

LEGIPRESSE

REVUE MENSUELLE DU DROIT DE LA COMMUNICATION

Presse - Audiovisuel - Internet - Multimédia - Publicité - Édition - Cinéma

TRIBUNE

Valse constitutionnelle à trois temps sur la responsabilité des intermédiaires techniques

Lionel Thoumyre
Directeur éditorial de Juriscom.net
Chargé de mission au Forum
des droits sur l'internet

CHRONIQUES ET OPINIONS

La responsabilité des internautes et éditeurs de sites à l'aune de la loi pour la confiance dans l'économie numérique

Emmanuel Dreyer
Maître de conférences
à la Faculté de droit
de l'Université de Rennes 1

COURS ET TRIBUNAUX

De l'information en boucle à la cascade de responsabilités

CEDH, 30 mars 2004
Commentaire : **Henri Leclerc**,
Avocat au Barreau de Paris

Mesures techniques de protection sur des Dvd : le test des trois étapes met en échec l'exception de copie privée

TGI Paris, 30 avril 2004
Commentaire : **Michel Vivant**,
Agrégé des Facultés de Droit,
Université de Montpellier
et **Gilles Vercken**, Avocat à la Cour

La liberté de l'image dans tous ses états

TGI Paris, 2 juin 2004
et 14 mai 2003,
Commentaire : **Christophe Bigot**,
Avocat au Barreau de Paris

TEXTES ET DOCUMENTS

Commercialisation des droits d'exploitation audiovisuelle des manifestations sportives

Décret n° 2004-699
du 15 juillet 2004

213-15, 213-16, 213-17 et 213-18

MOTS-CLÉS

Droit d'auteur, copie privée, mesures techniques de protection, test des trois étapes, Dvd

MESURES TECHNIQUES DE PROTECTION SUR DES DVD : LE TEST DES TROIS ÉTAPES MET EN ÉCHEC L'EXCEPTION DE COPIE PRIVÉE

TGI Paris
(3^e chambre, 2^e section)
30 avril 2004
S. Perquin et association UFC-Que Choisir
c/ SA Les Films Alain Sarde et autres

[...]

VI. Sur la copie privée

Attendu que l'appréciation du bien-fondé des demandes suppose que soient tout d'abord précisées la nature et la portée de l'exception prévue aux articles L. 122-5 et L. 211-3 du code de la propriété intellectuelle, au regard notamment de la Convention de Berne (A), avant d'examiner la portée de la directive du 22 mai 2001, non encore transposée (B).

A) Sur la nature et la portée des articles L. 122-5 et L. 211-3 du code de la propriété intellectuelle

Attendu que le premier de ces articles dont les termes furent arrêtés par le législateur en 1957 énonce limitativement, les exceptions apportées au caractère exclusif des droits de l'auteur en disposant que l'auteur ne peut interdire notamment « les copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective » ;

Attendu que le second article introduit par la loi du 3 juillet 1985 stipule que les bénéficiaires des droits voisins ne peuvent interdire « [...] 2) les reproductions strictement réservées à l'usage privé de la personne qui les réalise et non destinées à une utilisation collective » ;

Attendu qu'il s'agit donc d'une exception précisément circonscrite et « strictement réservée à un usage particulier », aux droits exclusifs dont jouissent l'auteur et les titulaires de droits voisins ;

Attendu que le législateur n'a pas ainsi entendu investir quiconque d'un droit de réaliser une copie privée de toute

œuvre mais a organisé les conditions dans lesquelles la copie d'une œuvre échappe (s'agissant notamment de l'article L. 122-5) au monopole détenu par les auteurs, consistant dans le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la reproduction de leurs œuvres ;

Que s'agissant des droits voisins, l'article L. 211-3 du code de la propriété intellectuelle procède de même ;

Attendu, par ailleurs, que les dates auxquelles ces dispositions ont été adoptées (1957 et 1985) excluent que le législateur ait pu prendre en considération la démultiplication récente des supports sur lesquels une œuvre peut être reproduite et les procédés techniques de protection susceptibles de faire obstacle à leur reproduction ;

Attendu qu'il ne peut donc être tiré argument de l'absence, dans ces textes, de précision sur les modes de reproduction ;

Attendu, en revanche, qu'il convient de se reporter, comme le font les défenderesses, aux dispositions de la Convention de Berne pour apprécier la portée de ces exceptions ; qu'en effet la loi du 3 juillet 1985 qui a instauré une rémunération forfaitaire pour copie privée sur, sauf exception, tous les supports vierges (article L. 311-4 du code de la propriété intellectuelle), a été adoptée en conformité aux dispositions de la Convention de Berne et plus spécialement de l'acte de Paris portant révision de cette dernière ;

Attendu que l'article 9-2 de la Convention réserve certes à la compétence des pays de l'Union la faculté de permettre la reproduction des œuvres mais stipule que l'exercice de cette faculté est subordonné aux conditions cumulatives suivantes : il doit s'agir de cas spéciaux et la reproduction autorisée ne peut porter atteinte à l'exploit-

tation normale de l'œuvre ni causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur ;

Attendu que les mêmes dispositions se retrouvent énoncées notamment dans l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) et le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur adopté en 1996 ; que bien plus, l'article 13 de l'Accord étend ces critères d'appréciation à tous les droits que les ADPIC consacrent ;

B) Sur l'incidence de la directive du 22 mai 2001

Attendu que, bien que cette directive ne soit pas encore transposée, il demeure que les dispositions internes doivent être interprétées à sa lumière ;

Attendu qu'il convient de relever en premier lieu qu'elle reprend, en son article 5.5 les critères généraux sus-énoncés de la convention de Berne qui doivent donc être pris en considération pour apprécier la portée de la liste des exceptions qu'elle énonce aux paragraphes 1, 2, 3 et 4 de l'article 5, parmi lesquelles figure celle relative à « la reproduction effectuée 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 de mesures techniques visées à l'article 6 aux œuvres ou objets concernés » ;

