

Les routes vertigineuses de la copie privée au pays des protections techniques... A propos de l'arrêt Mulholland Drive

Par Valérie-Laure BENABOU

Professeure à l'Université de Versailles Saint Quentin – Laboratoire DANTE

Directrice du M2 Droit des Nouvelles Technologies de l'Information et de la Communication

E-mail : vbenabou@club-internet.fr

Introduction

A l'image du film dont il traite, l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 22 avril 2005¹ constitue une décision complexe et intrigante. Elle est de celles qui vont faire couler beaucoup d'encre et entrer d'emblée dans les bonnes pages des manuels. La lecture qui y est faite de la copie privée dans l'environnement numérique, de surcroît face aux mécanismes de protection technique, est inédite. En réformant la décision de première instance, elle fait naître une « exception » pour copie privée dont l'étendue s'avère particulièrement large et la vigueur insoupçonnée.

La simplicité des faits renforce le caractère emblématique de la décision. Monsieur P, ayant acquis un DVD reproduisant le film *Mulholland Drive* s'est avisé de le copier sur une cassette vidéo afin de le visionner « en famille » chez ses parents qui ne disposaient pas d'un lecteur de DVD mais d'un simple magnétoscope. Cette copie ayant été rendue impossible par la présence d'un mécanisme de protection technique, il en a informé l'UFC Que-Choisir, association de consommateurs, par ailleurs saisie de plaintes relatives à l'existence de telles protections.

Les deux protagonistes ont ensemble introduit une action devant le TGI visant à faire reconnaître d'une part, un « droit » à la copie privée pour l'acquéreur d'une œuvre enregistrée prévalant sur les dispositifs techniques anti-copie et d'autre part, la violation de l'article L.111-1 du code de la consommation relatif à l'obligation d'information des consommateurs sur les caractéristiques essentielles d'un bien ou d'un service. En première instance, les juges les ont déclarés recevables à agir mais les ont déboutés de leurs demandes, consacrant ainsi la suprématie des mesures de protection technique sur le jeu de l'exception de copie privée².

Hormis sur la question de la recevabilité pour agir, la cour d'appel prend, en majeure partie, l'exact contrepoint de la position des premiers juges et infirme la décision. Bien qu'elle se refuse à reconnaître expressément l'existence d'un « droit » à la copie privée, elle considère que l'acquéreur d'un DVD doit être autorisé à copier l'œuvre contenue à partir de la source même de son acquisition, et ce, pour un usage qui n'est pas limité au simple copiste mais qui s'étend au cercle de famille. En cela, déjà, la solution est d'une incroyable richesse.

Mais le raisonnement pour y parvenir l'est encore davantage. La posture que prend le juge dans l'arbitrage entre exception au droit d'auteur et mesures de protection technique constitue sans doute une révolution qui va au delà du résultat obtenu. A l'heure où la transposition de la directive du 22 mai 2001 pointe enfin son nez avec un retard indigne, l'arrêt de la cour d'Appel met en lumière les difficultés issues de la carence législative et propose d'y remédier d'une manière radicale. Que ce soit

¹ CA Paris, 22 avril 2005, M. Stéphane P., UFC Que-Choisir c/ Universal Pictures Video Fr, SEV, Films Alain Sarde, Studio Canal : *Juriscor.net*, <<http://www.juriscor.net/jpt/visu.php?ID=685>>.

² TGI Paris, 3^e ch., 2^e sect., 30 avril 2004 : *Juriscor.net*, <<http://www.juriscor.net/jpt/visu.php?ID=513>>, décision abondamment commentée, notamment v. C. Caron, *Com. Com. Elec.*, Juillet 2004, n° 7-8, chron., p. 23 et suiv. ; C. Geiger, « Licéité de la mesure technique interdisant la copie privée d'un DVD », *JCP*, éd. G, 2004 II 1583 ; Th. Maillard, « Licéité de la mesure technique de protection interdisant la copie privée d'un DVD », *JCP*, éd. E, 2004, 1101, p. 1204 ; M. Vivant, G. Vercken, « Mesures techniques de protection sur des DVD : le test des trois étapes met en échec l'exception de copie privée », *Légipresse*, sept. 2004, n° 214, p. 148 ; F. Pollaud-Dulian, *Rev. Trim. Dr. Com.* 2004, n° 3, p. 469 et suiv.

par l'interprétation hardie de la directive ou par la portée générale de sa décision, la cour lance une véritable interpellation au législateur à laquelle il importe qu'il soit répondu.

C'est donc essentiellement en suivant la démarche du juge que cette décision sera décortiquée. Or, la cour adopte tour à tour deux attitudes : interprète apparemment soumise, elle s'interdit de distinguer là où la loi ne distingue pas (I) mais n'en développe pas moins une lecture décapante de la copie privée ; affranchie de toute tutelle dans le vide législatif, elle s'auto proclame autorité de référence pour en définir le cadre juridique national et international (II).

