

# LES BOOTLEGS et le DROIT

## I) Qu'est-ce qu'un bootleg ?

### A) Définition du bootleg

L'erreur commune est d'avoir assimilé de manière systématique la notion de bootleg à une activité illicite. Il n'en est rien.

Si le mot désigne en effet, par référence à la Prohibition américaine<sup>1</sup>, au cours de laquelle les fraudeurs (les « bootleggers ») dissimulaient l'alcool dans leurs bottes, un produit de contrebande, il désigne également une technique musicale en vogue chez les DJ et les remixeurs. Le bootleg, dans cette acception du terme – et on ne le sait pas toujours – désigne **l'œuvre dérivée obtenue par la confrontation et la fusion de deux ou plusieurs morceaux différents**. Le titre « Fucking Crazy », qui réunit dans une même œuvre, de manière humoristique, un morceau de Metallica et une chanson de Britney Spears, est un bootleg, identifiable généralement par la forme adoptée pour le nom de l'artiste auteur de l'œuvre obtenue : « X vs Y », en l'occurrence « Britney Spears vs Metallica ». L'utilisation de la conjonction de coordination indique au contraire une collaboration effective des artistes et non un bootleg.

Les bootlegs de ce type sont légaux à partir du moment où les artistes dont l'œuvre sert de matériau ont donné leur accord à la réalisation et à la diffusion de cette œuvre dérivée, qui par ailleurs fait naître un droit d'auteur au bénéfice de l'artiste l'ayant confectionné.

Cela étant dit, le terme « bootleg » désigne plus communément un **phonogramme reproduisant une musique qui n'a jamais été éditée officiellement**. Par édition on entend la publication et la mise en vente d'une œuvre quelle qu'elle soit. L'édition non-officielle est celle qui n'a pas été autorisée par l'auteur ou par ceux qui le représentent (producteur ou société de gestion comme la SACEM). On parle généralement de « piraterie traditionnelle » par opposition à la piraterie numérique, effectuée à titre non-onéreux par des particuliers.

Qui dit édition non-officielle ne dit pas nécessairement bootleg. On doit en effet distinguer ici deux types de phonogrammes :

- les contrefaçons d'une édition officielle. Parmi celles-ci, les éditions MICA pour les œuvres de Joe Hisaishi, pour ne citer qu'elles. Ces disques sont vendus à des prix défiant toute concurrence (parfois à moins de deux euros) et représentent plus de la moitié du marché asiatique. Constitutives d'un préjudice avéré, ces contrefaçons industrielles sont bien entendu sanctionnées, sur le fondement de la « contrefaçon » (incrimination pénale prévue par le Code de Propriété Intellectuelle) ou de la « concurrence déloyale » (sanction civile prise sur le fondement de l'article 1382 du Code Civil). Le fait de détenir, de vendre ou de donner ces éditions est constitutif d'un recel, de cinq ans d'emprisonnement et de 375 000 euros

---

<sup>1</sup> Période (1919-1933) pendant laquelle les Etats-Unis ont interdit les boissons alcooliques

d'amende<sup>2</sup>, peine qui peut être aggravée si la valeur du bien objet du recel est supérieure au montant de l'amende. L'importation est également sanctionnée.

Il convient donc de faire attention aux objets que l'on achète sur Internet ou dans les magasins (les grandes surfaces sont loin d'être épargnées). Les produits contrefaisants se caractérisent de plusieurs façons : code barre erroné ou absent, nombreuses fautes d'orthographe, visuel étrange, prix nettement inférieurs aux prix pratiqués dans les magasins officiels. Les occasions vendues sur Internet sont particulièrement à surveiller.

- les bootlegs, qui contiennent des enregistrements qui n'ont pas pour objectif d'être divulgués ou d'être fixés sur phonogramme.

