

la Déclaration universelle des droits de l'homme et le Pacte international relatifs aux droits économiques, sociaux et culturels (10)), l'honnêteté oblige à reconnaître que, si l'on suit la tournure de la phrase, c'est bien la qualification de droit que la cour a voulu écarter.

Cela dit, elle n'en conclut pas pour autant à cette qualification étonnante selon nous qui consiste à dire que la faculté reconnue aux usagers ne serait qu'une « tolérance ». Étonnante car si les mots ont un sens, si le mot « tolérance » est pris, comme il doit l'être, dans le sens qui est le sien, la tolérance étant « le fait d'admettre avec une certaine passivité, avec condescendance parfois, ce que l'on aurait le pouvoir d'interdire, le droit d'empêcher » (11), il doit s'en déduire qu'il peut, à tout instant, être mis fin à une tolérance, tout simplement en réactivant ce « droit d'empêcher », puisque dans la tolérance tout est bon vouloir (12).

Il est vrai qu'il y eût des Édits de Tolérance... Mais, dans le vocabulaire positif contemporain, la tolérance n'a guère droit de cité pour désigner un « espace de liberté » reconnu par le législateur. Dans le champ de la propriété intellectuelle, la tolérance est envisagée à l'article L. 714-4 CPI pour priver le titulaire d'un droit antérieur de la possibilité d'agir en annulation d'une marque portant atteinte à ce droit quand, pendant cinq ans, il n'a manifesté par aucun acte positif son intention de défendre ses droits (13). Mais le titulaire de droits d'auteur, lui, s'il peut laisser faire (*copyleft*...) et donc laisser copier aussi, n'est pas à même d'interdire la copie que la loi permet. Comme l'observe justement M^{me} Dusollier, celui-ci « ne dispose plus d'une maîtrise sur les utilisations en question » (14).

À la vérité, pour ce qui est de la copie privée, le terme « tolérance » est utilisé par ceux qui ont opté pour lui surtout dans le but d'éviter celui de droit. Mais, comme nous l'avons précédemment écrit, si l'on se réfère à la fameuse définition de Ihering présentant le droit subjectif comme un « intérêt légitime juridiquement protégé », n'est-ce pas, consciemment ou inconsciemment, le soup-

çon que cette faculté de copier n'est pas si légitime que ça qui ferait hésiter devant sa qualification en droit ? (15)

6 - Le seul argument qui nous paraît susceptible de justifier *techniquement* que cette qualification soit refusée, est sans doute celui que met en avant M^{me} Dusollier qui consiste à dire que le droit subjectif est fondamentalement « un pouvoir d'exiger des tiers » et qu'il se caractérise « par l'existence d'une action en justice qui permet d'en sanctionner le non respect » (16).

Il est pourtant permis de n'être pas convaincu. Il est vrai que le terme « droit subjectif » est utilisé avec quelques excès. Il y a déjà bien longtemps, Roubier s'était appliqué à distinguer savamment droits subjectifs et situations juridiques (17). Et, quand le mot « droit » est utilisé, la première question à se poser est de savoir s'il est entendu dans un sens étroit ou, largement, comme prérogative invocable. Le fait d'user de ce mot « droit », s'agissant de copie privée, n'a donc pas nécessairement la portée qu'on peut hâtivement lui prêter. Mais, même à vouloir s'arrêter à l'acception retenue par M^{me} Dusollier, notre sentiment est qu'il y a une sorte de pétition de principe à avancer, comme le font un certain nombre d'auteurs, que le bénéficiaire de l'exception ne dispose d'aucune action en justice, preuve donc qu'il ne s'agirait pas de droit. Il est vrai que, dans

l'approche traditionnelle, cette exception ne pourra être opposée à l'auteur qu'« *a posteriori* » « lors d'une action en contrefaçon » (18). Mais, précisément, la question se pose aujourd'hui activement lorsque quelqu'un désire faire une copie privée qu'une mesure technique tend à lui interdire. Si celui-ci prétend agir en justice pour se voir reconnaître la possibilité de réaliser la copie, on va lui dénier, dans l'analyse faite, la faculté d'agir en justice parce qu'il ne détient pas un droit au motif qu'il ne peut pas agir en justice ! Difficile d'imaginer raisonnablement plus circulaire. Mais qui interdit au juge de décider que l'action est possible... avec la conséquence, bien sûr, de modifier les bases du raisonnement contraire qui a tout du postulat ?

Au demeurant, en la présente espèce, la cour de Paris a bien admis la recevabilité de l'action de celui qui se plaignait de ne pouvoir réaliser une copie...

Alors : droit ou non ? Il nous semble qu'il y a bien là une prérogative (19), qu'on peut analyser en termes d'intérêt ou de liberté (20), que rien n'interdit, quoi qu'on en dise, de qualifier de droit.

B. Le réel sous les mots

7 - Il reste que, si les mots ne sont pas neutres en droit (et tout au contraire puisqu'ils sont le premier matériau du juriste), il est assez remarquable de noter qu'en l'occur-

10. La cour de Paris juge l'invocation de ces textes dépourvue de pertinence au motif qu'ils seraient trop généraux. Et elle a certainement raison. Mais, seraient-ils plus précis, même le fait qu'un droit serait affirmé dans un texte comme ceux cités ou bien dans un texte constitutionnel ne conférerait pas à ce droit un caractère absolu, ne serait-ce que sur la considération qu'en cas de textes de même valeur proclamant deux droits différents en conflit, il faudrait bien arbitrer entre eux. Sur cette nécessité d'arbitrage, cf. par exemple les travaux du Séminaire du *Max Planck Institute*, tenu à Berlin, en novembre 2004, sur le thème : "Interessenausgleich im Urheberrecht" ("La balance des intérêts en droit d'auteur").

11. Selon le *Trésor de la Langue française* (TLF).

12. L'idée est, au demeurant, présente dans la définition du mot retenue par le *Vocabulaire juridique*, publié sous la direction du doyen Cornu, qui, parlant d'une « action de supporter », laisse bien entendre qu'il est toujours possible de choisir de ne pas supporter.

13. V. Paris, 4^e ch., 7 mars 2001 : *JCP E* 2002, n° 1164, n° 10, obs. Boespflug, P. Greffe et Barthélémy ; *PiBD* 2001, 723, III, 343.

14. S. Dusollier « Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique - droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres » - *Larcier* 2005 - n° 619.

15. V. déjà notre note sous le jugement du tribunal de Paris du 30 avril 2004, précitée, n° 6.

16. S. Dusollier, *op. cit.*, n° 622.

17. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 1963. M^{me} Dusollier s'appuie, elle, sur une thèse namuroise récente : T. Léonard, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes : un modèle de régulation basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, Thèse 2004.

18. S. Dusollier, *op. cit.*, n° 623.

19. Et, d'ailleurs, en prétendant régir la confrontation entre droit et exceptions dans le fameux article 6.4 de la directive de 2001, le législateur communautaire reconnaît bien que deux « prérogatives » sont en jeu.

