'affaire, où l'association des consommateurs française affirmait que les mesures techniques de protection de copie des DVD portent atteinte au « droit à la copie privée libre » des consommateurs. Le groupe spécial joint en *annexe No 1* la décision mentionnée de la Cour suprême française et en *annexe No 2* une étude qui donne une description détaillée sur l'affaire et les arguments posés par les parties.<sup>7</sup>

### III. L'interprétation et l'application du « test à trois étapes »

27. (L'interprétation du « test à trois étapes » par les groupes spéciaux de règlements des différends de l'OMC.) Il y a eu deux décisions importantes en 2000 qui traitaient de l'interprétation du « test à trois étapes » dans le cadre de la procédure de règlements des différends de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC). La première, prise le 30 avril 2000, a donné une interprétation de l'article 30 de l'Accord sur les ADPIC dans le cadre de l'affaire WT/DS/114/R entre les Communautés Européennes et le Canada. Cet article, comme le groupe spécial l'a mentionné plus haut, incorpore la version du « test à trois étapes » touchant les exceptions concernant les brevets. Il est intéressant de noter que l'interprétation de cette disposition, alors qu'il s'agissait d'une affaire de brevets, se basait surtout sur les parties des Actes de la Conférence de Stockholm qui se référaient aux travaux préparatoires et aux débats de l'Article 9, alinéa (2) de la Convention de Berne. C'est ce qui explique le fait que le seul membre du groupe spécial saisi de l'affaire compétent en matière de propriété intellectuelle était en fait un expert du droit d'auteur, aux côtés d'un professeur de commerce international et – puisqu'il s'agissait d'un brevet pharmaceutique – d'un professeur de santé publique. Le groupe spécial a analysé chacune des trois « étapes ». Comme nous l'avons signalé plus haut, la première « étape » concernant le droit d'auteur est différente de celle concernant le droit de brevet. Puisque la deuxième et la troisième « étapes » sont identiques, soit complètement, soit en substance, les observations du groupe spécial de brevet avaient leur importance du point de vue du droit d'auteur aussi.

28. La décision du groupe spécial de brevet a eu un tel effet sur le terrain du droit d'auteur aussi que le groupe spécial de droit d'auteur (dans lequel par contre, il n'y avait pas de spécialiste de droit d'auteur) saisi dans l'affaire no WT/DS/160/R entre les Communautés Européennes et les Etats-Unis d'Amérique a utilisé les analyses et les constatations pour sa prise de décision le 15 juin 2000. Néanmoins, c'est seulement vrai – pour des raisons mentionnées plus haut – pour la deuxième et la troisième « étapes ». Pour ce qui est de la première étape, il apparaît très bizarrement comme si le groupe spécial de droit d'auteur avait utilisé l'approche quantitative du test du droit de brevet inclus dans l'article 30 de l'Accord sur les ADPIC et comme s'il avait oublié les aspect substantiel et normatif de la notion de « spécialité » comme un élément de la notion de « cas spécial », et aussi le fait que cette notion signifie non seulement que le cas doit être restreint quantitativement, mais aussi qu'il faut des raisons sociales et de politique de droits spécifiques et bien fondées pour les exceptions et limitations à introduire dans le cas donné.

---

<sup>7</sup> Cette version de l'opinion du groupe spécial ne contient pas ces annexes. Une copie de l'étude incluse dans annexe No. 2 du text original de l'opinion peut être obtenire du Secretariat de Conseil d'experts de droit d'auteur.