I. Le juge soi-disant « soumis » à la loi ou comment créer un droit à copie privée sans l'admettre

La cour d'appel se livre à une lecture novatrice mais complexe de la copie privée³. Toute l'ambiguïté de sa position tient au hiatus qui se fait jour entre l'apparente orthodoxie de sa méthode d'interprétation et les résultats de son raisonnement. Les juges s'appuient en effet sur l'adage selon lequel il n'y a pas lieu de distinguer là où la loi ne distingue pas en assurant ainsi de leur sujétion aux dispositions légales. Mais ce faisant, ils développent une lecture singulièrement accueillante de l'exception et, bien qu'ils s'en défendent, contribuent à l'affirmation d'un droit subjectif à la copie privée dont l'étendue dépasse de très loin la lecture classique du Code de la propriété intellectuelle.

Là où la loi ne distingue pas.... ou l'évidence de la copie privée numérique

Partant donc de l'argument selon lequel il n'y a pas lieu de distinguer là où la loi ne distingue pas, la cour entérine, en premier lieu, le raisonnement des appelants selon lequel « *l'exception pour copie privée n'est pas limitée, dans la législation interne, à une reproduction de l'œuvre sur un support déterminé, ni à partir duquel une copie privée peut être effectuée* ». La formule, quoique rédigée de manière équivoque, conduit les juges à estimer que la copie privée doit pouvoir s'exercer directement à partir du support dont le copiste est l'acquéreur. Le fait que l'œuvre soit enregistrée sur un support numérique ne change rien à l'analyse.

Est ainsi balayée d'un revers de la main l'argumentation avancée par certains ayants droit qui défendent l'idée d'une copie privée « dégradée ». D'après ces derniers, l'exception de copie privée ne confère à l'utilisateur aucun droit ou même aucune prétention légitime à réaliser une copie « parfaite », directement à partir de la matrice, selon des techniques numériques. Son « intérêt » serait suffisamment rempli s'il est en mesure de réaliser une copie analogique, par exemple, en fixant une copie de l'œuvre par un enregistrement audio ou vidéo à partir d'une sortie d'amplificateur. D'aucuns vont même jusqu'à considérer que l'exception de copie privée n'a plus droit de cité si l'utilisateur dispose d'un accès à l'œuvre par un autre mode de diffusion, le cas échéant, contre rémunération. Ainsi, par exemple, une protection technique empêchant toute reproduction d'un film ne ferait pas obstacle à l'exception de copie privée si l'utilisateur est en mesure de copier ce film lors d'une diffusion télévisuelle via son magnétoscope⁴.

La cour d'appel réfute cette logique et considère, dans la mesure où la loi ne détermine pas de limites aux possibilités de réalisation d'une telle copie, qu'il n'y a pas lieu pour le juge de les restreindre à des reproductions étriquées ou acrobatiques. Non seulement la copie privée doit pouvoir être réalisée directement à partir du support source mais encore grâce à tout procédé de reproduction. Dans cette optique, il n'appartient pas aux titulaires de prédéterminer le format de copie ; c'est à l'utilisateur qu'il revient de choisir, selon les outils dont il dispose, les modalités de copie adaptées à son utilisation privée. Une telle solution est particulièrement opportune pour effectuer les « migrations » de supports et éviter que l'utilisateur pâtisse de l'obsolescence des instruments permettant la copie ou la lecture.

³ Sur la difficulté de la notion de copie privée à l'ère numérique, v. notamment Antoine Latreille, La copie privée démythifiée, *Rev. Trim. Dr. Com.*, n° 3, juillet 2004, p. 403 et suiv ou encore Rapport général, Activité législative concernant la copie privée, in *Les droits des créateurs dans la société de l'information*, Actes du congrès de l'ALAI, Budapest, 14-17 septembre 2003, Kjk-Kerszöv, p.223 et suiv.

⁴ C'est l'argument avancé par les ayants droit dans ce contentieux qui relèvent que le plaignant pouvait procéder à une copie à partir, soit des chaînes de télévision sur lesquelles le film avait été diffusé, soit de vidéocassettes commercialisées et qu'il ne pouvait plus se prévaloir d'une copie privée à partir d'un DVD.

La thèse des juges est étayée par une analyse audacieuse de la loi du 17 juillet 2001⁵ qui avait étendu le bénéfice de la rémunération pour copie privée aux auteurs et éditeurs des œuvres fixées sur tout autre support que les phonogrammes ou vidéogrammes, au titre de leur reproduction sur un support d'enregistrement numérique. La cour d'appel déduit du libellé de l'article L. 311-1 deuxième alinéa du Code de la Propriété Intellectuelle l'intention du législateur de ne pas limiter l'exception de copie privée à la nature d'un support et estime que « *le législateur national ne fait pas de distinction quant aux supports à partir desquels ou sur lesquels la copie privée peut s'exercer ou vise expressément les supports numériques* ».

Le raisonnement tenu est le suivant : dès lors qu'une rémunération est prélevée sur des supports vierges numériques, pour des copies réalisées sur ces supports, il est patent que le législateur a autorisé la copie digitale à défaut de quoi cette source de prélèvement n'aurait sans doute pas de cause. L'argument est sensé et se combine bien avec le caractère général de l'article L 122-5 CPI.