Plus concrètement il s'agit, en général, d'enregistrements de concert (concerts de Jeff Buckley par exemple), de sessions réalisées à la radio, de titres inédits, ou de maquettes (les maquettes à peine terminées de « Hail To The Thief » de Radiohead ont ainsi été illégalement diffusées sur KaZaA bien avant la sortie officielle de l'album, ce qui soit dit en passant est plutôt ironique, vu le titre choisi par le groupe).

Les bootlegs désignent également les albums réalisés à partir de musiques pour l'image qui n'ont jamais été fixées sur un phonogramme : rip de DVD<sup>3</sup> avec ou sans sfx<sup>4</sup>, reproductions des bandes masters (« recordings sessions »), enregistrement audio de cassettes VHS...

Le numérique aujourd'hui a grandement facilité la confection de ce type de produit.

## **B) Le bootleg dans l'économie musicale**

Le bootleg, bien évidemment ne représente qu'un très faible pourcentage des ventes de disque, bien que la nature même du bootleg ne permette pas d'évaluer avec exactitude la part de marché qu'il représente. Le bootleg est une affaire de passionnés : seule une minorité, les fans purs et durs s'intéressent à ce type d'enregistrements. On ne peut pas dire que ce piratage artisanal ait une importance comparable à celle des contrefaçons d'éditions officielles, qui sont réalisées à une échelle industrielle et très souvent mondiale. Hervé Deplasse, directeur marketing de BMG, confessait que « le bootleg est trop marginal pour représenter un vrai danger économique pour les maisons de disque<sup>5</sup> »

Les bootlegs existent parce que la part de marché des performances ou des enregistrements ainsi piratés n'est pas considérée comme suffisante pour qu'une édition officielle soit intéressante. Autrement dit le retour sur investissement n'est pas avantageux. L'investissement recoupe des postes comme le mixage, mastering, pressage, impression, frais de distribution, etc (la liste n'est pas exhaustive)... Le paiement des ayants droits (artistes-interprètes et auteurs) peut être un frein non négligeable à l'édition de CDs officiels. Robert Townson avouait ainsi ne pas pouvoir éditer certaines musiques de films de Goldsmith car ce dernier utilisait parfois 3 orchestres différents pour une même BOF, et que le coût des rémunérations complémentaires à reverser aux interprètes excédait la capacité financière de Varèse Sarabande.

Le bootleg est généralement de confection artisanale : un CD-R ou tout autre support enregistrable, avec une jaquette spécialement créée pour l'occasion, et échangé entre particulier (les résultats des moteurs de recherche pour le mot clef « bootleg » sont assez

---

<sup>2</sup> Article 321-1 du Code Pénal : « Le recel est le fait de dissimuler, de détenir ou de transmettre une chose, ou de faire office d'intermédiaire, afin de la transmettre, en sachant que cette chose provient d'un crime ou d'un délit. »

<sup>3</sup> Reproduction en général sélective du contenu d'un DVD

<sup>4</sup> On appelle sfx les dialogues et les effets sonores qui peuvent gêner l'écoute d'une musique de film

<sup>5</sup> Télérama N°2775 – 21 mars 2003

éloquentes) . Néanmoins il n'est pas rare que les brocantières, les exposants des foires aux disques et les magasins spécialisés vendent ces produits. Plus grave encore, des petits éditeurs ou même des particuliers font presser les CDs en toute illégalité afin de mieux les revendre, à des prix oscillant entre 20 et 25 euros : un beau packaging et un CD pressés attirent en effet davantage qu'un CD-R.

Les bootlegs ont une grande valeur, car la musique qu'ils comportent est rarissime et qui plus est recherchée. Ils répondent souvent à une frustration de l'auditeur, confronté à des CDs bridés ou dans l'attente d'un CD officiel.

Pourtant, ils dérangent l'industrie musicale, parce qu'il porte préjudice aux producteurs et aux éditeurs :

- Violation de l'exclusivité entre l'artiste et son producteur, « qui a souvent investi beaucoup pour le faire connaître »<sup>6</sup>

- Préjudice financier et concurrence déloyale. Les petits éditeurs qui se permettent de presser et de vendre les bootlegs gagnent de l'argent sans les reverser aux producteurs et aux auteurs de l'enregistrement. Sans compter que la vente de bootlegs nécessairement hors taxes constitue une fraude fiscale.