29. (Critique des décisions des groupes spéciaux de règlement de différends de l'OMC; le Guide de l'OMPI concernant l'interprétation du « test à trois étapes ».) L'approche suivie par le groupe spécial de droit d'auteur citée ci-dessus n'a pas mené à un résultat erroné car il semblait que ce résultat aurait été le même en se basant sur une approche normative et substantielle. Malgré ceci, il y a eu beaucoup de critiques concernant l'approche purement quantitative du groupe spécial (les parties n'ont pas fait appel contre la décision, comme elles ne l'ont pas fait non plus dans le cas de la décision en matière du droit de brevet, ainsi l'Organe d'appel de l'OMC n'a pas tenu compte de ces critiques et donc, ces décisions ne peuvent pas être considérées comme étant des précédents décisifs). Le groupe spécial du Conseil joint en *annexe No 3* une étude qui décrit et analyse les deux affaires de l'OMC citées ci-dessus et dans laquelle il apparaît clairement que l'approche purement quantitative était erronée. Cette étude est parue dans le numéro d'avril 2002 de la Revue internationale du droit d'auteur (R.I.D.A.).<sup>8</sup> Il faut noter qu'en ce qui concerne la première « étape » du « test à trois étapes », l'OMPI juge aussi nécessaire de faire valoir l'ensemble des conditions normatives, substantielles et quantitatives. C'est ce que reflète la partie du Guide de l'OMPI de la Convention de Berne qui analyse et interprète l'article 9, alinéa (2) de la Convention. Le groupe spécial joint aussi cette partie du Guide de l'OMPI en *annexe No 4* au rapport des experts pour y rendre l'accès plus facile.<sup>9</sup>

30. (Résumé de l'interprétation du « test à trois étapes ».) En se basant sur les Actes et les rapports de la Conférence de Stockholm de 1967, sur les décisions des groupes spéciaux de règlement de différend de l'OMC et sur l'analyse effectuée par l'OMPI, nous pouvons résumer l'interprétation de chacune des « étapes » du « test à trois étapes » de la manière suivante :

31. Première « étape » : les exceptions et les limitations peuvent s'appliquer seulement aux « cas spéciaux ». Cette condition est en partie de nature quantitative et en partie normative. De nature quantitative au sens que les exceptions et les limitations ne peuvent pas avoir un caractère général ; elles peuvent s'appliquer seulement à un ensemble plus restreint, bien défini. Et de nature normative au sens qu'il faut des raisons sociales et de politique de droit bien fondées pour l'application des exceptions et des limitations dans les cas donnés.

32. Deuxième « étape » : les exceptions et les limitations ne peuvent pas porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre. Il est vrai qu'en hongrois, nous utilisons le terme « *felhasználás* » (« *felhasználás* » = utilisation), mais dans les dispositions internationales et communautaires concernant le « test à trois étapes » citées ci-dessus, c'est le terme « exploitation » qui est d'usage. Cette expression se traduirait en hongrois plutôt par le terme « *kiaknázás* ». Le commentaire lié à l'article 9, alinéa (2) du projet de texte présenté à la Conférence de Stockholm de 1967 marque clairement ce qu'il faut comprendre concernant la condition contenue dans la deuxième « étape » : « en principe il faut réserver à l'auteur toutes les formes d'exploitation d'une oeuvre qui possèdent, ou qui sont susceptibles de revêtir, une importance économique ou pratique considérable. »<sup>10</sup> Le commentaire y ajoute: "Toutefois il faut

<sup>8</sup> Cette version de l'opinion du groupe spécial ne contient pas cet'annexe. Pour le le text original de l'étude, et ses traductions française et espagnole v. pp. 110-151 du numero de R.I.D.A mentionné.

<sup>9</sup> Cette version de l'opinion du groupe spécial ne contient pas cet'annexe. Pour son text, v. "Guide to the Copyright and Related Rights Treaties Administered by WIPO and Glossary of Copyright and Related Rights Terms," WIPO, Genf, 2003, pp. 56-60.

<sup>10</sup> Actes de la conférence de Stockholm, p. 112.

réserver aux législations des pays de l'Union... la faculté de limiter la reconnaissance ou l'exercice du [droit de reproduction] à des fins clairement définies et sans que celles-ci puissent constituer une concurrence à l'utilisation économique desdites oeuvres."<sup>11</sup>