Là où la loi ne distingue pas.... ou l'opacité⁶ quant à la condition d'acquisition des supports

Néanmoins plusieurs zones d'ombres subsistent dans l'analyse de la cour d'appel. Ainsi, on décèle difficilement sa position sur la question récurrente⁷ de la licéité de la source à partir de laquelle la copie est réalisée. D'aucuns considèrent en effet que la copie privée n'est légitime que si le copiste a acquis la matrice, ou à tout le moins en est un utilisateur légitime. Or, si l'on transpose l'adage préalablement utilisé par la cour à cette difficulté, force est de constater que le législateur n'impose pour liciter la copie privée aucune condition d'acquisition préalable du support source ; la cour aurait donc dû en déduire que la copie privée ne suppose pas que le copiste soit acquéreur du support⁸.

Or, elle demeure floue sur ce point et paraît s'embarlificoter dans des considérations sur la rémunération qui laissent augurer que la condition d'acquisition ne serait finalement pas indifférente au jeu de l'exception. En effet, monsieur P défendait l'idée qu'il disposait d'un « droit » à la copie privée, trouvant partiellement sa justification dans l'existence d'une rémunération compensatrice au profit des auteurs. Ayant acquitté non seulement le prix d'achat du support source mais encore sa « dîme » sur le support de destination, il aurait ainsi gagné son droit de copie. A l'inverse, les ayants droit faisaient valoir que monsieur P ne démontrait pas avoir effectivement supporté la charge de la rémunération pour copie privée, celle-ci étant due au premier rang par les fabricants ou importateurs de supports.

La cour refuse de faire supporter la charge de la preuve de la rémunération sur le copiste, laissant entendre que le poids de la copie privée était sans doute répercuté sur le prix du support mais qu'il ne revenait pas à l'utilisateur d'en attester le paiement. Elle dit en effet que la rémunération est « *versée indirectement par le consommateur qui acquiert un support vierge à des fins de reproduction puisque le coût de la rémunération équitable est inclus dans le prix de vente.* »

Ainsi, elle semble accepter l'idée d'un découplage entre charge de la rémunération et liberté de copier. L'utilisateur serait investi de la possibilité de copier, quand bien même il n'aurait pas directement acquitté de rémunération sur le support de destination. Cette solution fait apparaître l'existence d'un phénomène de mutualisation en droit d'auteur dans la mesure où il n'est pas nécessaire que la rémunération soit versée par l'utilisateur effectif dès lors qu'elle existe, même diffusément. Ce faisant, elle neutralise également l'argumentation du consommateur qui n'est pas en mesure de justifier d'un « droit à copie » qui trouverait son fondement dans le paiement de la rémunération.

⁵ Sur cette loi, G. Vercken, La copie privée numérique et le multimédia : quand le sage montre la lune, l'idiot regarde le doigt, *Légipresse*, 2001, n° 187, p. 166 ; F. Sardain, Repenser la copie privée des créations numériques, *JCP E* 2003, étude, 584, pp. 646-652.

⁶ Sur les zones d'ombres de la copie privée, v. C. Caron, Les clairs-obscur de la rémunération pour copie privée, *D.* 2001, doc, p. 3421.

⁷ Ce point est notamment âprement débattu à propos du *peer-to-peer*.

⁸ En ce sens, T. Haarlem (Pays-Bas), 12 mai 2004, S. Brandner, « MP3 : télécharger n'est pas pirater, selon le tribunal d'Haarlem », *Juriscom.net*, 20 mai 2004, <<http://www.juriscom.net/actu/visu.php?ID=511>>.

Mais la cour semble elle-même ne pas oser aller jusqu'au bout de sa logique. En effet, elle souligne que « *en acquérant le DVD, monsieur P a, au moins pour partie, payé la rémunération destinée à l'auteur en contrepartie de l'éventuelle reproduction* ». Or, cette affirmation est doublement illogique au regard des principes dégagés. En premier lieu, en mettant à plusieurs reprises, l'accent sur l'acquisition du support source, la cour semble en faire une condition d'exercice de la copie, ajoutant une condition que la loi ne requerrait pas. En second lieu, ce qui est encore plus étrange, elle décèle la source de la liberté de copie dans le paiement de l'acquisition du support source, et non dans le paiement de la redevance sur les supports de destination. En achetant l'objet encapsulant l'œuvre, le consommateur aurait acquis la possibilité de copier⁹...

L'argument désarçonne dans la mesure où il induit une confusion fâcheuse entre acquisition de la propriété matérielle et jouissance des droits d'exploitation. Il discrédite également en partie le rejet symbolique par la cour d'un droit à la copie privée, puisqu'en liant la possibilité de copie à l'acquisition du support, la cour admet la « marchandisation » de la copie privée et partant, l'existence d'un droit conditionné par une rémunération préalable payée par l'utilisateur.

Il eût sans doute été préférable pour la cour de s'en tenir à la première position exprimée. La loi ne distinguant pas, l'acquisition du support source de copie n'est pas une condition préalable de l'exercice de la liberté de copier. L'exception de copie privée a d'ailleurs toujours reconnu cette indifférence, preuve en étant la possibilité usée par nombre d'étudiants de recopier les manuels juridiques en bibliothèque ou à partir d'un livre prêté par un ami, sans jamais avoir acheté le support.