20. Cf. S. Dusollier, *op. cit.*, n° 629 et ss.

rence la qualification négative, donnée par la cour de Paris (ce n'est pas un droit...), ne change rien à ce qui est le cœur du problème : l'« exception » de copie privée est une prérogative qui ne joue qu'à certaines conditions, comme l'avait bien souligné déjà le tribunal de grande instance de Paris et comme le fait encore ici la cour. Il s'agit, dit-elle, d'une « exception légale » et « cette exception légale ne peut être limitée qu'aux conditions précisées par les textes ».

La formule adoptée est intéressante. On notera, au passage, qu'elle souligne bien que le titulaire des droits d'auteur n'en est pas le maître. Reprise en forme positive, elle montre bien que l'exception, qui joue quand les conditions légales sont remplies, ne joue donc que si ces conditions le sont. Et à la question qui s'impose d'elle-même de savoir ce qu'elles sont, l'arrêt de la cour de Paris apporte d'intéressantes réponses.

Il ne manque pas de s'interroger sur le triple test que la directive du 22 mai 2001 sur droit d'auteur et droits voisins « dans la société de l'information » a revivifié, alors qu'il sommeillait dans une indifférence quasi-générale dans la Convention de Berne (21). Mais la question méritant à elle seule une réflexion, nous reviendrons spécifiquement par la suite sur ce test, d'autant qu'il intéresse tout autant l'appréciation de la légitimité de la copie qu'en symétrique celle de la légitimité du recours aux mesures techniques (22).

8 - Nous nous attacherons présentement à d'autres exigences... ou non-exigences légales. La question de savoir qui est le copiste légitime au sens de la loi, qui eut son heure de gloire (23), ne nous semble pas être de celles que suscite vraiment la mise en œuvre des « nouvelles technologies » (24) et, n'étant pas ici en débat, non plus d'ailleurs que dans l'arrêt de la cour de Montpellier relatif à la qualification du téléchargement (25), dans l'arrêt parisien ce sont deux considérations seulement qui retiendront notre attention : l'une objective et l'autre subjective.

8-1 - Considération objective : il ressort de notre arrêt que source et « cible » de la copie sont indifférentes. « *Le législateur national* », dit la cour, « *lorsqu'il traite de la copie privée, ne fait pas de distinction quant aux supports à partir desquels ou sur lesquels la copie privée peut s'exercer* (art. L. 311-4 du CPI) *ou vise expressément les supports numériques* (art. L. 311-1 du CPI) ». Ajoutant : « *Il n'y a pas lieu d'opérer de distinction là où la loi ne distingue pas* ».

Le principe est hors de doute.

Et, sur le fond, le fait est que la directive, précitée, de 2001 parle de reproductions « effectuées sur tout support » comme le note aussi la cour de Paris.

Mais, s'il est vrai que la faculté de copier n'est pas définie comme faculté de copier sur un support déterminé, le silence gardé par la loi sur l'amont ne signifie peut-être pas qu'on puisse légitimement copier à partir de n'importe quelle source.

Dès l'instant où c'est la faculté de copier qui, comme telle, est reconnue par le législateur, il n'y a effectivement aucune raison de considérer qu'il y serait satisfait au prétexte que la copie serait possible sur un support donné quand elle serait impossible sur un autre (26). La faculté de copier se muera, en effet, alors en faculté de copier ici et non point là – ce qui est autre chose (27). Mais quant au point de

savoir si la copie privée doit, pour être licite, avoir été réalisée à partir d'une source elle-même licite, la question mérite d'être posée. Si la faculté de procéder à une copie privée doit être reconnue comme une liberté, il ne s'agit pas, pour autant, d'en faire le moyen de bousculer indûment le droit auquel elle peut être opposée. Cela dit, du strict point de vue du droit positif, dans la mesure où le législateur a choisi la voie de la pénalisation en matière de droit d'auteur comme c'est presque devenu la règle dans toute notre législation, il nous semble que la cour de Paris a raison de ne pas vouloir ajouter à ce qui, sur le terrain pénal, constitue l'élément légal de l'infraction réprimée. Il est vrai que M. Latreille, pour qui une copie licite suppose indiscutablement une source licite (28), avance, entre autres arguments dignes d'intérêt, celui qui consiste à dire que « *la copie est une forme de recel au sens de l'article 321-1 du Code pénal dans la mesure où son auteur bénéficie, en connaissance de cause, d'un objet issu de la commission d'un délit la contrefaçon* » (29). Mais il nous semble qu'on peut opposer à cela ce qui a déjà été écrit par ailleurs : « *Ne serait-ce pas tomber dans le piège de cette pénalisation extrême qui caractérise le droit français (...) ? Et, quand l'acte de contrefaçon est pénalement incriminé, mais réserve faite de certains comportements tels que celui consistant à copier une œuvre pour son usage privé, faut-il sanctionner cette*

21. Conv. de Berne du 9 septembre 1886, art. 9 2°.

22. *Infra* III.

23. Celui qui « choisit » le contenu de la copie, comme dans l'affaire dite du CNRS (TGI Paris, 28 janv. 1974 : *JCP* 1975, II, 18163, note Françon ; *D.* 1974, 337, note Desbois ; *FIDA* 1974, n° 80, 121 ; *RTD com.* 1974, p. 87, obs. Desbois) ou l'officine de reprographie, comme dans la non moins célèbre affaire Rannougraphie (Cass. 1^{re} civ., 7 mars 1984 : *Bull. civ.* 90 ; *JCP* 1985, II, 20351, note Plaisant ; *FIDA* juill. 1984, 151 ; *RTD com.* 1984, p. 677, obs. Françon).

24. Bien que, s'agissant de téléchargement, certains prétendent distinguer « *upload* » et « *download* » pour parvenir à la conclusion que, la copie étant réellement réalisée en amont, le bénéficiaire du téléchargement n'est pas le copiste et ne peut donc profiter d'une exception qui suppose que la copie soit bien destinée au copiste. Mais, quand toute fixation est volontiers qualifiée par certains de reproduction, pour démultiplier à l'infini l'emprise du droit d'auteur (ce contre la plus sage doctrine : cf. A. Lucas, *Droit d'auteur et numérique*, Litec, 1998, spéc. n° 243 et s.), ne peut-on observer que celui qui télécharge procède effectivement à une copie, même s'il y a eu en amont une première copie ? Ultime copiste, il est bien copiste. Et la question se déplace alors, si l'on juge la première copie faite illicite, vers l'une de celle soulevée par la cour de Paris : faut-il que la copie privée au sens de la loi procède d'une source licite ?

25. V. P. Sirinelli et M. Vivant, « Arrêt de Montpellier du 10 mars 2005 : ce n'est pas le Peyrou ! », précité.

26. Sous réserve d'une appréciation des implications propres que pourrait avoir le choix de tel ou tel support du point de vue du triple test ; là-dessus V. *infra* III.