Que, par mesures techniques, la directive entend tout dispositif destiné à empêcher ou limiter les actes non autorisés par le titulaire d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin ;

Attendu, en second lieu, que l'exception précitée – comme les autres exceptions citées par l'article 5.2 – n'a aucun caractère impératif puisque les États membres se voient reconnaître la faculté de les prévoir dans leur droit interne, étant observé que l'article 6.4 précise en outre que les États membres peuvent prendre les mesures nécessaires pour assurer l'effectivité de la mise en œuvre de ces exceptions ;

Attendu que la directive n'a donc pas pour effet de reconnaître et encore moins d'instaurer un droit général à la copie privée parce qu'elle stipule qu'elle n'est applicable que si elle ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts des titulaires de droits, et, parce qu'elle a laissé à la seule compétence des États membres l'appréciation de la nécessité de la prévoir dans leur droit interne ;

Attendu que la directive n'a en conséquence pas d'incidence sur la solution du présent litige puisque, comme les instruments internationaux qui l'ont précédée, elle soumet le bénéfice de l'exception aux mêmes conditions cumulatives ;

Attendu que c'est donc en considération de ces dernières que doit être apprécié le bien fondé des prétentions des demandeurs ;

C) L'application de ces principes à l'espèce

Attendu que la société Alain Sarde comme la société Universal Pictures fait valoir à cet égard – sans être démentie – que le marché du DVD est économiquement d'une importance capi-

tales et que la vente de DVD de films qui suit immédiatement l'exploitation de ceux-ci en salles, génère des recettes indispensables à l'équilibre budgétaire de la production ;

Attendu en effet que l'exploitation commerciale d'un film sous forme d'un DVD constitue un mode d'exploitation de nombreuses œuvres audiovisuelles si bien qu'il n'est pas contestable que ce mode fait partie d'une exploitation normale de telles œuvres ;

Attendu que la copie d'une œuvre filmographique éditée sur support numérique ne peut ainsi que porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ;

Attendu que cette atteinte sera nécessairement grave – au sens des critères retenus par la Convention de Berne – car elle affectera un mode d'exploitation essentielle de ladite œuvre, indispensable à l'amortissement de ses coûts de production ;

Attendu que le dispositif de protection dont est doté le DVD acquis par M. Perquin n'apparaît dès lors pas réaliser une violation des articles L. 122-5 et L. 211-3 du code de la propriété intellectuelle ;

Attendu enfin qu'il est indifférent que le support vierge acquis par M. Perquin ait pu donner lieu à la perception d'une rémunération pour copie privée car l'assiette de cette rémunération ne détermine pas la portée de l'exception de copie privée ;

VII. Sur le défaut d'information

Attendu qu'aux termes de l'article L. 111-1 du code de la consommation, le consommateur doit être en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du service ;

Attendu que si une information précise du consommateur sur l'impossibilité de réaliser une copie privée du DVD litigieux aurait pu figurer sur la jaquette de celui-ci, il demeure que ne constitue pas une caractéristique essentielle d'un tel produit la possibilité de le reproduire alors surtout qu'il ne peut bénéficier de l'exception de copie privée ;

VIII. Sur l'article 700 du nouveau code de procédure civile

Attendu qu'il n'est pas inéquitable de condamner *in solidum* les demandeurs à verser les sommes suivantes sur le fondement de l'article 700 du nouveau code de procédure civile :

2 500 euros à la Société Films Alain Sarde, 3 500 euros à la Société Universal Picture Video France, 1 000 euros à la Société Studio Canal Image, 1 000 euros à la Société Studio Canal.

PAR CES MOTIFS,

Le Tribunal,

Statuant publiquement par jugement contradictoire et en premier ressort ;

REJETTE la demande d'annulation de l'assignation

REJETTE la demande de retrait de la pièce n° 4 de l'UFC Que Choisir;

DÉCLARE M. Perquin et l'UFC Que Choisir recevables en leur action;

MET hors de cause la Société Studio Canal Image;

DÉBOÛTE M. Perquin et l'UFC Que Choisir de l'intégralité de leurs demandes;

REJETTE toute autre demande, fin ou prétention

CONDAMNE *in solidum* M. Perquin et l'UFC Que Choisir à verser, sur le fondement de l'article 700 du nouveau code de procédure civile les sommes de :

- 2 500 euros à la Société Films Alain Sarde,
- 3 500 euros à la Société Universal Picture Video France,
- 1 000 euros à la Société Studio Canal Image,
- 1 000 euros à la Société Studio Canal.

CONDAMNE *in solidum* M. Perquin et l'UFC Que Choisir aux dépens qui seront recouverts dans les formes de l'article 699 du nouveau code de procédure civile.

Vice-Prés. : M^{me} Darbois, M. Girardet – Juge : M. Mathis – Av. : M^{es} Franck, SCP Zylberstein-Halpern, SCP Soulie Christian et Jean-Marie Coste Floret, Boissard

COMMENTAIRE

1. LES MESURES TECHNIQUES sont à nouveau sur la sellette avec un récent jugement du tribunal de grande instance de Paris du 30 avril 2004 (celles-ci l'avaient déjà été avec un premier jugement, celui-ci de Nanterre, en date du 2 septembre 2003 (1)) mais – nouveauté – le triple test, cette fois-ci, "a frappé" (2).