Il n'est pas même certain que la condition, plus légère, d'utilisation légitime puisse être requise pour justifier de la liberté de copier. D'une part, elle ne figure pas expressément dans la loi, et d'autre part, s'il s'agit d'une liberté établie par la loi, on ne voit pas en quoi son bénéficiaire devrait prouver, par des conditions extérieures à son libellé, qu'il est « légitime »¹⁰. Au surplus, les restrictions techniques¹¹ susceptibles de borner le champ de l'usage légitime sont précisément rejetées par la cour d'appel dans la présente décision.

« Un droit à » copie privée sans l'avouer

Plus généralement, on perçoit dans la décision de la cour d'appel un malaise relatif à la qualification juridique de la copie privée. Certes, les juges estiment que « *les appelants concluent à tort qu'ils bénéficient d'un droit à copie privée, dès lors qu'il s'agit d'une exception légale aux droits d'auteur, et non d'un droit qui serait reconnu de manière absolue à l'usager (l'article 27 de la déclaration universelle des droits de l'homme et l'article 15 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels édictant seulement des principes généraux d'accès à la culture)*. » Ils réfutent donc clairement la qualification de droit subjectif au profit de l'utilisateur préférant ne retenir que l'existence d'une exception. Néanmoins, en retenant l'existence d'un pré-paiement pour copie par l'acquisition du support d'origine, mais surtout en « *interdisant les ayants droit d'utiliser une mesure de protection technique incompatible avec l'exception de copie privée* », elle semble bien consacrer un tel droit.

En effet, un droit subjectif n'est autre que « *l'attribution par la règle de droit d'un pouvoir d'imposer, d'exiger ou d'interdire considéré comme utile à la personne prise à la fois comme individu et comme acteur de la vie sociale* »¹². Or, en faisant prévaloir la possibilité de copie sur un pouvoir d'empêcher

⁹ Ce raisonnement peut se rapprocher du mécanisme envisagé pour le prêt public dans lequel l'achat du livre (support) est de nature à liciter l'usage de prêt réalisé par les bibliothèques. Voir infra.

¹⁰ Voir sur la question de l'utilisateur légitime, l'excellent ouvrage de S. Dusollier, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, Larcier, 2005, n° 572 et suiv., qui relève l'existence de cette condition pour plusieurs usages dans les directives communautaires.

¹¹ Reste la possibilité d'une restriction contractuelle d'usage qui rendrait illégitime une tolérance légale, qui suppose bien évidemment que les exceptions ne soient pas d'ordre public. Sur ce point, v. R. Goulette, « Exception au droit exclusif de l'auteur et liberté contractuelle », mémoire sous la direction d'André Lucas, 2001, *Juriscom.net*, juin 2001, <<http://www.juriscom.net/uni/mem/16/presentation.htm>>.

¹² Définition retenue par J.-L. Aubert, *Introduction au droit*, 7^{ème} éd., A. Colin, Paris, n° 187, p. 185.

(de fait ou de droit, nous y reviendrons), la cour contribue à instituer la sanction de l'intérêt de l'utilisateur et à l'ériger précisément en droit subjectif. Autant la solution de première instance était cohérente, en rejetant en bloc qualification de droit et contournement de la mesure technique, autant les juges d'appel brouillent les cartes en écartant la qualification de droit subjectif mais en conférant non seulement à l'utilisateur mais encore à l'organisme de défense des consommateurs un pouvoir d'interdire judiciairement mis en œuvre. C'est donc un droit à la copie privée qui est consacré sans l'avouer¹³.

Va également dans le sens de cette conclusion l'affirmation de la cour selon laquelle « *cette exception légale ne peut être limitée qu'aux conditions précisées dans les textes* ». Si l'on considère que l'exception est d'interprétation stricte au regard du principe – le droit exclusif –, il est pour le moins surprenant de parler de conditions restrictives de limitation de l'exception. A l'inverse, certains auteurs défendent l'idée que la copie privée n'est qu'une tolérance légale pour un usage dont la difficulté de contrôle est trop grande et qu'il serait donc loisible à l'ayant droit de revenir sur cette faculté s'il est en mesure d'interdire effectivement cet usage. C'est précisément l'objet du débat relatif à la confrontation des exceptions avec les mesures de protection technique¹⁴. Dans ce contexte, dire que la copie privée ne peut pas être restreinte par la volonté du titulaire mais obéit au seul cadre légal qui l'institue contribue à consolider l'existence d'un droit subjectif.

La copie privée « familiale »

Eu égard à ce renversement total de perspective du rapport du principe à l'exception, il n'est donc plus guère surprenant que la cour s'autorise à se livrer à une lecture élargie et inédite de l'exception. En effet, elle n'hésite pas à considérer comme éligible au titre de la copie privée le fait de reproduire le DVD à des fins de lecture dans le cercle de famille. Or, tant le libellé de la loi que l'interprétation jurisprudentielle ont toujours retenu pour condition d'existence de la copie privée que copiste et usager ne soient qu'une seule et même personne (strictement réservé à l'usage privé du copiste) et que la copie ne soit pas destinée à une utilisation collective.