27. Et ce en quoi elle peut, d'ailleurs, partiellement se muer selon l'interprétation qui est susceptible d'être faite du triple test : V. *infra* n° 20.

28. V. A. Latreille, « La copie privée démythifiée », *RTD com.* 2004, p. 403, spéc. p. 408.

29. Art. précité, p. 406.

copie en ajoutant au texte une condition non dite, sur l'analyse que cette même action devrait recevoir au moins une qualification pénale "par la bande" (au titre du recel)?» (30). Un droit libéral n'est pas un droit de l'interdit et de la sanction. Et puis la distinction entre source licite et source illicite serait d'une mise en œuvre spécialement délicate (31). Pourtant, une autre observation de M. Latreille nous semble devoir être spécialement relevée, qui est celle qui consiste à considérer que « la copie privée appartient aux "utilités" liées à l'accès légitime » (32). Dès lors, la faculté de copier – qui traduit une certaine "maîtrise" de l'œuvre et dessine en creux la maîtrise qu'a ou, en l'occurrence, que n'a plus spécifiquement le titulaire des droits sur l'œuvre – peut tout à fait se lire comme le complément naturel de la faculté d'accéder à celle-ci et, bien sûr, d'y accéder légitimement. De lege lata, sur une question complexe, la solution de l'arrêt de la cour de Paris est donc certainement la moins aventureuse. De lege ferenda, on peut imaginer autre chose (33).

8-2 - Ce n'est plus une telle opposition qu'il convient de faire sur le second point sur lequel la cour de Paris prend position (en dehors de la question du test des trois étapes) : à savoir sur la question de la détermination du bénéficiaire de la copie que la loi qualifie de privée. On sait que l'article L. 122-5 CPI parle des « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective ». Mais, avec l'arrêt commenté, le texte positif est interprété de manière dynamique, au-delà de la lettre qui est la sienne, et voici que le « cercle familial » rejoint celui des « copains » que visait la cour de Montpellier dans son arrêt de mars 2005 ou le cercle « de travail » mis en avant par certains auteurs.

Au détour d'une formule tendant à apprécier la conformité de l'exception de copie privée au test des trois étapes, la cour de Paris donne, en effet, de celle-ci une compréhension souple puisqu'elle relève, pour juger la ou les copies faites conformes aux exigences légales, que la copie avait été réalisée par le copiste

« pour être utilisée, certes à l'extérieur de son domicile, mais dans un cercle familial restreint ».

La cour de Montpellier, chambre correctionnelle, avait, quant à elle, refusé d'entrer en condamnation en observant qu'« il n'(était) démontré aucun usage à titre collectif » mais ajoutant – et c'est l'ajout qui est intéressant : « Tout au plus le prévenu a admis avoir toutefois regardé une de ces copies en présence d'un ou 2 copains et avoir prêté des CD gravés à quelques copains ».

Quant à la proposition doctrinale auquel il vient d'être fait allusion, elle consistait à dire qu'il convenait de tenir pour licite la « copie de travail » faite pour les besoins d'un petit groupe de gens travaillant ensemble (« copie papier réalisée en deux ou trois exemplaires pour un groupe de conseils ou d'étudiants travaillant ensemble sur un même texte ou copie numérisée ayant une fonction analogue entre chercheurs se trouvant à distance les uns des autres ») (34).

Est-ce à dire que la copie privée n'aurait plus lieu d'être privée ? La réponse est indiscutablement négative. Le « privé » n'est effectivement pas le « strictement personnel » et le fait qu'elle soit destinée à un cercle limité ne remet pas en cause ce caractère. La doctrine l'admettait déjà, M. Latreille, pourtant sévère sur d'autres points, jugeant par exemple qu'une telle copie devait pouvoir bénéficier aux « proches »,

« parents ou amis avec lesquels il partage des liens familiaux ou d'intimité » (35). Le principal mérite de l'arrêt de la cour de Paris est certainement d'avoir adopté, pour ce qui est de la copie privée qui intéresse le droit de reproduction, l'approche que connaît notre droit s'agissant du droit de représentation dont on sait qu'il ne peut être opposé à la représentation faite dans un cercle de famille... qui dépasse le cercle de famille (36), manifestant ainsi, avec raison, une unité conceptuelle dans l'appréhension des droits composant les prérogatives de l'auteur et des exceptions ou limitations venant les border. Ce faisant, elle suit ce qu'avait préconisé le professeur Gautier, quand il écrivait : « Il nous semble que la reproduction "dans un cercle de famille" (photocopie pour le camarade et lui seul, envoi d'e-mail à un cercle très limité d'Internauts, etc.), même si elle n'est pas "strictement personnelle", devrait échapper au droit exclusif. Il ne serait pas raisonnable que les exceptions au droit de reproduction aient un sort différent, plus sévère, des exceptions au droit de représentation » (37).

Et il faut s'en réjouir. C'est là une interprétation de raison et le raisonnable, comme partout ailleurs, a sa place en droit d'auteur (38).

9 - Droit, liberté, prérogative au statut indécis, la faculté de procéder à une copie privée, dont les conditions peuvent être discutées comme on vient de le voir, est, en

30. P. Sirinelli et M. Vivant, art. précité, n° 6.

31. Nous citerons encore l'article Sirinelli et Vivant (*ibid.*) : « À ces arguments favorables aux copistes il serait possible d'ajouter quelques observations pratiques non négligeables pour les auteurs eux-mêmes. À supposer que l'exigence existe, comment la mettre en œuvre et pour quelles conséquences ? Il est dit en droit allemand que celui qui connaît l'origine manifestement illicite de la source ne peut revendiquer le bénéfice de l'exception. Mais comment trancher la question du caractère évident de l'origine irrégulière ? Le copiste qui a reproduit pour lui une œuvre prêtée par une médiathèque a-t-il la possibilité de connaître la situation, vis-à-vis des ayants droit, de l'institution qui met le support à sa disposition ? Et comment gérer les conséquences de ces incertitudes et de la casuistique subtile qu'il faudra développer ? On peut ainsi s'interroger quant aux conséquences de l'exigence sur le calcul et la perception de la contrepartie à la liberté de copie, la rémunération pour copie privée. Quand est-elle due et à quelle hauteur ? » Cf. aussi Réponse française en vue du Congrès de l'Alai de New-York de 2001 sur « Régimes complémentaires et concurrentiels au droit d'auteur », par F.-M. Piriou, F. Gaullier et G. Vercken.

32. A. Latreille, art. précité, p. 405.

33. Quitte alors à « border » les choses, en particulier en posant que « l'illicéité disqualifiante qui pourrait être celle de la source ne devrait être appréciée qu'en termes de droit d'auteur » (V. P. Sirinelli et M. Vivant, art. précité, n° 6.2).