33. La troisième « étape » : les exceptions et les limitations ne peuvent pas causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur. Les groupes spéciaux pour le régler des différends de l'OMC et les commentaires d'experts de droit d'auteur ont tous traité la question de la nature purement juridique (garantie par la loi) des « intérêts légitimes » et de sa nature socio-normative. Il semblerait que ces deux natures sont également présentes dans cette notion. Il vaut la peine de nous référer à la déclaration présentée par le président de la Commission principale I de la Conférence de Stockholm et obtenant l'unanimité de la Commission : « Puisque toute exception au droit de reproduction doit inévitablement causer un préjudice aux intérêts de l'auteur, le Groupe de travail avait tenté de limiter ce préjudice en insérant le terme 'injustifié'. »<sup>12</sup> La première partie de la déclaration se réfère à un intérêt légitime (garanti par la loi) général, alors que sur la base de l'expression « injustifiés », il apparaît clair que les « intérêts légitimes » ont une signification socio-normative. Il paraît clair aussi que, de ce point de vue, nous ne pouvons pas considérer les intérêts de l'auteur en eux-mêmes, car pour évaluer ce qui peut lui paraître légitime et dans quelle mesure un préjudice à ses intérêts pourrait être justifié, il faut peser en même temps les intérêts des autres – et aussi de la société entière.

#### **IV. Le « test à trois étapes » et la copie privée de source illégale**

34. Le groupe spécial constate que les questions posées par le requérant concernent la copie privée des œuvres audiovisuelles (et à côté de cela, les œuvres musicales) émanant de sources illégales. C'est important de le noter car bien que le requérant se réfère surtout à l'interprétation de l'article 33, alinéas (2) et (3) et de l'article 35, alinéa (1) de la Lda, il est inévitable d'inclure dans l'analyse aussi l'article 20, alinéas (1) et (2) de la Lda, puisque ce sont surtout ces dispositions qui traitent la copie privée des œuvres audiovisuelles (et des œuvres musicales). Dans ces dernières dispositions, il ne s'agit pas des exceptions au droit de reproduction, mais de la limitation de ce droit à un seul droit à rémunération. Puisque le droit à rémunération a un rôle déterminant pour juger si la copie privée de sources illégales cause des préjudices injustifiés aux titulaires du droit d'auteur, il faut absolument le tenir en compte lors de l'application du « test à trois étapes ». De plus, il faut aussi répondre à la question concernant l'effet sur le droit de rémunération si nous constatons que la copie privée de sources illégales n'est pas admise malgré l'existence du droit à rémunération (le groupe spécial examinera cette question plus bas).

35. (La première « étape. ») Dans le cas de la copie privée, il est particulièrement important de savoir que les « cas spéciaux » ont une nature non seulement quantitative, mais aussi substantielle et juridico-politique. La copie privée en soi-même n'est pas un « cas spécial ». C'est la nature et le but de la copie qui peuvent rendre certains cas de copie l'exception. Le domaine et la nature de ce genre d'exceptions, puis des limitations à un droit à rémunération se sont élargis et modifiés à cause de l'apparition des appareils et supports rendant la copie privée facile, parfaite et

---

<sup>11</sup> *Ibid.*

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 883.

effectuable en masse. Ce à quoi se réfère l'article 20 de la Lda, est le suivant : privée « spéciaux ». Quand, au départ, les législations nationales ont introduit des exceptions, il s'agissait surtout de copie effectuée à la main ou par des machines primaires (par exemple par des machines à écrire), ce qui a déterminé la nature non seulement quantitative mais aussi substantielle de la copie privée des œuvres audiovisuelles (et des œuvres musicales) émises par les organismes de radiodiffusion, incluses dans les programmes originaux des distributeurs de programmes par câble et mises en circulation sur des supports audios et audiovisuels. La limitation du droit exclusif de reproduction à un droit à rémunération dans ces cas reflète la reconnaissance du fait qu'il n'est pas possible de contrôler la copie privée des œuvres émises, communiquées au public et mises en circulation de cette manière, et alors qu'il est vrai qu'une telle copie privée effectuée en masse cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes des titulaires des droits, on peut – et il faut – limiter l'ampleur de ce préjudice par l'introduction et l'application du droit à rémunération. Les circonstances, les conditions et les effets de la copie privée ont complètement changé dans l'environnement digital – et surtout sur l'Internet, « en ligne ». D'une part, sans un contrôle approprié, une telle copie privée – de par sa nature facile, parfaite et, grâce à l'agrandissement rapide de la population Internet, de plus en plus en masse – peut vite dépasser le cadre du « cas spécial » et peut devenir général. D'autre part, pour les titulaires des droits, avec l'application des moyens de protection technique et des systèmes de gestion électroniques des droits et avec la protection de ceux-ci garantie par le WCT, le WPPT et la directive InfoSoc, il devient possible de prévenir une telle copie privée et d'obtenir que la copie privée libre ou effectuée contre un droit à rémunération, se limitent seulement à des cas spéciaux.