Ici l'utilisateur revendique clairement la destination collective de son usage « privé ». La cour ne s'en émeut guère et estime « *qu'il n'a pas outrepassé l'exception de copie privée, le projet de copie étant effectué par lui-même, pour être utilisé, certes à l'extérieur de son domicile, mais dans un cercle familial restreint*. » Non seulement donc, il n'y a pas nécessité d'unité de domicile pour réaliser une copie privée licite mais encore, l'usage de cette copie peut être étendu à un cercle familial restreint. Cette conception « globalisante » de l'exception a déjà été défendue en doctrine notamment par le professeur Pierre-Yves Gautier qui estime que « *la reproduction dans le cercle de famille, même si elle n'est pas strictement personnelle devrait échapper au droit exclusif* » et qu'il « *devrait y avoir place au raisonnement par analogie avec les exceptions au droit de représentation* »¹⁵.

Le problème posé est cependant celui de l'ampleur de la copie ainsi admise. Certes, s'assurer de l'identité absolue du copiste avec l'utilisateur peut sembler pratiquement délicat¹⁶, et il est, de fait, admis que l'enregistrement vidéo ou audio réalisé par un individu pourra être visualisé ou écouté par un membre de la « famille ». Mais l'hypothèse soumise marque un pas supplémentaire : la copie est réalisée à destination d'autres personnes que le copiste, lesquelles conserveront sans doute un exemplaire de cette copie pour eux-mêmes. En d'autres termes, les bénéficiaires de la copie réalisent une économie totale d'acquisition de l'œuvre : ils en jouissent sans limitation de temps, sans avoir déboursé le moindre denier pour y avoir accès, ni en amont à travers l'achat d'un support du film, ni

¹³ Sur cette question, voir les développements décisifs de C. Geiger, *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, IRPI, Litec, 2004, n° 215 et suiv., citant notamment A. Gervais, Quelques réflexions à propos de la distinction des « droits » et « intérêts », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Paris, Dalloz, 1961, p. 243 selon lequel « *l'obligation faite aux tiers de tenir compte des intérêts légitimes correspond à un droit pour leur porteur, droit limité à obtenir que lesdits intérêts ne soient pas méconnus* ».

¹⁴ S. Dusollier, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, Larcier, 2005, op. cit., n° 188 et suiv.

¹⁵ P-Y. Gautier, *Propriété Littéraire et Artistique*, PUF, Droit Fondamental, 5^{ème} éd., n° 194, p. 375-376.

¹⁶ Quoique le développement futur de la biométrie puisse sans doute y parvenir, sous réserve d'un autre arbitrage avec le respect de la vie privée.

en aval car ils n'ont pas non plus acheté le support d'enregistrement vierge. La cour estime pourtant que la copie et l'usage qui en est fait sont légitimes.

On peut cependant se demander, au regard de l'opacité relevée plus haut sur la nécessité préalable d'une acquisition, ce qu'il advient dans cette perspective de la génération suivante de copie. Si l'usage par le non copiste est légitime, au point même que le bénéficiaire se retrouve investi d'un nouveau support, ce dernier pourra à son tour copier pour un tiers, tout en conservant le plein usage de son propre exemplaire et ainsi de suite. La condition d'acquisition du support source n'étant pas requise, l'usage privé s'élargira de cercle de famille en cercle de famille. La perte économique pour l'ayant droit est indiscutable. La cour considère cependant qu'elle ne constitue pas un préjudice injustifié aux intérêts légitimes des titulaires notamment *parce qu'en acquérant le DVD, le copieur initial a, au moins pour partie, payé la rémunération destinée aux auteurs en contrepartie de l'éventuelle reproduction...* Il y a de quoi, sans doute, y perdre son latin.

On relèvera cependant que l'analyse large de l'exception de copie privée peut trouver une assise dans le libellé de l'article 5 paragraphe 2 b) de la directive du 22 mai 2001 qui établit que les Etats peuvent prévoir une exception ou limitation lorsqu'il s'agit de reproduction effectuée *sur tout support* par une personne physique *pour un usage privé*. Il y est donc expressément admis que l'usage privé peut être celui d'un tiers non copiste.

Mais cette référence au texte communautaire pose en réalité plus de difficultés qu'elle n'en résout. En premier lieu, elle laisse entendre, sur le fond, que l'exception de copie privée française doit s'aligner sur le libellé de la directive et qu'il est par conséquent logique d'admettre une exception plus large que celle qui figure dans le code de la propriété intellectuelle. Or, cette interprétation est éminemment discutable. Dans la mesure où la directive harmonise les droits exclusifs de manière exhaustive et n'établit qu'une faculté pour les Etats membres d'opter pour des exceptions, il semble raisonnable de penser que les Etats transposant le texte communautaire conservent la latitude de choisir des exceptions moins larges que celles qui figurent dans la directive. Le libellé du texte communautaire des exceptions constitue sans doute un plafond de dérogation au droit exclusif au-delà duquel les Etats membres ne sauraient aller sans violer leurs obligations vis-à-vis de Bruxelles mais elle ne devrait pas être considéré comme un plancher pour les exceptions en question, dans la mesure où rien n'interdit aux Etats membres de conserver des exceptions moins accueillantes.

Ce raisonnement de technique juridique¹⁷ peut sans doute être contrecarré par une lecture plus finaliste de la directive. Il est vrai que l'objectif d'harmonisation des exceptions au droit, déjà mis à mal par la longue liste de limitations facultatives, serait quelque peu ragaillardé par l'alignement des exceptions nationales sur le libellé du texte communautaire. Mais rien n'y oblige et les juges en développant une lecture « européenne » de la copie privée sont allés au-delà de leurs obligations d'allégeance.