34. M. Vivant in *Lamy Informatique et Réseaux*, depuis l'édition de 1998.

35. A. Latreille, art. précité, p. 408.

36. Art. L. 122-5 1 CPI.

37. P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 5^e éd., 2005, n° 194.

38. Cf. P. Sirinelli, « Brèves observations sur le "raisonnable" en droit d'auteur », *Mélanges Françon*, Dalloz, 1995, p. 397.

tout cas, reconnue et bien reconnue. Cependant, les mesures techniques ont également acquis aujourd'hui une légitimité certaine et la question se pose donc à leur propos de savoir quelle place elles doivent occuper et notamment dans leur rapport avec cette exception de copie privée qui est au cœur de l'arrêt de la cour de Paris.

II. Les mesures techniques : une protection mal acclimatée

10 - La question se pose et pourtant il faut bien constater que rien dans la décision de la cour de Paris ne renvoie au fait qu'aujourd'hui la protection juridique des mesures techniques est reconnue dans notre droit (A). Est-ce un simple oubli ou peut-on y discerner le révélateur de l'ambiguïté profonde du statut assigné à ce nouvel objet de droit (B) ?

A. Une absence déroutante

11 - La question de la légitimité de la copie privée se pose pourtant aujourd'hui très largement, sinon essentiellement, dans son rapport avec les mesures techniques... qui rendent possible l'impossibilité de la copie privée.

C'est, de fait, exactement dans cette configuration que le problème fut posé à la cour.

C'est aussi cette difficulté qui a justifié, depuis maintenant presque dix années, de si nombreuses réflexions sur l'équilibre à trouver entre des intérêts divergents.

En premier lieu – et historiquement (déjà !) – la légitimité, et donc la protection juridique, des mesures techniques de protection des œuvres furent reconnues par les Traités de l'OMPI de 1996 (39). Face au défi que le numérique représente pour la protection des œuvres, l'ajout d'une "couche" de protection juridique est, en effet, apparu nécessaire. Mais, en 1996, cette nouvelle protection est alors considérée de manière "brute", comme autonome, sans que soit pris en compte, et peut-être tout simplement imaginé, le lien pouvant exister entre cette nouvelle protection juridique et les exceptions que recèle le droit d'auteur.

Cependant, lors de l'élaboration de la directive de 2001, l'accent est mis sur une autre légitimité : celle des exceptions et/ou limitations, champs de liberté dont la nécessité sociale est reconnue dans la perspective toujours affirmée d'assurer une "balance" des intérêts en présence (40). Et précisément pour que cette nécessité soit prise en compte sans que soient pour autant niés les droits des titulaires, le triple test est mis en avant comme venant offrir, au titre de cet équilibre recherché, les garanties que requiert la protection des auteurs.

Dès lors, il n'est plus permis d'ignorer la complexité des relations possibles entre objet protégé techniquement et exceptions. Et en conséquence il devient impératif de définir un mode opératoire des relations entre deux protections également légitimes.

La construction faite au fil du temps révèle ainsi quatre "strates" :

- légitimité de la protection des droits
- légitimité de la protection juridique des mesures techniques
- légitimité des exceptions et limitations
- mise en place de mécanismes permettant la « cohérence des légitimités », soit par le test des trois étapes pour le rapport entre droits et exceptions, soit par un mécanisme particulier pour le rapport entre droits/exceptions d'une part et les protections techniques d'autre part.

12 - Pourtant, de cette savante – ou fragile – construction, l'arrêt de la cour de Paris ne porte guère trace.

Car si Universal n'a pas manqué d'invoquer l'article 6.4 § 2 de la directive, faisant observer qu'en l'espèce le consommateur « avait la possibilité de réaliser une copie privée à partir d'un support analogique » et qu'il était donc satisfait ainsi au texte prévoyant que le titulaire des droits devait ménager le jeu des exceptions à défaut de mesures étatiques, le principe même de la légitimité des protections techniques n'est jamais invoqué comme tel ni davantage affirmé par la cour.

Celle-ci, répondant à ce qui est plaidé devant elle, focalise son raisonnement sur le périmètre de l'exception de copie privée (41), pour en fixer les contours, quitte d'ailleurs – nous y reviendrons (42) – à examiner celle-ci au regard du triple test, et ne dit rien de la protection juridique des mesures techniques telle qu'affirmée par les Traités de l'OMPI et la directive de 2001.

Il est vrai que la cour d'appel devait tenir compte de la situation présente – situation provisoire – de non transposition de la directive.

Mais de cette situation, elle tire une conséquence, qui peut étonner : celle d'une application "distributive" des dispositions de ladite directive puisqu'il faut, juge-t-elle, examiner l'exception de copie privée au regard de celle-ci, se référant à son article 5.5, mais qu'il n'y a pas lieu, en revanche, estime-t-elle, de prendre en considération son article 6.4.

Techniquement, cette distinction est pourtant bien moins surprenante qu'il n'y paraît de prime abord. On sait que, si une directive est invocable "verticalement", 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 » (43). Encore faut-il que les dispositions aient non seulement vocation à être intégrées dans le droit des États

39. Traité sur le droit d'auteur du 20 décembre 1996, art. 11 : « Obligations relatives aux mesures techniques. – Les Parties contractantes doivent 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 ». Et Traité « sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes », art. 18.

40. Cf., en particulier, C. Geiger, *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, précité. – Et aussi « De la nature juridique des limites du droit d'auteur », *Propriété intellectuelle*, 2004, n° 13, p. 882.

41. Cf. *supra* I.

42. Cf. *infra* III.

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

membres mais qu'elles soient d'une précision suffisante pour que le juge puisse s'appuyer sur elles. Or, si l'on peut estimer que tel est bien le cas pour le triple test qui s'impose aux législateurs nationaux et que l'on peut appréhender dans ses grands traits, avec toutefois l'importante modulation de savoir s'il est "à la disposition" du juge qui n'en est pas nécessairement le destinataire (44), il en va tout autrement avec l'article 6.4 dont la transposition ne s'impose pas (45) et qui, au titre des mesures étatiques, se borne à édicter que « *les États membres prennent des mesures appropriées pour assurer que les bénéficiaires des exceptions ou limitations prévues par le droit national (...) puissent bénéficier desdites exceptions ou limitations* », formule vague s'il en est.

D'ailleurs, les juges parisiens font eux-mêmes clairement la distinction. Il existe en droit interne, notent-ils, une exception de copie privée et elle doit donc être appréciée sous l'éclairage du triple test. En revanche, « *l'article 6.4 § 2 (...) n'a pas de caractère obligatoire puisqu'il est seulement prévu que l'État membre a la faculté de prendre des mesures sous certaines conditions* », avec cette conséquence que « *son contenu ne s'impose pas aux juridictions nationales dès lors que la loi interne ne comporte pas de dispositions semblables* ».

Le raisonnement est difficilement critiquable. Peut-être pourrait-on lui reprocher d'être très abstrait en faisant comme s'il n'était pas de notoriété publique que le législateur entend bien transposer les dispositions de l'article 6.4 en cause. Mais peut-on reprocher à la cour, anticipant l'éventuelle critique, de déclarer qu'« *il ne ressortit pas au juge de se substituer au législateur* » ?