36. L'autorisation de la copie privée de source illégale serait en contradiction avec les critères du « cas spécial ». D'une part, du point de vue quantitative, elle modifierait l'exception de la copie privée dans le sens de la généralité, tout comme le domaine du « cas spécial » servant de base pour la limitation du droit de reproduction à un droit à rémunération. D'autre part – et ce serait suffisant en soi-même – elle ne satisfait non plus pas la condition que les exceptions et les limitations admises dans des « cas spéciaux » doivent trouver leurs justification dans des raisons sociales et juridico-politiques bien fondées. Dans les cas esquissés par le requérant, ils existent deux cas typiques de copie privée de source illégale. La première est quand une œuvre est divulguée, distribuée et communiquée au public sous forme numérique sans l'autorisation des titulaires des droits, surtout par la voie de l'Internet (comme ceci a par exemple été le cas récemment pour le film hongrois *Üvegtigris 2* (« Tigre de verre 2 »)) ; et l'autre, c'est quand les moyens techniques de protection appliqués par les titulaires des droits sont neutralisés et c'est grâce à ceci que peut s'effectuer la copie privée. L'autorisation de tels actes, même sous forme de limitation contre un droit à rémunération, non seulement ne se conformerait pas aux conditions quantitatives, substantielle et juridico-politique du « cas spécial », mais elle serait en contradiction totale avec la raison d'être, des buts et de la nature fondamentale du droit d'auteur. Le message aurait certainement un effet dévastateur : ne te soucie pas qu'il s'agit de source illégale, ne te soucie pas du fait que cela se passe sans l'autorisation de l'auteur ; le droit d'auteur est dépassé, tout est permis sur l'Internet, tu peux tranquillement copier et utiliser l'œuvre ! D'ailleurs les sources illégales utilisent souvent cette « idéologie révolutionnaire » pour faire leur publicité.

37. (La deuxième « étape. ») Il découle de la nature du « test à trois étapes » que, si l'éventuelle exception ou limitation ne « passe pas » la première « étape », il n'est pas nécessaire d'examiner les deux « étapes » suivantes du test. Le groupe spécial l'effectue tout de même dans

un souci d'exhaustivité. Le constat pour la deuxième « étape » semble évident à la lumière de l'analyse ci-dessus effectuée concernant la première « étape ». Dans l'environnement numérique, « en ligne », rendre les œuvres accessibles pour la copie privée sous contrôle par des mesures techniques et contre rémunération, c'est devenu une forme de l'exploitation normale de l'œuvre. Accepter et clamer que malgré ceci, la copie privée est admise, qu'elle soit de source légale ou illégale, porterait, de toute évidence, atteinte à l'exploitation normale des œuvres.

38. (La troisième « étape ».) Comme le groupe spécial l'a démontré plus haut, dans le cas de la troisième « étape », les expressions « légitime » et « injustifié » ont une nature socio-normative et, en évaluant la nature justifiée ou injustifiée du préjudice causé aux titulaires des droits, il faut aussi tenir en compte les intérêts légitimes des tiers, et de la société en général, qui pourraient soutenir l'introduction de certaines exceptions ou limitations. Le groupe spécial ne juge pas nécessaire de longuement développer qu'à la lumière de tout ceci, il serait absolument insoutenable de dire qu'à côté de la copie privée de sources légales, l'autorisation de la copie privée de sources illégales est aussi justifiée, et qu'elle ne serait pas injustifiée non plus face aux intérêts légitimes des titulaires des droits. Le droit à rémunération en soi ne peut pas rendre justifié le préjudice injustifié ainsi causé.