En second lieu, le principe même du renvoi à la conformité avec la directive pose le problème plus épineux de la marge de manœuvre dont dispose le juge dans le maniement d'un texte communautaire, en l'absence de transposition. Sur fond de déficience législative, la cour d'appel s'investit d'un pouvoir qui dépasse largement le cadre habituel de l'interprétation judiciaire, et qui, partant n'est pas à l'abri de la critique.

II. Le juge affranchi ou l'embarras issu des absences législatives

Le législateur français louvoie depuis plusieurs années pour transposer la directive du 22 mai 2001. Comme de coutume, il bafoue les délais et laisse en suspens des questions qui étaient pourtant, à leur origine, frappées du sceau de l'urgence. De retard en atermoiement, il paye désormais le tribut de son inertie et se trouve en quelque sorte évincé par la cour d'appel. Les juges tentent en effet de suppléer cette carence par une interprétation hardie et une application élastique des textes tant nationaux qu'internationaux, ce qui est à l'origine de développements délicats. L'exercice est, en tout

¹⁷ V.-L. Benabou, « La transposition des directives en droit interne : l'exemple du droit d'auteur », *Légicom*, 2004, n° 30, p. 23 et suiv.

état de cause, salulaire car il oblige à s'interroger sur le rôle qu'il conviendra d'attribuer tant au juge qu'au législateur à l'occasion de la transposition.

Le test des trois étapes selon le juge

C'est un véritable morceau de bravoure que l'interprétation faite par la cour d'appel de la licéité de la copie privée, au regard du test des trois étapes. La première chose qui interpelle c'est que le juge se déclare compétent pour procéder à cette analyse. Lui-même y semble d'abord rétif. En effet, la cour d'appel ne manque pas de rappeler, fort à propos, que le test des trois étapes est d'abord l'affaire du législateur qui doit s'assurer depuis la convention de Berne, que les exceptions au droit de reproduction par lui consacrées constituent des cas spéciaux, ne contrarient pas l'exploitation normale de l'œuvre, ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes des ayants droit. Les magistrats approuvent d'ailleurs les plaignants quand ils font valoir que « *dans la mesure où le législateur avait admis l'exception [de copie privée] en 1957, il avait au préalable examiné si elle remplissait les conditions fixées par les traités internationaux dont la Convention de Berne en son article 9.2 et que le juge national n'avait pas à dire si ces conditions étaient remplies* ».

La distribution des rôles semble claire : il revient en principe au législateur et à lui seul d'apprécier, en amont, au moment de son édicition, la conformité de l'exception avec le test en trois étapes. Le juge est ensuite lié par cette analyse et n'a pas son mot à dire sur ce point. D'où vient alors que la décision de la cour d'appel se livre néanmoins à une étude approfondie de l'exception de copie privée au regard du test en trois étapes ?

Sur le fond, l'analyse est simple et conclut à la conformité : la copie privée est un cas spécial, comme l'avait déjà jugé le tribunal de première instance ; on l'a déjà vu, elle ne cause pas un préjudice injustifié aux intérêts légitimes des titulaires et ne constitue pas une atteinte illégitime à l'exploitation normale de l'œuvre. Surtout, la cour estime quant à l'exploitation normale, « *qu'il n'est pas expliqué en quoi l'existence d'une copie privée, qui, en son principe et en l'absence de dévoiement répréhensible, ne fait pas échec à une exploitation commerciale normale, caractérise l'atteinte légitime, ce d'autant plus qu'est prise en compte cette exigence de rentabilité par la fixation d'une rémunération en fonction de la qualité d'une reproduction numérique* ». Elle souligne encore qu'il n'y a pas obligatoirement de manque à gagner, « *l'impossibilité de réaliser une copie n'impliquant pas nécessairement pour le consommateur une nouvelle acquisition du même produit* » (sic). On n'entrera pas ici dans le débat¹⁸ mais force est de reconnaître que dès lors que la cour avait admis le principe d'une copie numérique, il était logique qu'elle analysât la copie privée comme conforme au test des trois étapes.

Ce qui est plus surprenant, c'est que la cour ait reconnu sa compétence pour se livrer à une telle appréciation alors même qu'elle semblait renvoyer ce rôle au législateur. Pour répondre, elle refuse même de poser une question préjudicielle à la cour de Justice sur ce point¹⁹, estimant qu'il n'existe pas d'ambiguïté dans les textes justifiant une telle démarche. Deux arguments sont susceptibles d'éclairer ce choix. En premier lieu, elle semble considérer que le triple test auquel il convient ici de se référer est celui qui figure dans la directive du 22 mai 2001 et non à celui de la convention de Berne. C'est dire que l'analyse au regard de l'article 9.2 de la Convention ne suffit pas à valider l'exception de copie privée et qu'il convient de la reprendre à l'aune de l'article 5 paragraphe 5 de la Directive. Une lecture contextuelle serait donc nécessaire en dépit de l'identité des formules. En second lieu, cette analyse ne pourrait être conduite que par le juge, en l'absence de transposition de la directive dans les temps, par le législateur.