- Le bootleg porte atteinte à la stratégie commerciale des éditeurs et des producteurs. Ces derniers peuvent en effet vouloir vendre les enregistrements de concert ou de musiques de films un peu plus tard, à une période où ils y ont intérêt. Les « live » représentent des réservoirs permettant la réalisation future de CDs fidélisant l'auditeur sur le long terme, et dont la sortie peut constituer un événement nécessaire à la médiatisation d'un groupe au creux de la vague. Aujourd'hui, les performances réalisées par des artistes connus qui ne sont pas enregistrés de manière professionnelles sont rarissimes : le bootleg est donc rarement exclusif.

A l'inverse, les fabricants de bootlegs ont quelques arguments de poids afin de justifier leur activité :

- Le préjudice financier n'est pas fondé: car on ne peut pas perdre ce que l'on n'a pas. Les producteurs et les éditeurs ne peuvent pas prétendre perdre des bénéfices alors qu'ils n'ont pas financé les phonogrammes incriminés (argument bancal, car le producteur finance le master de la musique).

- Les bootlegs sont souvent confectionnés avec la bénédiction des artistes. Metallica lors de leurs concerts aménage des espaces pour leurs fans afin qu'ils enregistrent dans les meilleures conditions la performance du groupe. Gabriel Yared a diffusé lui-même sous le manteau et sur son site Internet la musique rejetée de « Troy ». L'argument est également bancal, car les droits appartiennent le plus souvent au producteur (à titre originel en droit anglo-saxon, en vertu d'un contrat de cession en droit français) ou à un organisme de gestion de droits (la sacro-sainte et inébranlable SACEM en France). L'artiste n'a ici aucun droit sur son œuvre et devient du coup contrefacteur de sa propre musique !

- Les bootlegs permettent aux industries de tester des marchés, en Europe de l'Est notamment. Les fans veulent souvent forcer la main aux éditeurs en montrant que le public existe et qu'une édition officielle est nécessaire. L'argument est de poids et constitue la plupart du temps la raison d'être principale du bootleg, qui par nature répond à une frustration du fan. Une grande partie des majors admettent le caractère utile des bootlegs, qui sont des outils de promotion gratuits. La majorité des actions menées contre les fabricants et les réseaux de distribution de bootlegs sont d'ailleurs le fait des représentants des auteurs ou des majors, et non pas des majors elles-mêmes.

---

<sup>6</sup> Pierre Christani, avocat et ancien dirigeant de Polydor, Télérama N°2775 – 21 mars 2003

## **II) Le Bootleg est-il légal ?**

Les passionnés se posent très souvent cette question, à laquelle nous répondrons hélas pas la négative : la fabrication et la diffusion du bootleg, en dehors des conditions de la copie privée, ne sont pas légales.

### **A) Droits violés**

Le bootleg porte atteinte aux droits voisins du producteur du phonogramme (celui qui a financé l'enregistrement)<sup>7</sup>, aux droits voisins d'artiste-interprète<sup>8</sup>, et bien entendu, aux droits d'auteur<sup>9</sup>.

Les droits d'auteur ainsi violés sont les suivants :

- droit de divulgation. Le droit de divulgation est un droit moral ; c'est à dire un droit attaché à la personnalité de l'auteur, inaliénable et perpétuel. Il donne le droit à ce dernier de décider de la divulgation ou non de ses œuvres, et déterminer les conditions de cette divulgation.

Un artiste a ainsi la possibilité de contrôler sa personnalité artistique en ne montrant que les productions qu'il estime d'une qualité suffisante pour être dévoilée au public. Il a un droit absolu à ne pas montrer ses œuvres de jeunesse, ses œuvres ratées ou les œuvres qui terniraient sa réputation. Imaginez qu'une personne de votre entourage croit bien faire en publiant des écrits de votre crû où vous racontez les rocambolesques aventures d'une nymphomane, ou en publiant des rédactions scolaires maladroites écrites à l'âge de 10 ans. Le droit de divulgation permet d'éviter cette révélation forcée.