2. En effet, plusieurs consommateurs s'étaient plaints de n'avoir pu copier sur supports numériques, du fait de l'existence de mesures techniques de protection, divers DVD qu'ils avaient acquis en toute légalité. L'un d'eux, estimant qu'il était ainsi porté atteinte à son « droit à [...] faire une copie privée » qu'il jugeait consacré par l'article L. 122-5 CPI, devait décider d'agir en justice conjointement avec l'UFC contre producteurs et distributeurs. Les demandeurs faisaient encore valoir que le fait de ne pas informer le consommateur de l'existence de ces mesures portait également atteinte à l'article L. 111-1 du code de la consommation faisant obligation au vendeur d'informer le consommateur des caractéristiques essentielles du bien ou service en cause. L'écho du jugement (précité) de Nanterre est ici indiscutable puisque les juges nanterrois avaient déclaré qu'il y avait vice caché dans le fait de ne permettre du CD vendu qu'un usage restreint à certains supports, et cela sans l'annoncer. Les juges parisiens seront, dans une perspective analogue, bien moins accueillants puisqu'ils jugeront que « si une information précise du

consommateur sur l'impossibilité de réaliser une copie privée du DVD litigieux aurait pu figurer sur la jaquette de celui-ci, il demeure que ne constitue pas une caractéristique essentielle d'un tel produit la possibilité de le reproduire alors surtout qu'il ne peut bénéficier de l'exception de copie privée ». C'est bien la copie privée qui est au cœur des débats, la copie privée confrontée à la mise en place de dispositifs de protection. Et c'est bien cela qui va évidemment nous intéresser ici (3).

3. Or le tribunal va se prononcer, en en appelant à Berne, aux ADPIC et au Traité de l'OMPI de 1996 mais aussi en se référant de manière plus inattendue à la directive du 22 mai 2001 sur droit d'auteur et droits voisins "dans la société de l'information", pourtant toujours point transposée. Cela mérite un mot car nous savons que cette motivation a déconterncé certains. S'agissant de traités internationaux, la question pourrait, en effet, être soulevée de savoir s'ils sont bien *self executing*, encore que le tribunal fasse plutôt référence à ces textes comme éléments d'interprétation (« Il convient de se reporter [...] aux dispositions de la

Convention de Berne pour apprécier la portée de ces exceptions »...) (4). S'agissant de la directive, c'est plus simplement encore le défaut de transposition qu'on pourrait être enclin à mettre en avant. Ce serait oublier pourtant que, si les directives non transposées ne sont susceptibles d'invocation directe que "verticalement", c'est-à-dire à l'encontre de l'État défaillant, il reste qu'"horizontalement", c'est-à-dire dans les rapports entre particuliers, la juridiction nationale est « tenue, lorsqu'elle applique des dispositions de droit national antérieures comme postérieures à la directive, de les interpréter dans toute la mesure du possible à la lumière du texte et de la finalité de cette directive » (5). C'est à cet "éclairage" que se réfère donc ici le tribunal. Il est vrai qu'on pourrait faire valoir que le statut du triple test qui est au cœur de la décision est bien mal assuré. Comme l'a justement relevé le professeur Caron, celui-ci peut être considéré comme un « filtre législatif », comme un filtre « judiciaire » à destination des juges nationaux (6) ou bien encore, entre ces deux hypothèses extrêmes, comme un guide à l'usage exclusif du juge commu-

1. Prop. intell. 2003, n° 9, p. 464, obs. Bruguière et Vivant.

2. M. Vivant, obs. sous ce jugement publiées in Prop. intell. 2004, n° 11.

3. Nous laisserons totalement de côté les autres questions, procédurales, à laquelle le tribunal de Paris s'est trouvé confronté : nullité de l'assignation, recevabilité à agir de l'UFC...

4. Et que les meilleurs auteurs ne reculent pas devant de telles références (cf., par exemple, A. et H.-J. Lucas, déclarant douter, à propos de la copie numérique, « que l'exception remplisse les exigences du "triple test" de l'article 9.2 de la Convention de Berne » : Traité de la propriété littéraire et artistique, Litec, 2^e éd., 2001, n° 315).

5. CJCE 14 juillet 1994, Paola Faccini Dori, aff. 91/92.

6. Et introduit alors en France dans le code de la propriété intellectuelle.

nautaire (7). Et, faute de savoir comment ce test devrait être compris, il ne serait pas possible au juge de s'en saisir pour s'attribuer un pouvoir qui ne serait pas nécessairement sien. Mais quand le législateur français choisit clairement de faire du triple test un filtre judiciaire, en posant, dans le code, tel qu'appelé à être remanié, que « les exceptions énumérées aux alinéas précédents ne peuvent porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur » (8), il pourrait au mieux être attendu du juge, convaincu qu'il se voit reconnaître un pouvoir indu, de saisir la juridiction communautaire en interprétation pour faire dire par celle-ci qu'il ne saurait avoir le pouvoir que prétendait lui allouer le législateur français ! En sus de la connaissance du droit communautaire (une connaissance dont ont su faire preuve les juges parisiens), ce serait lui demander beaucoup d'abnégation ! Prenons acte plus simplement que la directive fut introduite dans le débat...

4. C'est donc en s'appuyant, avec raison, tout à la fois sur le droit national, le droit communautaire et le droit international que le tribunal s'est finalement prononcé. Il a ainsi pris position sur ce qu'est cette fameuse copie privée, aujourd'hui si discutée, mais dans des termes qui appellent une lecture attentive. Et c'est à partir de là seulement qu'il se prononce sur la légitimité du recours à des mesures techniques, de manière sans doute bien rapide mais qui oblige opportunément le commentateur à se replonger dans les méandres de la directive précitée au risque de découvrir que le projet de loi de transposition français, dans son extrême (on n'ose dire belle) simplicité, n'est pas pour autant un long fleuve tranquille.

Copie privée, mesures techniques : on constatera que la copie privée est un droit sous condition (I) mais que, sans doute, les mesures techniques ne sont qu'une "faculté miroir" (II).

