

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 ; *PBD* 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 muerait, 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 ; *FTD 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 ; *FTD 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 muier selon l'interprétation qui est susceptible d'être faite du triple test : V. *infra* n° 20.

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

29. Art. précité, p. 406.