Que la reconnaissance de la protection des mesures techniques soit la grande absente de l'arrêt n'est donc pas si déroutant que cela. Dérangeant plutôt, peut-être, car le résultat du raisonnement mené est que tout se passe comme si les mesures techniques ne s'étaient pas vues reconnaître une légitimité propre.

B. Une absence révélatrice

13 - Ce silence gardé – toutes considérations de techniques juridique et judiciaire laissées de côté – est, à l'évidence, révélateur de la difficulté qu'il y a à insérer les mesures techniques et à appréhender leur statut dans le paysage juridique.

Pourtant – nous l'avons dit – le fait est indiscutable : les mesures techniques sont l'objet d'une protection juridique autonome, tant au niveau international que communautaire. Et l'on aurait pu s'attendre à ce que la question soit posée à la cour de la portée à donner à cette protection dans le cas d'espèce, voire, dans le silence des plaideurs, à ce qu'un écho, même faible, de l'idée se rencontrât dans l'arrêt : cette protection due aux mesures techniques est désormais une composante du "paysage juridique" international et communautaire.

Or on ne trouve rien de tel dans la décision de la cour de Paris. Ayant jugé que l'article 6.4 n'était pas invocable, elle n'entre pas réellement dans le jeu de la confrontation auquel conduit intellectuellement le fait que les mesures se voient reconnaître protection comme telles, ainsi qu'il vient d'être dit, et que la faculté de copie privée, quelque qualification qu'on lui donne (46), appelle préservation. La décision, en affirmant que le consommateur peut se prévaloir de l'exception de copie privée, fût-il précisé : « *Du moins en ce qui concerne le DVD en cause* » (47), amène le titulaire des droits à devoir renoncer purement et simplement aux recours aux mesures techniques qu'il est en droit d'utiliser et qui, bien évidemment, sont alors tout sauf protégées. Le dispositif de l'arrêt est, de fait, sans ambiguïté : « *Fait interdiction aux*

sociétés Les Films Alain Sarde et Studio Canal d'utiliser une mesure de protection technique incompatible avec l'exception de copie privée sur le DVD ».

La cour d'appel de Versailles, qui eut également à se pencher sur la question de la licéité des mesures techniques, choisit, d'ailleurs, d'apporter une réponse diamétralement opposée (48), précisément en partant de l'idée que tant qu'aucune preuve n'était rapportée de l'illicéité de la mesure technique, celle-ci devait être tenue pour licite.

Ainsi on aurait pu aussi penser que la cour de Paris, saisie de la question de l'autonomie et de la portée de la protection des mesures techniques, juge nécessaire d'apprécier le litige en considérant que l'article concernant la protection des mesures techniques – l'article 6 points 1 et 2 – peut ou doit, à défaut de pouvoir être invoqué directement (49), en tout cas permettre une appréciation de la situation en conformité avec la reconnaissance de la protection juridique des mesures techniques.

Éclairant ainsi le débat de la reconnaissance de cette protection, n'aurait-elle alors pas pu estimer que permettre, dans tous les cas et sans distinction, la copie privée au mépris des mesures techniques aboutissait à une interprétation non conforme de la directive ? La question restera sans réponse...

14 - Protection due aux mesures techniques et donc licéité de principe du recours à celle-ci (jusqu'à preuve contraire) ? Reconnaissance de la copie privée et donc illicéité de principe du recours à des mesures techniques (qui empêcheraient le jeu de cette copie) ?

Il semblerait que l'on soit dans une situation qu'on qualifierait en logi-

44. V. *infra* paragraphes n° 16 et 3.

45. G. Vercken, « *La protection des dispositifs techniques, Recherche clarité désespérément : à propos de l'article 6.4* », in « *La directive sur le droit d'auteur et les droits voisins...* », *Propriété Intell.* 2002, n° 2, p. 52.

46. V. *supra* l.

47. Mais, de la formule, pourrait-on déduire que le dispositif de protection, illicite, ici, à l'égard de monsieur P., serait susceptible de devenir licite, là, quand il serait opposé à X ou Y ? Il est permis d'en douter !

48. CA Versailles, 15 avril 2005, M^{me} M. et Ufc Que Choisir c/ SA EMI Music France : « *Mais d'une part la preuve de l'illicéité d'une mesure technique de protection contre la copie n'est pas rapportée et d'autre part rien n'interdit la société EMI Music France de commercialiser un CD avec une mesure de protection...* ».

49. Cf. V.L. Benabou, « *Les routes vertigineuses de la copie privée au pays des mesures techniques...* À propos de l'Arrêt *Mulholland Drive* », www.juriscom.net, p. 8.

que d'«indécidable» puisque, selon que l'on privilégie telle ou telle prémisse, il paraît bien difficile d'échapper à l'une ou l'autre des conclusions envisageables. On pourrait parler d'une sorte de «renversement des hiérarchies» sans que rien ne justifie *a priori* que l'on préfère l'une à l'autre : lorsque le problème est envisagé en termes de licéité de la copie privée, les mesures techniques s'avèrent avoir vocation à s'effacer ; lorsque, à l'inverse, le débat est d'abord porté sur le terrain de la licéité de la mesure technique, c'est sa légitimité qui est naturellement affirmée...

C'est qu'il n'est certainement pas pertinent de raisonner en pareille matière en noir et blanc. Tout est question d'équilibre à trouver.

Voilà qui nous conduit tout naturellement au fameux test des trois étapes, appelé à la rescousse par la cour au moment de définir les conditions d'application de la copie privée.

III. Le test en trois étapes : l'équilibre impossible ?

15 - Si le triple test devient aujourd'hui un dispositif essentiel dans l'économie du droit d'auteur, quand il s'agit de le mettre en œuvre, les incertitudes ne manquent toujours pas. Depuis qu'a été adoptée en 2001 la directive dite «*Société de l'information*», les choses n'ont pas vraiment été clarifiées quant au destinataire du test (A). Et, quant au jeu même du test, la plus grande imprécision règne encore (B). Ces deux points méritent d'être, l'un et l'autre, abordés.

A. Le destinataire du test

16 - Pour ce qui est d'abord du destinataire du test, on sait que plusieurs lectures sont concevables. Lors d'un des premiers colloques consacrés à ce qui était alors la nouvelle directive «*Société de l'information*», le professeur Caron avait parfaitement synthétisé les choses.

«*Une première option*», écrivait-il, «*peut être qualifiée de minimaliste. Ainsi, le test serait un filtre législatif*» s'imposant au législateur mais non point au juge. «*Une deuxième option*», poursuivait cet auteur, «*apparaît plutôt médiane.*

Dans cette hypothèse, le filtre sera utilisé par le juge communautaire puisque c'est à la Cour de Luxembourg qu'il appartiendra de l'appliquer afin d'interpréter, de façon uniforme, les législations des États membres». «*Une troisième option serait, au contraire, maximaliste. Le test des trois étapes serait alors transposé dans le Code de la propriété intellectuelle. Dès lors, le filtre deviendrait judiciaire*» (50).