I - La copie privée, un droit sous condition

5. Sur la copie privée, le jugement recèle une formule qu'il faut se gar-

der de lire hâtivement. S'il dit, en effet, que « le législateur n'a pas [...] entendu investir quiconque d'un droit de réaliser une copie privée de toute œuvre », il ne nie pas pour autant qu'il y ait un "droit" à la copie privée, puisqu'il poursuit immédiatement : « Mais [il] a organisé les conditions dans lesquelles la copie d'une œuvre échappe (s'agissant notamment de l'article L. 122-5) au monopole détenu par les auteurs, consistant dans le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la reproduction de leurs œuvres. »

6. Droit ? Tolérance ? On sait que les oppositions sur ce point sont tranchées. Dans un système français qui prétend se construire presque exclusivement sur la personne de l'auteur (quitte à oublier d'autres "acteurs" légitimes (9)), toute exception est ressentie comme une atteinte à des droits qui ne se discutent pas et marquée du sceau du soupçon. Les professeurs A. et H.-J. Lucas l'expliquent bien, précisément en mettant l'accent sur cette conception personnaliste, puisqu'on peut lire sous leur plume que celle-ci « conduit à définir les prérogatives de manière synthétique et les exceptions, symétriquement, de manière analytique [mais] surtout exclut que ces exceptions fassent naître des droits au profit du bénéficiaire » (10). D'autres vont plus vite en besogne, jugeant sans trop qu'on sache pourquoi qu'il ne faut voir dans la copie privée

qu'une « tolérance » (11). Sans doute on nous dit que cette faculté (mais quel mot utiliser ?) ne serait fondée ou – citons au mieux – « paraît [n'] être fondée » que « sur l'impossibilité matérielle de l'empêcher » (12). Mais faut-il acquiescer à cette assertion que rien ne vient vraiment étayer ? D'autant que c'est oublier que les exceptions (ou les limitations car les mots ne sont pas neutres quoi qu'en prétendent certains) ont d'autres raisons d'être. Dans sa très remarquable thèse, M. Geiger l'a bien montré, soulignant l'existence d'un triptyque : auteur, exploitant, public, lors même qu'il plaide pour un « rattachement » du droit d'auteur aux droits de l'homme (13), et observant ainsi à propos de la copie privée la « dimension informationnelle » qui est la sienne (14). Il est bien difficile, en revanche, de souscrire à l'idée qu'il faille entendre par droit « non seulement le pouvoir pratique de commettre l'action en question, mais aussi sa reconnaissance légale, action qui pourra s'exercer éventuellement sans obligation de paiement » (15). Si un droit n'est pas un pouvoir légalement reconnu (16), qu'est-il ?

La clef de ces attermoissements est peut-être, d'ailleurs, là. Si l'on revient à une définition plus "canonique" du droit et à la fameuse définition de Ihering y voyant un « intérêt légitime juridiquement protégé »,

7. C. Caron, « Les exceptions », in « La directive sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information », *Prop. intell.* 2002, n° 2, p. 25, spéc. p. 26.

8. Cf. le projet de loi en discussion et plus spécialement l'article L. 122-5 Cpi dans sa nouvelle rédaction pour les droits d'auteur. Une disposition analogue étant projetée pour les droits voisins à l'article L. 213-3 amendé.

9. À commencer par ce "public", souvent mal aimé, dont Renouard, pourtant, déclare refuser de sacrifier les intérêts (Renouard, *Traité des droits d'auteurs*, Renouard et cie, 1838, spéc. T. 1, p. 437); V. sur le sujet C. Geiger, *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, Thèse Montpellier, 2003, à paraître aux éditions Litec, dans les collections de l'IRPI; et S. Carre, *L'intérêt du public en droit d'auteur*, Thèse Montpellier en préparation.

10. A. et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 2^e éd., Litec, 2001, n° 292.

11. Y. Gaubiac et J. Ginsburg, « L'avenir de la copie privée numérique en Europe », *CcZ* 2000, chr. 1, l.

12. *Ibid.*

13. C. Geiger, *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, préc., spéc. n° 11 et s., et, sur la qualification en termes de droit de l'homme, n° 33 et s.

14. *Op. cit.*, n° 270 : « La copie privée constitue pour chaque individu le principal moyen de se documenter sur une question précise, de se procurer de l'information sur un sujet de son intérêt [...] On imagine mal le thésard solliciter l'autorisation de l'auteur à chaque fois qu'il copie un article de doctrine. » Les choses sont plus nettes encore dans le droit allemand – peu suspect d'être négligent des grands principes du droit d'auteur – où cette exception « se présente comme la concrétisation de la liberté d'expression et du droit du public à l'information garanti par [...] la Loi fondamentale » (n° 276) et à propos de laquelle la Cour suprême devait juger qu'un tel droit de citation était « le fondement de la liberté d'échanger des opinions et des idées » (Bundesgerichtshof 22 sept. 1972 : *GRUR*, 1973, p. 217).

15. Y. Gaubiac et J. Ginsburg, art. précité, *ibid.*

16. Le "Vocabulaire Cornu" (V. *Droit*) y voit – et doit-on dire plus ? – une « prérogative individuelle reconnue et sanctionnée par le Droit objectif qui permet à son titulaire de faire, d'exiger ou d'interdire quelque chose [...] ».

n'est-ce pas le soupçon que cette faculté de copier n'est pas si légitime que ça qui ferait hésiter devant sa qualification en droit ? Pourtant, si les mots ont un sens et si les règles positives ont une réalité, comment dire qu'une disposition qui permet de procéder à une copie n'institue pas un droit au profit de ses bénéficiaires, sans vider celle-ci de tout contenu ? S'il ne s'agit pas de droit, il est toujours possible de l'écarter. Mais fallait-il alors adopter une disposition pour dire qu'il est possible de faire telle chose à défaut qu'elle soit interdite ? Le raisonnement par l'absurde a aussi sa place en droit ! Et si l'adoption de la directive de 2001 conduit, semble-t-il, les plus réticents à admettre la qualification de la copie privée en droit *proprio sensu* dès lors qu'elle impose aux ayants droit l'obligation de trouver une solution permettant d'assurer que cette copie soit possible (17) (ce sur quoi nous serons appelés à revenir (18)), la vérité est certainement exprimée – directive ou pas directive – par le professeur Gautier quand il récuse l'idée que la faculté de copie ne serait qu'une tolérance, écrivant dans les termes les plus nets : « *C'est un droit exceptionnel dont jouissent les usagers, tant qu'ils restent dans les limites fixées par la loi.* » (19) N'est-ce pas précisément ce que nous dit le tribunal de Paris ?

7. C'est bien un droit sous condition que décrit celui-ci : un droit « *circonscrit* » et devant être mesuré à l'aune du « *triple test* ».