Il apparaît évident que le bootleg est une atteinte à ce droits lorsqu'il s'agit de titres inédits<sup>10</sup>.

Une partie de la doctrine considère que le droit de divulgation ne s'épuise pas à la première divulgation et peut être mis en œuvre à chaque fois que l'on change de support. Nous ne partageons personnellement pas cette opinion. Pour autant, cette conception large du droit de divulgation, qui fait doublon avec le droit de reproduction, permet de sanctionner comme une atteinte au droit de divulgation le fait de confectionner un bootleg à partir d'une vidéo.

- droit de reproduction : la reproduction non autorisée d'une performance ou d'une œuvre exploitée sur un autre support (par exemple un film dans le cas des bandes originales de films ou une bande master) est une contrefaçon sanctionnée pénalement.

### **B) Sanctions**

Au terme de l'article L. 335-3 du Code de Propriété Intellectuelle, est considérée comme contrefaçon « *toute reproduction, représentation ou diffusion, par quelque moyen que ce soit, d'une œuvre de l'esprit en violation des droits de l'auteur, tels qu'ils sont définis et*

---

<sup>7</sup> Art. L.213-1 ss du CPI

<sup>8</sup> Art. L.212-1 ss du CPI

<sup>9</sup> Art. L.111-1 ss du CPI

<sup>10</sup> Une difficulté pourrait apparaître lorsque œuvres divulguées sont des maquettes. Or le droit de divulgation ne semble jouer que pour des œuvres dites achevées. Par souci de simplicité, nous considérerons que les maquettes sont des œuvres dont la divulgation doit être autorisée par son auteur.

*réglémentés par la loi* ». La contrefaçon est sanctionnée d'une peine de 3 ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende.

L'article L. 335-4 du Code de Propriété Intellectuelle dispose également qu'« *est punie de 3 ans d'emprisonnement et 300 000 euros d'amende* » toute fixation, reproduction, communication ou mise à disposition du public, à titre onéreux ou gratuit, ou toute télédiffusion d'une prestation, d'un phonogramme, d'un vidéogramme ou d'un programme, réalisée sans l'autorisation, lorsqu'elle est exigée, de l'artiste-interprète, du producteur de phonogrammes ou de vidéogrammes ou de l'entreprise de communication audiovisuelle. »

La fabrication et la diffusion d'un bootleg sont donc constitutives du délit de contrefaçon. Car celles-ci doivent être autorisée par l'auteur, les artistes interprètes et le producteur de phonogramme s'il y a lieu. Aux Etats-Unis, contrairement en France, c'est le producteur qui est auteur, pas le compositeur ou le réalisateur. Gabriel Yared était en infraction au regard des lois américaines lorsqu'il a diffusé « Troy » sur son site Internet.

Cette fabrication et cette diffusion sont contrefaisante, quand bien même elles seraient faites à titre gratuit. Si le pressage et la vente de bootlegs est illégal, le fait de donner un bootleg, de le transmettre via un logiciel Peer-to-peer est également un acte de contrefaçon. Il est à noter que la « création de liens hypertextes permettant l'accès à d'autres sites offrant des fichiers musicaux illicites présentés sous le format MP3 » est constitutive du délit de contrefaçon par fourniture de moyens<sup>11</sup>.

L'importation et l'exportation de bootlegs est également une contrefaçon.

Il résulte de tout cela que le fait de posséder ces bootlegs est un recel de contrefaçon, puni de 5 ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende, sanction élevée à 10 ans d'emprisonnement et 750 000 euros d'amende lorsqu'il est commis de façon habituelle ou en utilisant les facilités que procure l'exercice d'une activité professionnelle (avoir une activité d'ingénieur son par exemple), et lorsqu'il est commis en bande organisée (l'ensemble des utilisateur de Peer-to-peer ne semble pas être considéré par la jurisprudence comme une bande organisée). La peine peut être aggravée si la valeur du bien objet du recel est supérieure au montant de l'amende

Dans les faits la détention de bootlegs est tolérée, faute de pouvoir en contrôler tous les utilisateurs.