39. (L'exigence de conformité aux bons usages et d'harmonie avec l'objectif de l'exception ou de la limitation.) L'opinion du groupe spécial est donc que l'autorisation de la copie privée de sources illégales n'est pas en accord avec le « test à trois étapes ». Ceci signifie, dans le cas de la Lda, le manque d'harmonie avec l'article 33, alinéa (2). Comme on l'a mentionné plusieurs fois, cette disposition de la Lda dit aussi que l'exception (l'utilisation libre) – mais sur la base d'une interprétation adéquate de la loi la limitation à un droit à rémunération également – doit remplir les conditions de conformité aux bons usages et ne peut se diriger vers un but contraire à l'objectif de l'exception ou de la limitation. Ceci signifie, comme l'a indiqué le groupe spécial plus haut, la mise en évidence de chacun des éléments du « test à trois étapes » et d'autres dispositions de la Convention de Berne. L'exigence de conformité aux bons usages et de harmonie avec l'objectif de l'exception ou de la limitation découlent du côté substantiel de la première « étape » et de la nature socio-normative de la troisième « étape ». En appliquant ces critères, on ne peut que difficilement aboutir à une conclusion autre que la copie privée de sources illégales ne peut pas être autorisée déjà pour la simple raison qu'elle ne serait pas en accord avec les exigences mentionnées dans l'article 33, alinéa (2) de la Lda..

40. (La question de l'état de conscience des copieurs.) Lors de l'examen des conséquences de la copie privée de sources illégales, on soulève parfois l'argument que cette copie devrait tout de même être autorisée car les copieurs ne peuvent pas savoir quelles sont les sources légales et quelles sont les sources illégales. Le groupe spécial ne juge pas cet argument fondé. Il paraît évident qu'on ne peut pas appliquer ni des sanctions du droit civil, ni éventuellement des sanctions pénales quand il s'agit d'un comportement *bona fide* et que l'état de conscience et les autres conditions (comme par exemple l'intention, la négligence ou l'exigence de l'attente) dont tiennent compte les systèmes de sanctions des droits concernés ne sont pas vérifiables. Quand, par contre, elles sont vérifiables, et il y a une chance, une possibilité d'appliquer des sanctions – les difficultés pratiques pour ce faire sont bien connues, mais pas sans limites - il n'y a aucune raison de l'exclure. Le groupe spécial note que les consommateurs hongrois acceptent et adoptent aussi ce principe. C'est ce que reflète le point 2.3. de l'accord conclu le 20 février 2006 entre la Société ARTISJUS Bureau hongrois pour la protection du droit d'auteur et l'Association

nationale des consommateurs qui dit que « le consommateur doit être protégé même dans la situation où il fait une copie d'une manière *bona fide* d'une oeuvre musicale de source illégale ». Ceci signifie que personne ne mérite une "protection" dans le cas d'une attitude *mala fide*.

## V. La relation entre la copie privée de sources illégales et le droit à rémunération

41. (Le thèse « le droit à rémunération ne peut pas légaliser la piraterie » et les dispositions applicables.) Dans la relation de la copie privée et le droit de rémunération, c'est un argument souvent répété que « le droit de rémunération ne peut pas légaliser la piraterie ». C'est-à-dire : dans les cas où la copie privée est interdite pour certaines raisons, et donc c'est une infraction de la loi, seules les conséquences de cette infraction peuvent être exigibles. Dans des cas semblables, les titulaires des droits ne pourraient pas faire valoir leur droit à rémunération, dont il s'ensuivrait qu'il faudrait diminuer l'ampleur du droit à rémunération dans la proportion de la copie privée de sources illégales (et, en portant cette argumentation jusqu'au bout, *ad absurdum*, si la copie privée de sources illégales devenait généralisée, il faudrait abolir ce droit).

42. Le groupe spécial ne partage pas cette opinion.

43. Il faut, avant tout, interpréter de ce point de vue, les dispositions applicables de la directive InfoSoc – l'article 5, alinéa (2), point (b) et alinéa (5). La première disposition, comme citée plus haut, dit que « les États membres ont la faculté de prévoir des exceptions ou limitations au droit de reproduction prévu à l'article 2... lorsqu'il s'agit de reproductions effectuées sur tout support par une personne physique pour un usage privé et à des fins non directement ou indirectement commerciales, à condition que les titulaires de droits reçoivent une compensation équitable qui prend en compte l'application ou la non application des mesures techniques visées à l'article 6 aux oeuvres ou objets concernés. » Selon l'alinéa (5) de cet article, cette exception n'est non plus applicable si elle se heurte au « test des à trois étapes ».