7.1. Faisant d'abord référence aux textes du code – l'article L. 122-5 pour le droit d'auteur et l'article L. 211-3 pour les droits voisins – tel qu'issus des lois de 1957 et 1985, le tribunal nous dit qu'« *il s'agit [...] d'une exception précisément circonscrite et "strictement réservé à un usage particulier", aux droits exclusifs dont jouissent l'auteur et les titulaires de droits voisins* », commentant en ces termes sa propre formule : « *Le législateur n'a pas ainsi entendu investir quiconque d'un droit de réaliser une copie privée de toute œuvre mais a organisé les conditions dans lesquelles la copie d'une œuvre échappe (s'agissant notamment de l'article L. 122-5) au monopole détenu par les auteurs, consistant*

dans le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la reproduction de leurs œuvres. » Sans doute, on pourrait faire valoir que l'observation est de pur langage, en ce sens la copie privée permise par la loi l'est, bien évidemment, dans les bornes qu'elle fixe. Le reste n'est plus de la copie privée – légalement entendue. Mais on ressent bien que ce qu'a voulu dire le juge, c'est qu'un « *blanc-seing* » n'est pas offert par le législateur aux utilisateurs. Tout n'est effectivement pas permis et c'est ainsi que Desbois faisait déjà état d'un « *cumul de conditions* » sans quoi la copie n'était pas licite (20).

7.2. Mais, bien plus, si le législateur est fondé à fixer des règles encadrant l'exercice de cette faculté, il est lui-même tenu, nous rappelle le tribunal, par les textes de Berne (suivant lequel cette faculté de copier « *est subordonnée aux conditions cumulatives suivantes : il doit s'agir de cas spéciaux et la reproduction autorisée ne peut porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur* »), des ADPIC et du Traité de l'OMPI de 1996, aujourd'hui rejoints par la fameuse directive de 2001. Enfonçant le clou, le tribunal redit à son propos qu'elle « *n'a donc pas pour effet de reconnaître et encore moins d'instaurer un droit général à la copie privée parce qu'elle stipule qu'elle n'est applicable que si elle ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts des titulaires de droits* ». Il n'est donc d'exception recevable que satisfaisant aux deux étapes qui subsistent puisqu'on supposera que la prévision même par la loi en des termes relativement précis fait bien qu'il s'agit d'un cas spécial (première exigence posée). Or, pour le tribunal,

d'une part, « *l'exploitation commerciale d'un film sous forme d'un DVD constitue un mode d'exploitation de nombreuses œuvres audiovisuelles si bien qu'il n'est pas contestable que ce mode fait partie d'une exploitation normale de telles œuvres* » de telle sorte que « *la copie d'une œuvre filmographique éditée sur support numérique ne peut ainsi que porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre* » et, d'autre part, « *cette atteinte sera nécessairement grave – au sens des critères retenus par la convention de Berne – car elle affectera un mode d'exploitation essentielle de ladite œuvre, indispensable à l'amortissement de ses coûts de production* ». On ne discutera pas que l'exploitation d'une œuvre cinématographique par voie de DVD soit aujourd'hui un mode d'exploitation normal. Et il paraît bien que la copie sur support numérique est effectivement une atteinte à cette exploitation (comme, à la vérité, toute copie l'est !) mais est-il bien certain qu'elle soit « *grave* », et cela « *au sens des critères retenus par la convention de Berne* » comme nous le dit assez mystérieusement le tribunal ? On voudrait en savoir plus sur ce que sont ces critères comme... sur ce qu'ils sont dans l'esprit du tribunal. Le triple test n'a guère prospéré sous Berne. Et, si ce n'est pas sans paradoxe qu'on le voit pour la première fois réellement pris en compte dans le cadre de l'OMC (21), il faut bien reconnaître que l'Organe de règlement des différends de ladite organisation s'est efforcé de scruter avec minutie le sens des notions utilisées (22). Ainsi, à suivre celui-ci, il y a bien atteinte à l'exploitation normale lorsque les utilisations exemptées sont de nature à priver les titulaires de droits « *de gains commerciaux significatifs ou tangibles* » (23). Quant au préjudice injustifié, les

17. Cf. par exemple P. Sirinelli, *Propos d'Ouverture*, au Colloque organisé par la Commission française de l'Unesco sur Les droits d'auteur et droits voisins dans la société de l'information, Actes du Colloque publiés par la Commission française, 2004, p. 15 et s., spéc. p. 18.

18. *Infra* II.

19. P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 4^e éd., 2001, n° 192.

20. H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3^e éd., 1978, n° 242 et s.

21. Pour qui la propriété intellectuelle n'existe que « *touchant au commerce* », c'est-à-dire passant sous les fourches caudines de celui-ci.

22. GPE spécial OMC, 15 juin 2000 ; rapport adopté par l'Organe de règlement des différends, 31 juill. 2000 ; *Grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2003, n° 13, comm. Clément-Fontaine. On lira aussi les savantes études d'Y. Gaubiac, « Les exceptions au droit d'auteur : un nouvel avenir » : CCE juin 2001, chron. n° 15 p. 12 ; et d'A. Lucas, « Le "triple test" de l'Accord ADPIC à la lumière du Rapport du groupe spécial de l'OMC » in *Mélanges Dietz*, Verlag Beck, p. 423.

23. § 6.183.

choses sont, il est vrai, moins claires puisque, si l'Organe de règlement retient que les simples effets négatifs potentiels doivent être pris en compte (24), il ne nous renseigne que faiblement par ailleurs quand il nous dit qu'il s'agit de savoir « si une exception ou limitation engendre un manque à gagner injustifié pour le titulaire du droit d'auteur »!