Délaissions l'hypothèse médiane. Ce n'est pas qu'elle est dépourvue de pertinence. Tout au contraire. Il est certain que le juge communautaire aura à se prononcer et, dans l'appréciation des règles nationales qu'il sera appelé à faire, il se référera, à n'en pas douter, aux textes internationaux comme européens.

Mais, en termes d'art législatif, l'opposition radicale est bien entre les deux autres hypothèses : un test s'imposant au législateur ou bien un test s'imposant au juge. Ou plus exactement s'imposant au seul législateur ou bien aussi au juge (51).

Il faut, pourtant, introduire un élément supplémentaire dès l'instant où l'on pense que le test doit à l'évidence jouer en amont dans l'appréciation de l'exception mais aussi, fût-ce moins évident, en quelque sorte en aval quand il s'agit de savoir ce qu'une mesure technique peut légitimement faire (on ne peut manquer, en effet, de relever l'étrange rappel du triple test effectué à l'article 6.4 de la directive (52).

En amont et en aval, les destinataires du test peuvent être différemment appréhendés.

17 - Concernant ce que nous venons d'appeler l'amont, l'arrêt de la cour de Paris postule très clairement qu'il

appartient au juge de mettre en œuvre ce fameux test.

Tout le mouvement de l'arrêt est en ce sens. Mais les juges le disent aussi expressément en affirmant que «*la loi interne doit être analysée au regard des articles 5. 2 b) et 5. 5*» et, sur cette affirmation, en déclarant «*qu'il convient d'examiner si, en l'espèce, l'exception pour copie privée actuellement inscrite sans limitation de support dans le droit interne est conforme aux prescriptions de l'article 5. 5 de la directive*». L'examen en question («*Il convient d'examiner...*») est évidemment le leur et on ne manquera pas de noter qu'ils écartent tout recours en interprétation devant la Cour de justice : «*Il n'existe en effet pas d'ambiguïté dans les textes qui nécessiterait (...) de poser une question préjudicielle à la Cour de justice des Communautés européennes*». Pas d'ambiguïté peut-être mais nous sommes loin, quand même, du fameux «*acte clair*» qui fut cher au Conseil d'État français. Cela étant, quant à l'affirmation du pouvoir du juge national, qui est le point qui nous intéresse ici, la cour de Paris, en soi, n'a ni tort, ni raison. Le choix qu'elle a fait est au nombre des lectures possibles comme il vient d'être rappelé. Tout au plus il est vrai que, dans la perspective d'une loi de transposition qui tend à introduire les dispositions du test dans le Code français, c'est la lecture qu'on pouvait juger s'imposer par anticipation (53). En ce sens, la cour de Paris peut avoir eu raison – dans l'attente du choix du législateur français – de juger ainsi qu'elle l'a fait.

Pourtant il est intéressant de noter que les législateurs étrangers n'ont pas tous fait ce choix. Le législateur grec a bien introduit les dispositions de la directive sur le test dans la législation nationale et, comme

50. C. Caron, «*Les exceptions, L'impact sur le droit français*», *Prop. intell.* 2002, n° 2, p. 25, spéc. p. 26.

51. Car on imagine mal, dans le cas où l'on estimerait le juge fondé à mettre en œuvre le test, que ce test ne s'imposât pas d'abord au législateur à l'instant où celui-ci décide de retenir telle ou telle exception ou limitation.

52. Cf. G. Vercken, «*La protection des dispositifs techniques. Recherche clarté désespérément...*», précité. Ce rappel, s'il ne constitue pas une simple erreur de formulation, mais qu'on tente de lui donner un sens, peut conduire à l'idée que le triple test – à ce niveau – ne doit être mis en œuvre que dans la confrontation avec les mesures techniques. Dans cette lecture, on ne lèvera l'interdiction de contournement technique que s'il est prouvé que, outre les conditions spécifiques de l'exception revendiquée, les deux étapes du test sont franchies.

53. Cf. nos observations sous le jugement dont appel, n° 3.

l'écrit le professeur Koumantos, désormais « *le juge est toujours, à l'application de chaque limitation, appelé à vérifier que les conditions de la Convention sont remplies* » (54). Mais le législateur allemand a considéré qu'il était seul destinataire du test qui n'était qu'un rappel qui lui était adressé de se conformer à l'équilibre qu'exige celui-ci (55). Et la loi autrichienne n'a pas non plus procédé à la transposition du test dans le droit interne (56).

Une fois encore, on notera au passage combien la directive de 2001 est faiblement harmonisatrice (57). Sur la question précisément évoquée, l'argument avancé par M. Geiger selon lequel, dans la directive de 2001, c'est l'« *application* » des exceptions qui est dite devoir être passée au crible du triple test, constitue, toutefois, selon nous, un argument fort en faveur de la thèse qui fait du juge un destinataire de celui-ci (58).

Quoi qu'il en soit, reste que, sur le fond, une observation s'impose qui est que l'introduction dans le droit national du test des trois étapes comme filtre judiciaire (pour reprendre l'expression du professeur Caron) a des implications radicales. Logiquement transmué alors en test en deux étapes (puisque le législateur aura dû prévoir une exception pour un cas spécifique qui est la première des trois étapes) (59), il permet au juge toutes les remises en cause, comme les variations entre les décisions du tribunal et de la cour de Paris le manifestent. Pour citer encore M. Caron, dans cette conception, les exceptions deviennent des « *zones de liberté précaire* » (60). Rien ne peut être tenu pour assuré (61). Il y a fort à craindre que, dans chaque contentieux, si le juge doit appliquer le triple test, il soit toujours possible aux plaideurs, du côté des titulaires de droit, et ceci même si les conditions spécifiques d'une exception sont remplies, de prouver l'atteinte aux intérêts légitimes ou à l'exploitation normale de l'œuvre, anéantissant alors l'exception.

L'insécurité juridique est ainsi introduite au cœur de la loi. Il se peut que ce soit avec la bénédiction indécise du législateur communautaire

et inconsciente (?) du législateur national mais le fait est là, et d'importance (62).

18 - Pour ce qui est du second « *niveau* » où l'on peut songer à utiliser le test des trois étapes (63), les choses pourraient paraître plus simples.