Ainsi, c'est donc pour « tancer » le législateur que la cour accepte de procéder à l'examen de ce triple test qui serait sinon exclusivement revenu au parlement. On ne peut que se réjouir d'une telle position

¹⁸ Question oh combien passionnante, notamment sur ce point, v. Y. Gaubiac, J. Ginsburg, « L'avenir de la copie privée numérique en Europe », *Com. Com. Elec.* n° 1, 2000, p. 9 ; M. Ficsor, « Combien de quoi ? Les "trois conditions cumulatives" et leur application dans deux affaires récentes de règlement de différends dans le cadre de l'OMC », *R.I.D.A.* avril 2002, n° 192, p. 110 ; M. Senftleben, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test in International and RC Copyright Law*, Kluwer, La Haye, 2004, spec., p. 245 et suiv.

¹⁹ Reprenant non sans audace la théorie de l'acte clair longtemps utilisée par le Conseil d'Etat pour fonder son exclusivité d'interprétation des textes communautaires.

du juge tant il est souhaitable que l'analyse du triple test relève de la compétence unique du législateur au moment où il détermine la nature et la portée des exceptions. Force est pourtant d'admettre que le projet de transposition de la directive ne semble pas aller dans ce sens. En effet, en introduisant le triple test dans le code de la propriété intellectuelle, à la suite des exceptions légales, le législateur paraît induire qu'il appartiendra également au juge, au cas par cas, d'apprécier la légalité de l'exception au regard de ces trois étapes.

Or, confier cette mission au juge introduit un risque d'insécurité juridique ou de dérive judiciaire. Soit le tribunal s'en tient au cas d'espèce et sa solution, essentiellement fondée sur des considérations économiques spécifiques à l'instance, ne pourra pas avoir de vertu exemplaire, soit il entreprend des analyses générales par type d'exploitation, comme dans la présente affaire pour les DVD, et il risque de statuer *ultra petita*. Par ailleurs, l'utilisateur excipant du bénéfice d'une exception conformément à son expression légale, ne sera pas à l'abri de voir le juge invalider sa prétention en remettant en question in situ la légitimité même de l'exception. Or, il ne faut pas oublier que dans ce cas l'utilisateur qui, de bonne foi, pouvait se croire légitime deviendra *ipso jure* contrefacteur, ce qui n'est pas sans conséquence sur sa responsabilité pénale. A tout le moins, si le législateur persiste dans sa voie du « triple test à double sas » (législateur et juge), il devrait en limiter les répercussions sur le plan pénal²⁰. Le mieux serait encore que la voix sage du juge qui n'accepte la charge du triple test que pour suppléer le vide du législateur soit entendue.

L'insoutenable invocabilité de la directive

Une reprise en main législative est d'autant plus urgente que la cour illustre dans son arrêt les risques que cette compétence judiciaire « de secours » occasionne.

L'invocabilité même de la directive du 22 mai 2001 est sujette à caution. Certes, le délai de transposition est expiré mais la directive n'est pas transposée en droit interne. Or, la jurisprudence communautaire a toujours écarté l'invocabilité directe horizontale dans un litige entre particuliers²¹. Dans une telle configuration judiciaire, celui qui souhaiterait s'appuyer sur une prérogative consacrée par le texte communautaire ne peut pas le faire au détriment d'un autre individu qui continue à appliquer le droit interne. La faute en incombe alors à l'Etat qui est susceptible de voir sa responsabilité engagée en raison de l'absence de transposition mais le texte ne peut pas jouer entre les parties. Ainsi que le relève fort justement la cour, il ne lui est pas possible de remplacer le législateur qui n'a pas réalisé la transposition.

A défaut de disposition nationale, le juge ne peut pas assurer l'application de la protection juridique des mesures de protection technique. La cour d'appel estime, que dans ce cas, « *il ne ressortit pas au juge de se substituer au législateur pour déterminer les mesures de protection applicables, en l'état de la technique, à la copie privée opérée à partir d'un support numérique vers un autre support numérique*. Elle juge ainsi que l'article 6 paragraphe 4 § 2 qui n'est qu'une faculté n'a pas de caractère obligatoire et que « *son contenu ne s'impose pas aux juridictions nationales dès lors que la loi ne comporte pas de disposition semblable* ».

A supposer d'ailleurs que le cadre du litige soit « vertical », l'application de certains articles de la directive n'aurait pas été possible, à défaut d'effet direct. L'applicabilité directe suppose que les articles invoqués soient clairs, précis et inconditionnels. A supposer que les articles 5. 2 b), 5.5 et 6.4 apparaissent clairs, il est difficile de défendre qu'ils sont inconditionnels. L'introduction ou la conservation de l'exception étant du ressort de l'option laissée ouverte à l'Etat membre, celui-ci dispose d'une marge de manœuvre dans sa mise en œuvre. Que dire de l'article 6.4 qui laisse notamment ouverts la détermination des mesures appropriées pour faire respecter les mesures de protection technique et le choix d'élire la copie privée au titre des exceptions maintenues (article 6.4 §2) ?

²⁰ L'incertitude juridique entourant la qualité de contrefacteur n'est-elle pas de nature à bouleverser le principe de la légalité des incriminations et des peines ?