Appliquée à notre cas, cette grille de lecture ne vient pas contredire la décision parisienne. Elle fait regretter cependant une motivation dans une forme qui la prive de beaucoup de substance : une motivation en forme d'évidence. Car, s'il faut caractériser la pratique engendrant un manque à gagner injustifié, ce n'est pas le faire que de dire, comme le fait le tribunal, que l'atteinte sera « nécessairement grave »! Ni davantage en observant que l'atteinte affectera un mode d'exploitation essentiel car en ce cas la dernière étape se ramène à la précédente. Que les deux étapes se rejoignent, il faut bien en convenir. Mais dès lors qu'elles sont distinguées par les textes, il faut, chacune, les caractériser et, pour chacune, apporter une réelle justification puisqu'il s'agit de reconnaître et mesurer droits et libertés.

Nous avons ici la remarquable illustration de ce qu'annonçait, non sans s'en inquiéter, le doyen Sirinelli, à savoir qu'il est loisible au juge de vider un texte de son contenu (25). Si le juge a désormais, de par la loi, ce pouvoir, il faudrait qu'il s'en servît avec la plus extrême prudence.

8. Résumons : les exceptions – à commencer par celle de copie privée – sont sans nul doute des droits mais ces droits ne sont plus réellement des droits (26)...

II - Les mesures techniques, une "faculté miroir"

9. Reste alors à savoir comment les mesures techniques s'insèrent dans cet étonnant paysage. En effet, là encore, par un jeu de plusieurs textes, comme pour le triple test, ces mesures sont devenues une composante de celui-ci. Le Traité de l'OMPI de 1996 a donné le mouvement en posant que « les Parties contrac-

tantes [devaient] prévoir une protection juridique appropriée et des sanctions juridiques efficaces contre la neutralisation des mesures techniques efficaces qui sont mises en œuvre par les auteurs dans le cadre de l'exercice de leurs droits en vertu du présent traité et qui restreignent l'accomplissement, à l'égard de leurs œuvres, d'actes qui ne sont pas autorisés par les auteurs concernés ou permis par la loi » (27). La directive de 2001 reprend l'idée (28).

10. Pourtant, venant bloquer l'accès aux œuvres, ces mesures entrent a priori en conflit avec les exceptions qui, jusqu'à présent, ont retenu notre attention (29). On ne s'étonnera donc pas de trouver un jeu complexe de dispositions croisées. C'est ainsi que, dans une disposition de lecture difficile, quand, avec la directive communautaire, à la copie privée est désormais attachée la nécessité d'une « compensation équitable », il est dit que celle-ci doit « [prendre] en compte l'application ou la non application des mesures techniques visées à l'article 6 aux œuvres ou objets concernés » (30). Et symétriquement il est dit encore, dans un texte non moins complexe, qu'au

cas où seraient mises en place des mesures techniques, des mesures « appropriées », volontaires ou non, devraient être prises pour que les bénéficiaires des exceptions puissent en profiter (31).

10.1. En lecture rapide, les choses, au moins sur le second point, peuvent sembler finalement plus simples qu'il n'y paraît : les mesures techniques ne doivent pas paralyser le jeu des exceptions, pour ce faire elles doivent donc s'effacer devant les exceptions légalement reconnues. Et cette prééminence reconnue à ces dernières paraît s'imposer d'autant plus qu'on veut bien reconnaître en elles des droits (32). Sauf cependant à faire valoir que le fait d'assurer désormais une protection à ces mesures donne à celles-ci une vigueur particulière, celle d'un intérêt légitime juridiquement protégé, autrement dit d'un droit, qu'il serait naturel de prétendre opposer à cet autre droit que constituerait l'invocation d'une exception ! Mais, si l'on doit reconnaître un véritable droit à l'invocation d'une exception, peut-on sérieusement construire un nouveau droit dont l'objet serait la négation du premier ? Le moins que l'on

24. § 6.247 et 6.261.

25. P. Sirinelli, Communication précitée, p. 18 et s. : « Dès lors la question qui se pose est de savoir si le juge peut s'emparer du test pour lire l'exception en cause, mise en avant par l'utilisateur de l'œuvre, à la lueur des exigences du test. Si la réponse est positive, cela veut dire que le juge a le pouvoir, s'il constate un effet néfaste de la mise en œuvre de l'exception sur les intérêts des auteurs, de refuser l'application du dispositif légal. Il lui est donc loisible de vider un texte existant de son contenu. La solution est logique mais il faut admettre que les dispositions législatives sont désormais en "trompe l'œil". »

26. Des droits assurés, du moins.

27. Art. 11.

28. Art. 6.

29. Cf. M. Buydens et S. Dusollier, « Les exceptions au droit d'auteur : évolutions dangereuses » : CCE 2001, chr. n° 22 : « Les systèmes techniques s'embarrassent peu des exceptions au droit d'auteur. Ils sont notamment susceptibles de cadencer et de bloquer l'accès à des œuvres qui ne seraient pas ou plus protégées, ou d'empêcher l'exercice normal d'une exception reconnue par la loi sur le droit d'auteur. Dans ce cas, la mise en œuvre du droit d'auteur s'effectuerait en quelque sorte au-delà même de l'existence ou de l'étendue de ce droit, puisque la mesure technique de protection bloquerait une œuvre contre un usage parfaitement autorisé. » Ce diagnostic n'est pas discutable.

30. Art. 5, 2 b.

31. Art. 6, 4 : « Nonobstant la protection juridique prévue au paragraphe 1, en l'absence de mesures volontaires prises par les titulaires de droits, y compris les accords entre titulaires de droits et d'autres parties concernées, les États membres prennent des mesures appropriées pour assurer que les bénéficiaires des exceptions ou limitations prévues par le droit national conformément à l'article 5, paragraphe 2, points a), c), d) et e), et à l'article 5, paragraphe 3, points a), b) ou e), puissent bénéficier desdites exceptions ou limitations dans la mesure nécessaire pour en bénéficier lorsque le bénéficiaire a un accès licite à l'œuvre protégée ou à l'objet protégé en question.