### **C) Bootleg et copie privée**

L'article L. 122-5 du Code de la Propriété Intellectuelle dispose que « *lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire [...] 2°) les copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective* ».

L'exception pour copie privée ne peut donc être avancée que si les trois conditions qui suivent sont réunies :

- l'œuvre a été divulguée
  - le copiste est la même personne qui fait usage de la copie
  - la copie est reproduite pour un usage privé et non pas à des fins d'utilisation collective.
- La copie ne peut être diffusée, donnée, louée, vendue à d'autres personnes ou faire l'objet d'une nouvelle copie (copie d'une copie) : l'objet reproduit doit être un original – qui, contrairement aux idées reçues, peut avoir été prêté au copiste...

---

<sup>11</sup> TGI Epinal, 24 oct. 2000: *Communic. Comm. Élect. 2000, Comm. N°125, obs. Caron*

Dans ces conditions, l'exception pour copie privée ne peut en aucun cas justifier la diffusion de titres inédits, par définition non divulgués.

Néanmoins, d'autres pratiques peuvent être ambiguës : l'enregistrement de concert et la copie à partir d'un autre support que le phonogramme (vidéogramme, CD-Rom, etc...)

### **1) l'enregistrement de concerts**

Si l'on adopte la théorie selon laquelle la divulgation ne s'épuise pas avec la première divulgation, alors l'enregistrement et la fixation d'un concert sont illégaux, puisqu'il y a changement de mode d'exploitation.

Dans le cas contraire, la fabrication d'un bootleg à son propre usage peut être autorisée.

### **2) la copie à partir d'un autre support que le phonogramme**

L'isolement à son propre usage d'une bande sonore avec sfx et dialogue (bande strictement identique à celle disponible sur le support vidéo) peut être considérée comme entrant dans le champs de l'exception pour copie privée, sauf à considérer que ce changement de support (vidéogramme, CD-Rom, etc... vers phonogramme) est une nouvelle divulgation.

Une difficulté apparaît lorsque le support est protégé par un système anti-copie. Une directive européenne sur les droits d'auteur, en cours de transposition, légitime les systèmes anti-copie en disposant que le fait de contourner ces systèmes anti-copie est une contrefaçon. L'isolement du score d'un film sans sfx à partir d'un DVD (protégé par le CSS et la Macrovision) est par conséquent illicite puisqu'il suppose nécessairement la déstructuration des fichiers VOB, ce qui nécessite de contourner les dispositifs anti-copie. De même l'isolement de la musique d'un jeu vidéo protégé apparaît comme illicite.

Néanmoins, le 22 avril, dans l'affaire qui opposait l'UFC-Que Choisir et Les Films Alain Sarde et Studio Canal, la cour d'appel de Paris a fait interdiction d'utiliser sur un DVD un système empêchant la copie, parce que cette pratique ne permettait pas d'exercer l'exception pour copie privée. En l'espèce, un consommateur se plaignait de ne pas pouvoir copier sur cassette vidéo le DVD de Mulholland Drive afin de le visionner chez sa mère.

Ce jugement, à mettre en parallèle avec l'arrêt de la Cour d'Appel de Montpellier confirmant la relaxe d'un internaute ayant téléchargé et copié 488 films, laisse entendre que le contournement des dispositifs anti-copie de vidéogrammes est licite. Néanmoins, la transposition de la directive européenne pourrait renverser la position jusque là adoptée par une partie des tribunaux.

D'autant que cet isolement peut être considéré comme une atteinte à l'intégrité de l'œuvre, et donc au droit moral de l'auteur.

**Damien DESHAYES**

<http://www.yuhira.com>