44. Comme il apparaît de ce qui est ci-dessus, le groupe spécial est d'avis que l'autorisation de la copie privée de sources illégales – qu'elle prenne la forme d'exception (utilisation libre) ou la forme de limitation (droit à rémunération) – serait en contradiction avec chacune des « étapes » du « test à trois étapes ». Il découlerait de la position mentionnée ci-dessus que le droit à rémunération ne pourrait pas être étendu à la copie privée de sources illégales.

45. Nous pouvons facilement constater dès le premier regard que ceci ne découle pas – du moins directement – du texte des dispositions de la directive InfoSoc citée ci-dessus, ni des considérants correspondants du préambule de la directive (surtout des considérants numéros (38) et (39)). Nous ne trouvons dans ceux-ci aucune allusion, même pas indirecte, à la copie privée de sources illégales. Ainsi, alors qu'il s'ensuit de l'article (2), alinéa (2), point (b) que du point de vue de la rémunération (« compensation équitable »), il faut tenir en compte l'application ou la non application de mesures techniques de protection, il ne s'ensuit pas du tout qu'il faudrait aussi tenir compte du fait que la copie privée s'effectue de source légale ou illégale (alors qu'il y avait la possibilité de clamer ceci au moment de la création et de l'adoption de la directive).

46. Ainsi, l'exclusion ou la diminution du droit à rémunération lors d'un cas de copie privée de sources illégales est seulement possible si l'interprétation de cette disposition de la directive était fondée sur les méthodes autres qu'une analyse grammaticale.

47. Nous pouvons dire pratiquement la même chose de l'article 20 et de l'article 33, alinéa (2) de la Lda que des dispositions mentionnées de la directive. Il n'y a non plus pas dans ces dispositions des règles textuelles qui permettraient la diminution ou l'exclusion du droit à rémunération en se basant sur le fait que les supports audio et audiovisuels peuvent (aussi) être utilisés pour la copie privée de sources illégales.

48. (L'examen contextuel et juridico-logique de la question ; possibilités de solutions douteuses.) Pour pouvoir interpréter les dispositions nationales et communautaires mentionnées du point de vue contextuel et juridico-logique, il paraît indispensable de faire une analyse plus détaillée de la nature juridique du droit à rémunération.

49. De l'opinion du groupe spécial – selon laquelle la copie privée de sources illégales est interdite – il s'ensuit aussi que le paiement de la rémunération incorporée dans le prix des supports audio et audiovisuels habilite le consommateur de faire seulement des copies de sources légales. Il y a des avis – et ceux qui disent que « le droit de rémunération ne peut pas légaliser la piraterie » sont certainement de cet avis – selon lequel, en acceptant cette affirmation, il n'y a qu'une solution ; à savoir la diminution ou l'exclusion du droit à rémunération.

50. Selon l'avis du groupe spécial, cette déduction est mal fondée.

51. Il y a trois possibilités qui pourraient surgir pour diminuer ou exclure le droit à rémunération dans le cas de la copie privée de sources illégales.

52. La première possibilité serait que le consommateur pourrait revendiquer la vente des supports audio ou audiovisuels à un prix diminué, sans la somme de la rémunération, en disant qu'il souhaite de l'utiliser pour faire des copies privées de sources illégales. Par la suite, la différence de prix pourrait être revendiquée par le vendeur de l'organisation de la gestion collective administrant le droit à rémunération. Pour éviter les complications de comptabilité et de règlement des comptes, on pourrait tout de suite mettre en vente deux sortes de supports : l'une avec un prix augmenté par la somme de la rémunération pour ceux qui envisagent de faire des copies privées de sources légales et une autre, meilleur marché, pour ceux qui s'appêtent à faire des copies privées de sources illégales. Cette possibilité est tellement absurde qu'il ne faut pas perdre le temps à expliquer pourquoi elle serait inacceptable.