Un État membre peut aussi prendre de telles mesures à l'égard du bénéficiaire d'une exception ou limitation prévue conformément à l'article 5, paragraphe 2, point b), à moins que la reproduction à usage privé ait déjà été rendue possible par les titulaires de droits dans la mesure nécessaire pour bénéficier de l'exception ou de la limitation concernée et conformément aux dispositions de l'article 5, paragraphe 2, point b), et de l'article 5, paragraphe 5, sans empêcher les titulaires de droits d'adopter des mesures adéquates en ce qui concerne le nombre de reproductions conformément à ces dispositions [...]. »

Sur ce texte, lire G. Vercken, « La protection des dispositifs techniques, Recherche clarité désespérée : à propos de l'article 6.4 » in « La directive sur le droit d'auteur... » préc. : Propr. intell. 2002, n° 2, p. 52.

32. V. supra n° 6.

puisse dire est que tout ceci ne répond pas à une ligne claire.

En revanche, il est certain qu'à ce jour, la technique est "aveugle" et qu'« elle ne peut reconnaître si l'utilisateur veut faire une utilisation légitime de l'œuvre ou pas » (33). Et c'est bien là que se situe le nœud du problème. Car, si dans l'idéal il conviendrait effectivement que les mesures techniques s'effacent devant les exceptions légales, interdire toute mesure susceptible d'empêcher un usage licite de l'œuvre reviendrait probablement à interdire... toute mesure technique, faute de pouvoir, en l'état actuel de la technique, disposer de moyens permettant de distinguer usages licites et usages illicites (34). Ceci n'est certainement pas étranger au fait que le "législateur" communautaire a choisi de pousser les parties prenantes vers la voie contractuelle, voie de « pacification espérée » selon le joli mot du professeur Caron (35) mais aussi – notons-le de manière plus impertinente – moyen bien commode de se "défausser" sur autrui de la résolution bien délicate d'une réelle contradiction.

10.2. Or, à cet égard, le texte du projet français (36) est pour le moins étrange. L'article L. 331-7 nouveau qui devrait être inséré dans le code de la propriété intellectuelle prévoit, en effet, que « tout différend portant sur le bénéfice des exceptions [par ailleurs définies], qui implique une mesure technique [...], est soumis à un collège des médiateurs ». Ceux qui ont suivi l'élaboration du texte savent que la question a été vivement débattue de savoir s'il fallait s'en remettre au juge ou s'orienter vers des formules alternatives (37). Manifestement, la seconde option a été préférée. Pourquoi pas ? On aimerait cependant savoir ce que peut signifier une formule splendide comme celle devant figurer au futur article L. 331-8 selon laquelle « dans le respect des droits des parties, le collège des médiateurs favorise ou suscite une solution de conciliation ». Formule digne d'un débat électoral : respect des droits, solution de conciliation ! Que peut vouloir d'autre le peuple ? Mais, pour qui ne veut pas se laisser griser par les mots, force est de constater qu'elle invite à une conciliation dont on ne sait trop ce qu'elle peut être si elle doit

précisément s'appuyer sur le respect des droits. Faut-il comprendre que celui qui peut revendiquer un droit devra faire preuve de conciliation en ce sens qu'il ne le revendiquera pas ou pas comme on pourrait l'attendre ? Est-ce là la marque... d'un État de droit ? À moins que cette formule, avec la contradiction qu'elle recèle, ne soit que le révélateur des contradictions dont le texte européen lui-même est porteur (38). Mais si le procès doit être alors adressé au législateur communautaire et non pas au législateur français, la question rebondit et devient celle de savoir si, dans un État de droit, la règle – de droit – doit être conçue dans des termes porteurs d'antinomies.

Reste que la coexistence des exceptions et des mesures techniques doit être assurée.

11. Cette coexistence doit être assurée et c'est bien cela qui était en débat devant le tribunal, lequel va débouter les demandeurs qui entendaient faire dire que les mesures interdisant la copie numérique des DVD litigieux violaient leurs droits. Il faut être attentif, cependant, à la motivation du tribunal. Et puisque nous parlons triple test, qu'en est-il ici ? « Et le triple test dans tout ça ? » A-t-il une place ?

11.1. À prêter attention aux attendus du jugement, la question ne peut, en effet, éviter d'être posée. Car, pour le tribunal de Paris, la légitimité de la mesure technique semble liée au fait que ce contre quoi celle-ci est destinée à lutter n'a pas, dans son analyse, satisfait au fameux triple test. L'atteinte, jugée grave, à une exploitation normale de l'œuvre, une fois caractérisée, « le dispositif de protection », nous dit-il, « dont est doté le DVD acquis par Stéphane P. n'apparaît dès lors pas réaliser une violation des articles L. 122-5 et L. 211-3 du

code de la propriété intellectuelle ». Le « dès lors » est significatif et fait bien le lien indiqué.

Pourtant, à bien y regarder, si, ce faisant, le jugement répond à la question posée par les plaideurs de savoir si un dispositif restreignant la copie comme celui mis en place devait être jugé licite ou non, à s'en tenir aux quelques mots cités à l'instant il ne tranche pas la question de la compatibilité des mesures techniques avec le droit à copie privée, contrairement à ce que l'on pourrait croire à première lecture. En effet, s'arrogeant le pouvoir de contrôler les exceptions que lui reconnaît peut-être le législateur communautaire et qu'entend manifestement lui reconnaître pour demain le législateur français (39), les juges parisiens ont dit que, s'agissant de la copie précisément en cause (copie numérique d'un DVD), qu'elle soit privée ou non selon le langage commun, elle ne devait pas entrer dans le champ de l'exception légale de copie privée. Point de copie privée donc... et point de débat alors sur la légitimité de mesures techniques qui, dans la lecture faite, n'empêchent pas l'exercice d'une exception par hypothèse déniée ! Jeu de miroir...

11.2. On ne saurait pourtant s'arrêter là. On n'a pas sans doute suffisamment prêté attention au fait que, dans la directive de 2001, le triple test était non seulement envisagé comme le crible par lequel devaient passer les exceptions mais aussi, au moins pour un cas particulier, le régime des mesures techniques elles-mêmes. En effet, le second alinéa de l'article 6. 4 de celle-ci pose, dans des termes qui rendent, il est vrai, sa lecture largement incompréhensible, sinon aléatoire, qu'« un État membre peut aussi prendre de telles mesures [permettant d'assurer le jeu des exceptions (40)] à l'égard du béné-

33. C. Geiger, *op. cit.*, n° 238.

34. En ce sens K. K. Koelman, « The protection of Technological Measures Versus the Copyright Limitations » : *Copyright World* 2002, août, p. 18.