Il n'est plus question de se prononcer sur une règle dont on ne sait si elle doit être appréciée dans l'abstrait ou dans le concret de sa mise en œuvre. Puisqu'il s'agit, dans l'hypothèse, de se prononcer sur le bien fondé du recours à une mesure technique de protection *donnée*, c'est nécessairement d'appréciation concrète qu'il s'agit et seul le juge peut y procéder. Le juge, ou bien cette étrange autorité de substitution – que constitue ce collège de médiateurs – imaginée, pour des raisons qu'il n'y a pas lieu d'exposer ici, par les auteurs du projet de loi de transposition français (64). Autorités juridictionnelles pourraient dire si l'on était assuré que, se prononçant, les médiateurs disent le droit par la même occasion (65), autorités d'application pourrait-on dire encore si, cette fois-ci, ce n'était pas faire injure au juge de le ramener à n'être que celui qui applique la loi comme le voulait Montesquieu, autorités chargées de la mise en œuvre de la loi en tout cas (version classique ou version *soft law*).

C'est dire aussi que nous sommes encore dans la casuistique.

Casuistique pour casuistique, prenant en compte la diversité décrite, reste qu'il faut encore savoir comment la mise en œuvre du test doit se faire. Ce n'est pas le plus simple.

B. Le jeu du test

19 - Le jeu du test n'est évidemment pas semblable selon qu'il doit être mis en œuvre par le législateur ou par le juge. Sans doute, dans son esprit, il s'agit toujours d'une pesée d'intérêts et l'on peut en logique attendre que la démarche soit analogue dans les deux cas.

Mais, le test rapporté au législateur, il est tout à fait possible de considérer, comme cela fut fait en Allemagne, que sa fonction n'est autre que de rappeler à celui-ci qu'il doit se conformer à l'équilibre attendu (66), avec la conséquence que, si le législateur est réputé seul destinataire, le choix une fois fait par lui, bien fait ou mal fait, serait réputé satisfaisant à cet équilibre sans qu'une remise en cause de la norme soit possible, sauf peut-être un recours en interprétation de la directive devant la Cour de justice des Communautés tendant à faire dire que le texte national s'en écarte indûment (67).

Pour le cas, en revanche, où le juge serait également destinataire du triple test – devenu alors double test

54. G. Koumantos, « La transposition de la directive 01/29 », *RIDA* 2004, n° 202, p. 107, spéc. p. 125. La « *Convention* » que vise M. Koumantos est la Convention de Berne dont la directive reprend les dispositions sur le triple test.

55. V. S. von Lewinski, « La transposition en droit allemand de la directive sur la société de l'information », *RIDA* 2004, n° 202, p. 11, spéc. p. 29.

56. V. M. Walter, « La transposition en Autriche de la directive sur la société de l'information », *RIDA* 2004, n° 202, p. 43, spéc. p. 55.

57. V. déjà en ce sens M. Vivant, « Rapport de synthèse » du Colloque sur « La directive sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information, Bilan et perspectives », *Prop. Intell.* 2002, n° 2, p. 71, spéc. p. 73.

58. C. Geiger, note sous Paris, 22 avr. 2005, *JCP* 2005, 10126.

59. En ce sens M. Walter, art. précité, spéc. p. 55.

60. C. Caron, « Les exceptions... », préc., p. 26.

61. Sur la mise en œuvre concrète du test, V. *infra* n° B.

62. On ne manquera pas, d'ailleurs, de noter, à l'heure de l'analyse de la loi de transposition de la directive, que des amendements ont été déposés dans les deux sens : ceux qui prônent l'introduction expresse dans la loi, et ceux qui défendent l'exclusion – expresse – également.

63. Cf. *supra* paragraphe n° 16 *in fine*.

64. Art. 9.

65. Mais peut-être doit-on être rassuré, à constater que le projet de loi dit que les médiateurs doivent se prononcer « *dans le respect des droits des parties* ». Respectant les droits, il faudra bien que, d'une certaine manière, ils disent le droit...

66. V. *supra* paragraphe n° 17.

67. Mais l'hypothèse est bien théorique car, si l'on admet que le législateur puisse être seul destinataire du test, dès lors que le législateur national doit « *élire* » dans la liste des exceptions qu'autorise la directive de 2001 celles qu'il entend consacrer, il sera bien difficile de démontrer que l'exception retenue *en conformité avec la directive* est en rupture avec le modèle du triple test.

puisque l'exception aura été précisée en amont –, les choses changent car il ne saurait être question, pour le juge, de raisonner en termes généraux sur la "dangerosité" de l'exception de copie privée ou de toute autre exception.

C'est certainement le reproche qu'on peut adresser aux décisions rendues à ce jour en France, que ce soit en l'espèce le jugement de première instance ou en appel l'arrêt de la cour : nos juges ont tendance à déclarer abruptement que l'exception porte ou ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre (68) ou bien cause ou ne cause pas un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit. C'est pourtant l'application des exceptions qui est en cause. Et il n'est donc pas étonnant que les auteurs qui se sont intéressés à la question se soient prononcés pour une appréciation *in concreto* des choses (69).

La mise en avant de ces termes ne donne, pourtant, que partiellement la "clef" d'une bonne lecture du triple test. Ce serait, en effet, tomber dans une caricature inverse que de ne considérer que l'espèce – une espèce – comme si elle existait seule, isolément. La question étant alors ramenée au fait de savoir si, dans le cas soumis au juge, le bénéfice de l'exception ou la levée de la mesure technique peuvent être accordés sur la considération de l'atteinte effective aux intérêts légitimes de l'auteur (pour raisonner sur la dernière étape du test)... La conséquence, si l'on raisonne sur le cas de Monsieur P. qui n'aurait jamais eu à déboursier qu'environ dix euros pour acquérir un autre DVD du même film, chiffre qui représente donc la perte (dérisoire) d'Universal, s'imposant alors : pas d'atteinte sérieuse aux intérêts de l'auteur. Mais le problème n'est manifestement pas celui de Monsieur P. Le problème n'est pas lié à la réalisation d'une copie mais à la multiplication des copies. Quand, à la suite de la décision parisienne, l'ensemble des consommateurs peut désormais copier le film (et potentiellement l'ensemble des films proposés sur les DVD), l'atteinte à l'intérêt légitime comme à l'exploitation normale changent de dimension.

Quant à l'argument tiré du fait que Monsieur P. aurait, en acquérant le DVD, « au moins pour partie, payé la rémunération destinée aux auteurs en contrepartie de l'éventuelle reproduction », il n'est guère pertinent. En effet, cette affirmation nous semble en droit un peu rapide, pour ne pas dire inexacte, le droit de reproduction ayant été exercé en amont au titre de la fabrication de l'exemplaire dont dispose l'acquéreur (et encore heureux, sinon l'exemplaire lui-même serait illécite !) mais non comme « droit de copie » (70).

20 - La voie correcte nous semble être celle consistant à se tenir également à l'écart de ces deux extrêmes : affirmations générales ou repli sur un cas singulier.

Les décisions devraient ainsi considérer :

- l'exception (ici l'exception de copie privée),
- la mesure technique envisagée (ici une mesure empêchant la copie d'un film à partir d'un DVD)
- son incidence effective sur l'application effective de l'exception revendiquée,

en soumettant chacun de ces points à la double question de savoir si, ce faisant, atteinte est portée à l'exploitation normale de l'œuvre et préjudice injustifié causé aux intérêts légitimes du détenteur des droits.