53. La deuxième solution serait que ceux qui effectuent des copies privées de sources illégales pourraient revendiquer la somme correspondante à la rémunération incluse dans le prix des supports audio ou audiovisuels de l'organisation de gestion collective administrant le droit à rémunération. On peut dire la même chose concernant cette deuxième possibilité que pour la première. Elle ne frôlerait pas seulement le ridicule ; elle le dépasserait. De plus, tout comme pour la première « solution », mais peut-être d'une manière encore plus explicite, elle se retrouverait en contradiction avec un ancien principe fondamental du droit, qui est d'ailleurs fixé dans l'article 4, alinéa (4) du Code civil hongrois : « Personne ne peut invoquer son

comportement imputable pour obtenir des avantages »” (qui correspond approximativement au principe « *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* » ).

54. Pour ce qui est de la troisième possibilité, il ne s’agirait pas d’exclure au cas par cas le droit de rémunération, mais plutôt d’une solution adoptée aussi par l’article 5, alinéa (2), point (b) de la directive InfoSoc et par l’article 20, alinéa (1) de la Lda qui considère l’application ou la non application des mesures technique de protection. Cette idée est qu’il faudrait diminuer le droit de rémunération de manière générale (ou il faudrait l’exclure) dans la mesure de la copie privée de sources illégales (déterminée, par exemple, sur la base d’une enquête quelconque). En ce qui concerne la copie privée de sources illégales, il faudrait la considérer dans sa nature d’infraction à la loi, c’est-à-dire qu’il faudrait faire valoir les conséquences juridiques de l’infraction. Cette « solution » peut paraître bien plus raisonnable et ceux qui disent que « le droit de rémunération ne peut pas légaliser la piraterie » disent en gros la même chose.

55. L’argument qui pourrait être encore soulevé pour soutenir cette solution – et qui est parfois vraiment soulevé – c’est que c’est aussi souhaitable du point de vue juridico-politique car si on constate qu’il s’agit d’une infraction, le bon chemin à prendre est l’application des sanctions étant à disposition. Ceci n’est pas seulement nécessaire pour obtenir un effet dissuasif et pour contraindre à un comportement de respect de la loi, mais ainsi, le préjudice causé aux titulaires des droits peut aussi être mieux remédié et dans des proportions plus équitables.

56. Les titulaires des droits seraient vraisemblablement complètement d’accord avec cette dernière affirmation, et ils jugeraient aussi probablement cette solution la plus adéquate – si elle pouvait se réaliser dans les proportions souhaitées. Ce qui est probablement hors de portée. Dans les conditions actuelles, il n’y a aucune chance réelle d’identifier ce genre d’infraction (non seulement pas sa majorité mais même pas sa minorité considérable) ni à l’éclaircissement de l’état de conscience des copieurs de sources illégales pour chaque cas où l’application des sanctions serait nécessaire.

57. En conséquence, la diminution ou l’exclusion du droit à rémunération dans les proportions de la copie privée de sources illégales aurait comme résultat que dans une grande partie – et probablement dans la plupart – des cas, les titulaires ne recevraient aucun revenu ni sur la base du droit à rémunération, ni sur la base de l’application des dommages-intérêts dus à cause du préjudice. En même temps, ceux qui choisiraient la voie illégale obtiendraient un avantage dans les mêmes proportions que le préjudice du titulaire des droits. Le groupe spécial constate donc que ce serait la même situation qui se produirait dans le cas des deux premières « solutions » – et jugées inacceptables –, seulement dans des dimensions « macro » : le résultat qui en découlerait serait en contradiction avec le principe de base fixé dans l’article 4, alinéa (4), deuxième phrase du Code civil. L’avènement d’un tel résultat ne peut pas être dans les intentions des législateurs.

58. (La solution qui semble juste.) Selon le groupe spécial, il faut chercher dans une autre direction et sur un autre chemin la bonne solution pour une analyse et une interprétation justes de la loi.

59. Il faut poser la question : que se passerait-il si on ne diminuait pas le droit à rémunération à cause du fait qu’il y en – et peut-être qu’il y en a beaucoup – qui utilisent les supports audio et

audiovisuels chargés du droit à rémunération pour effectuer des copies privées de sources illégales ?