35. C. Caron, art. préc., p. 28.

36. Projet de loi relatif au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information du 13 novembre 2003, disponible à : <http://www.assemblee-nationale.fr/12/pdf/projets/pl1206.pdf>

37. Et cela non sans arrière-pensées.

38. V. ci-dessus 10.1.

39. V. *supra* n° 3.

40. Dans le contexte, il s'agit, en effet, des "mesures" permettant le jeu des exceptions, malgré l'existence des "mesures" techniques.

ficiaire d'une exception ou limitation prévue conformément à l'article 5, paragraphe 2, point b), à moins que la reproduction à usage privé ait déjà été rendue possible par les titulaires de droits dans la mesure nécessaire pour bénéficier de l'exception ou de la limitation concernée et conformément aux dispositions de l'article 5, paragraphe 2, point b), et de l'article 5, paragraphe 5, sans empêcher les titulaires de droits d'adopter des mesures adéquates en ce qui concerne le nombre de reproductions conformément à ces dispositions ».

L'article 5, paragraphe 2, point b nous intéresse particulièrement ici puisque c'est lui qui reconnaît la copie privée. L'État membre est invité à prendre, en ce cas comme dans les autres, les « mesures appropriées » permettant d'assurer le jeu de l'exception. Dans ce cas comme dans les autres, il n'est appelé à ne le faire que si les titulaires de droits n'ont pas spontanément fait en sorte qu'il en soit ainsi. Mais, dans la longue disposition négative qui vise l'hypothèse, cet article 5, paragraphe 2, point b est cité à nouveau mais l'est aussi l'article 5, paragraphe 5, c'est-à-dire précisément la disposition qui met en place le triple test s'agissant des exceptions (41). Qu'est-ce à dire ? Et d'abord quelle est la portée de ce visa ainsi fait (42) ? Concerne-t-il le seul titulaire de droits qui a suffisamment de bienveillance pour assurer au mieux le jeu de l'exception légale ? Ou aussi le législateur ? Dans la mesure où le premier alinéa enjoint également à celui-ci de prendre toutes mesures appropriées mais alors sans visa de l'article 5 § 5, il nous semble logiquement concerné, si chacune des dispositions a son économie propre.

Mais alors surgit la question la plus redoutable : quel est donc ce second

triple test ? Ou, puisqu'il est toujours le même, comment cette référence au triple test vient-elle s'articuler avec la première ? Ce curieux doublet n'a guère été relevé par les auteurs, si ce n'est – il faut le relever – très exceptionnellement (43), les observations alors faites pouvant être reprises en l'état : « *Le test des trois étapes doit être respecté en amont lors de la mise en place par le droit national d'une des exceptions. Il n'était pas nécessaire de prévoir une nouvelle fois la mention du test. C'est donc une redondance. Si cette précision a été ajoutée au paragraphe 2, il faut bien l'expliquer. Pourrait-on alors faire valoir que le test des trois étapes doit jouer à deux niveaux : une fois, lors de l'analyse reprise de l'exception en droit national ; mais une seconde fois, lorsque les titulaires des droits ont pris des mesures pour rendre possible la reproduction pour usage privé ? Ces mesures ne devraient être mises en place que lorsque le test des trois étapes est passé à ce niveau d'analyse. Les titulaires des droits pourraient alors, pour certains cas, ne prévoir aucune disposition permettant la copie privée, sans qu'on puisse faire jouer le mécanisme, si ces titulaires démontrent qu'ils ne pouvaient pas rendre possible cette copie privée car ne répondant pas au test des trois étapes pour l'utilisation considérée.* » (44) Cela peut être... On aurait pu faire l'économie de la question. Elle reste ouverte dès lors que le tribunal de Paris ne s'est pas prononcé (ce qui ne saurait lui être reproché puisque la question n'était pas soulevée).

12. Mais le jugement parisien est une bonne occasion de revenir sur ces règles complexes, confuses, mal assurées. On ne peut échapper au sentiment que le législateur communautaire – avec un talent singulier – a mis en œuvre la maxime bien connue : pourquoi faire simple quand on peut faire compliqué ? La décision parisienne marque en tout cas l'affirmation du pouvoir du juge. Dans sa teneur, elle peut emporter la conviction et, d'une certaine manière, ouvre une voie, mesurée, consistant à rechercher de manière tout à fait concrète ce qui peut être dit légitime et ce qui ne peut pas l'être. Mais la motivation est rapide et cela peut inquiéter. Car il ne faudrait pas, sous couvert de réalisme économique, en arriver à construire ces « cloisonnements qui permettraient, au prétexte de lutte contre le piratage, une multiplication des "péages" au profit des distributeurs : accès par la radio, accès par l'autoradio, accès par l'ordinateur... » (45)

Avec l'article 6, 4 de la directive de 2001, c'était la clarté que l'on cherchait désespérément. Avec le "nouveau droit d'auteur", il ne faudrait pas que ce soit la sécurité juridique que l'on cherche vainement.

Michel Vivant

Agrégé des Facultés de Droit,
Université de Montpellier,
Cabinet Denton Wilde Sapte, Paris

Gilles Vercken

Avocat à la Cour,
Cabinet Denton Wilde Sapte, Paris

41. Ce que nous avons examiné en première partie de cette note.

42. C'est-à-dire, s'il ne faut pas scinder le dernier membre de phrase, dans la partie restrictive du texte : « *A moins que...* »

43. G. Vercken, art. précité.

44. G. Vercken, art. précité, p. 54.

45. J.-M. Bruguière et M. Vivant, obs. sous TGI Nanterre 2 septembre 2003 : *Prop. intell.* 2003, n° 9, p. 464.