Toutes ces notions sont bien sûr des notions floues (71) et il appartient au juge de leur donner un contenu. L'exercice est délicat d'autant qu'on ne peut tenir ces notions pour "arrêtées". On a souvent relevé déjà combien il était difficile de définir ce qu'il faudrait entendre par exploitation « normale » de l'œuvre. Mais il faut ajouter que l'exploitation normale n'est sans doute pas la même en 2000, 2005 et, demain, 2010. On a également facilement observé qu'une exception portait toujours atteinte aux intérêts de l'auteur et il faut alors rebondir sur le terme « injustifié » puisque seule l'atteinte injustifiée est prise en compte dans le jeu du test. Tout cela est connu mais ne change rien à la complexité de l'analyse à mener. La décision rendue par l'Organe de Règlement des différends de l'OMC, le 21 juillet 2000, pourrait servir de guide – non contraignant – aux juridictions (72).

Le juge devrait, par exemple, se demander « si une exception ou limitation engendre un manque à gagner injustifié pour le titulaire du droit d'auteur », pour reprendre une formule de la décision citée, et même, plus précisément, plus justement, quand il s'agit de savoir si cette exception peut justifier la levée d'une mesure technique de protection, si la mesure adoptée tendait à empêcher que la mise en œuvre concrète de l'exception

68. Ainsi lisait-on dans le jugement de première instance cette affirmation en forme d'évidence ne se discutant pas : « La copie d'une œuvre filmographique éditée sur support numérique ne peut ainsi que porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ».

69. Ainsi M. Buydens, « La nouvelle directive du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information : le régime des exceptions », A & M. 2002, p. 442 ; C. Geiger, note précitée.

70. À prendre quelque distance avec l'arrêt, on notera aussi que la cour reprend à son compte un des arguments favoris des pirates : rien ne dit que l'impossibilité d'effectuer une copie privée aurait incité M. P., ou sa mère, à acheter un exemplaire supplémentaire de l'œuvre. Il n'y a donc pas d'atteinte aux intérêts du titulaire car la possibilité de copier ne se substitue pas à un achat. L'argument est renversant d'une apparence de bon sens, mais il ne nous semble pas devoir résister à l'analyse. D'abord, l'argument est invérifiable car ce qui est avancé relève de la décision personnelle de chacun, et, posé en termes de preuve, aboutit à une impossibilité absolue : les avocats des titulaires de droits auraient dû prouver que la mère de M. P avait eu l'intention d'acheter un exemplaire du DVD, ce qu'elle n'a pas fait puisqu'elle a disposé d'une copie par son fils, preuve négative, relevant du for intérieur de la personne concernée, adversaire au demeurant ! Preuve impossible. Mais, alors, si l'on veut échapper à l'impasse en basculant vers une appréciation globale des comportements, c'est le fait que la conclusion peut être renversée qui s'impose à l'esprit. Les études sociologiques démontrent que, parmi les personnes qui copient, une proportion d'entre elles n'acquerrait effectivement pas l'exemplaire original si elle ne disposait pas de la faculté de copier (cf. « Le téléchargement de films sur internet » Étude CNC – mai 2004). Mais de ces chiffres mêmes il résulte qu'un certain nombre de ces personnes aurait choisi d'acheter un exemplaire original. On pourrait y voir la démonstration d'une atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ! La vérité est que la possibilité d'avancer l'argument dans les deux sens doit aboutir à l'évacuer du champ du raisonnement.

71. Cf. C. Castets-Renard, *Notions à contenu variable et droit d'auteur*, L'Harmattan 2003.

72. Groupe 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.

suivant un profil donné débouche concrètement sur un manque à gagner injustifié. On pourrait ainsi imaginer que, sous l'éclairage du test, l'exception de copie privée, reconnue (et nécessairement reconnue), ne puisse pas être opposée à la mise en place d'une mesure technique tendant à empêcher un certain type de copie (73).

La Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles du 19 juin 1980 est bien éloignée de nos préoccupations. Mais, sur la question, délicate aussi, de savoir si un juge national doit appliquer une loi de police étrangère, elle donne aux juges un guide, subtil, de comportement qui s'achève sur l'idée qu'il convient qu'ils se décident en prenant en compte « les conséquences qui découleraient de leur application ou de leur non application » (74). L'idée pourrait être reprise : le juge pourrait/devrait décider de donner le pas à la mesure technique ou à l'exception en considérant quelles seraient les conséquences qui seraient celles d'une « validation » de la mesure technique et, à l'opposé, de sa mise à l'écart.

*
* *

21 - La démonstration est faite, en tout cas, que le régime auquel conduisent le Traité de l'OMPI et la

directive de 2001, est source d'une remarquable insécurité juridique. Les titulaires de droits sont condamnés par la cour pour avoir mis en œuvre une protection technique qu'*a priori* ils pouvaient légitimement mettre en œuvre (75)! Mais le jugement du tribunal conduisait à interdire à celui qui pouvait légitimement se prévaloir d'une exception de copie privée de pouvoir le faire.

Sans doute, dira-t-on, retour fait à l'arrêt, que la conséquence n'est pas bien sévère pour les entreprises condamnées puisque le consommateur frustré ne recevra que la somme dérisoire de cent euros. Mais ce serait oublier qu'interdiction est adressée aux titulaires de droits d'utiliser des mesures de protection de leur DVD (76) et qu'ainsi la voie est ouverte à la prolifération des copies.

L'arrêt – tout comme l'était, en sens inverse, le jugement – est donc important dans ses conséquences concrètes. Mais en reprochant aux entreprises commercialisant le DVD de n'avoir pas averti comme il le fallait les consommateurs, il leur indique aussi la parade qui est donc

tout simplement de les avertir. Selon nous, l'important est donc moins là, dans ce jeu consumériste, que dans la mise en garde sur laquelle nous avons conclu nos observations sous le jugement de première instance et qu'il faut reprendre ici. S'il est désormais possible de sectoriser les « canaux d'écoute », c'est-à-dire les marchés, en permettant que telle copie donnée puisse être interdite comme l'admettait le jugement ou à la condition que la restriction soit annoncée comme l'implique l'arrêt, il ne faudrait pas qu'au final, on en arrive 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... » (77). C'est sans doute là la question fondamentale qu'aucune interrogation technique ne devrait occulter.

Michel Vivant

Professeur à l'Université de Montpellier

Gilles Vercken

Avocat au Barreau de Paris

73. Sous la réserve importante que cela ne soit pas l'occasion de fabriquer artificiellement des marchés. Où l'on retrouve la notion d'exploitation normale. V. *infra* paragraphe n° 21.

74. Conv. de Rome, art. 7.

75. Ce pourquoi il est sans doute hâtif de parler de « manquement à l'exception de copie privée », constitutif de faute, comme le fait l'arrêt.

76. Dans une forme qui s'apparenterait à un arrêt de règlement ?

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