60. Voici ce qui se passerait : la rémunération serait chargée sur ces copieurs commettant des infractions, et ainsi ils ne jouiraient pas d'un avantage contraire au principe de base déclaré dans le Code civil. Ils ne se retrouveraient pas dans une situation plus favorable que ceux qui suivent la loi. Il pourrait y avoir des scrupules selon lesquelles lors d'une application du droit aux dommages-intérêts contre ces copieurs, le droit à rémunération deviendrait injustifié. Mais la solution à ce « problème » serait facile à trouver et serait évidente du point de vue dogmatique et juridico-technique : quand le titulaire des droits réussit à faire appliquer son droit aux dommages-intérêts, il faudrait tenir compte de la rémunération chargée sur les supports achetés par eux.

61. Le groupe spécial pense qu'alors que les trois premières solutions seraient tout simplement absurdes, et serait inacceptables du point de vue juridico-logique et juridico-politique, cette dernière version correspond de tous les points de vue à la réglementation internationale, communautaire et nationale, à l'esprit et à la lettre des dispositions applicables et aux principes juridiques qui en servent la base.

## **VI. Résumé de l'opinion; réponses aux questions posées par le requérant**

62. Comme le groupe spécial le cite plus haut, après avoir esquissé les aspects à examiner, le requérant a demandé au Conseil de répondre aux questions suivantes:

« 1. Est-il possible de déduire de l'ensemble des dispositions des alinéas (2) et (3) de l'article 33 et de l'alinéa (1) de l'article 35 de la Lda que la copie privée produite à partir d'une œuvre ou d'un support qui a été reproduit(e) ou communiqué(e) au public de manière illégale (avec une attention particulière aux exploitations à travers de l'Internet – notamment à la mise à disposition au public comme indiquée dans l'alinéa (8) de l'article 26 de la Lda et la reproduction par téléchargement) porte atteinte aux droits exclusifs du titulaire des droits, ou bien une modification de la loi en vigueur serait nécessaire pour obtenir une situation juridique absolument claire.

2. Au cas où l'honorable Conseil d'experts de droit d'auteur répond à la question précédente qu'il est nécessaire de modifier la loi en vigueur pour régler la problématique présentée, alors notre question suivante vise à savoir si l'honorable Conseil juge souhaitable et possible que le législateur hongrois dispose d'une règle spéciale – en constituant ainsi une exception à l'exception – selon laquelle une reproduction effectuée à partir d'une œuvre produite de manière manifestement illégale ne constitue pas une utilisation libre, et est-ce que dans une telle disposition, le législateur devrait faire référence à l'état de conscience de la personne effectuant la copie privée et/ou à l'exigence de circonspection ou d'attente ?

Nous remarquons en rapport avec cette deuxième question que selon notre opinion une utilisation libre ne peut pas être caractérisée comme étant un droit spécial garanti aux

consommateurs mais plutôt comme une limitation des droits exclusifs du titulaire des droits d'auteur. »

**63. Selon l'avis du groupe spécial, on peut déduire des règles internationales, communautaires et nationales, analysées préalablement, que la copie privée de sources illégales n'est pas autorisée ni en tant qu'utilisation libre, ni sur la base de la limitation du droit de reproduction à un droit à rémunération.**

**64. En outre, le groupe spécial note que :**

**(i) selon l'article 20 de la Lda, il n'est pas justifié de diminuer (et surtout d'exclure) la rémunération prélevée sur les supports audios et audiovisuels à cause de la copie privée de sources illégales ;**

**(ii) dans le cas d'une application du droit des dommages-intérêts contre une infraction commise par la copie privée de sources illégales, il faut tenir en compte la rémunération prélevée sur les supports audios et audiovisuels.**

**65. En ce qui concerne la dernière remarque du requérant citée ci-dessus, selon laquelle «l'utilisation libre ne peut pas être caractérisée comme étant un droit spécial garanti au consommateur mais plutôt comme une limitation des droits exclusifs du titulaire des droits d'auteur, » le groupe spécial est entièrement d'accord avec elle.**

-----