²¹ CJCE 13 novembre 1990, Marleasing, eff. 106/89, Rec. I-41325 ; JCP, éd. G 1991, II, 21658, note P. Level.

Reste la possibilité pour la cour, afin de sortir de l'impasse de la non invocabilité, de recourir à la technique de l'interprétation conforme²² permettant d'éclairer la lecture du texte national à la lumière du texte communautaire. Mais l'exercice connaît des limites et ne saurait jamais conduire à une invocabilité d'éviction ou de substitution.

Ce raisonnement est appliqué au sujet de l'exception de copie privée et de son interprétation possible au regard de l'article 5 paragraphe 2 b) et de l'article 5 paragraphe 5 de la directive. Mais la logique de l'interprétation conforme n'est pas menée à son terme car la cour ne se livre pas à une comparaison exhaustive du libellé de la disposition nationale au regard de son double communautaire. L'exercice est périlleux et la cour ne manque pas d'y laisser quelques plumes en allant au-delà et en deçà de ce que la technique d'interprétation permettait de faire.

Au-delà, car comme on l'a vu, le rapprochement des deux dispositions conduit la cour à privilégier une lecture pour le moins étendue de la notion d'usage privé, lecture que la technique de l'interprétation conforme était loin de commander. En deçà, lorsque la cour omet de se livrer à l'analyse de la conformité de la législation française avec la condition de rémunération équitable. En effet, l'article 5 paragraphe 2 b) subordonne le jeu de l'exception à la condition que les titulaires reçoivent une compensation équitable « *qui prend en compte l'application ou la non-application des mesures techniques visées à l'article 6 aux œuvres concernées* ». Par conséquent, la légalité de l'exception de copie privée, en droit communautaire, dépend de la prise en considération des mesures de protection technique dans le calcul de la rémunération. C'est dire qu'il était peut-être prématuré de conclure à la conformité de l'exception de copie privée avec le droit communautaire tant que l'article 6 n'a pas été transposé et que la prudence affichée au sujet des protections techniques aurait pu être appliquée au mécanisme même de la copie privée.

Beaucoup de bruit pour rien ?

Mais la cour se devait d'être pragmatique et sa solution « *en l'état du droit interne applicable* » tient du pis-aller. Puisque le législateur français n'a pas encore pris la précaution d'instaurer une protection juridique des mesures de protection technique, le juge national ne peut que constater l'existence effective d'une exception de copie privée dont le libre exercice est entravé par des verrous « de fait ». Ce comportement de blocage d'accès est dès lors considéré comme « fautif » de la part de ceux qui ont posé ces verrous.

Sauf à discuter l'étendue de l'exception de copie privée révélée par la cour, il n'y a rien là que de très logique. Il n'appartient pas au juge, dans le cadre de cette saisine, d'anticiper sur la transposition et de trancher un litige entre deux « intérêts » dont l'un n'est pas invocable, à défaut de base légale. Selon une telle approche, la décision ne ferait que refléter l'état instable du droit. La transposition de la directive et l'entrée obligatoire de l'article 6 dans le champ légal renverseraient la situation, les poseurs de verrous étant alors investis d'un droit directement invocable à contrôler l'accès et la copie de l'œuvre selon le dispositif national.

Pourtant, on ne peut s'empêcher de penser que la cour a entendu rendre une décision symbolique dont la portée dans le temps ne serait pas que conjoncturelle. Plusieurs indices en témoignent.

Tout d'abord, elle a souhaité inscrire dans la durée sa solution, en imposant au titre de l'article L. 111-1 du code de la consommation un devoir d'information à la charge des « verrouilleurs » sur les restrictions d'utilisation ou caractéristiques essentielles du bien ou service fourni. Partant du constat selon lequel « *il n'y rien d'illégitime à ce que l'acquéreur d'un support pense, lorsqu'il acquiert un support DVD qu'il peut être reproduit pour un usage privé.* », elle franchit allégrement le pas nécessaire à déclencher le seuil de l'information en estimant que « *la faculté de copie privée est une des caractéristiques essentielles du support en cause* ». Une telle qualification n'est pas de nature à être inversée par le jeu de la transposition. L'obligation d'information sur la caractéristique essentielle de la reproductibilité du bien demeurera au-delà de la légalisation des dispositifs techniques. Le consommateur, susceptible d'être dissuadé d'acquérir à défaut d'une possibilité de copie, doit être

²² CJCE 10 avril 1984 Von Colson et Kamann, aff. 14/83, Rec. 1891.

exactement mis au courant de ces mesures d'empêchement. Cette obligation ne saurait être remplie par la simple mention « CP » (pour « Copie Prohibée ») insuffisamment claire qui pourrait tout aussi bien signifier « Copie Privée » voire « C'est Permis » ;-).

On notera, à nouveau, le caractère très critiquable du raisonnement adopté par la cour quant à la corrélation entre droit à la copie et acquisition du support, ici poussé à son paroxysme dans la mesure où la faculté de copier est érigé au rang de caractère essentiel du support source. Une telle analyse bafoue l'article L.111-3 CPI en ignorant la frontière entre propriété matérielle et propriété immatérielle²³. Le fait d'être « propriétaire » du support d'enregistrement ne devrait pas plus conférer de droit de copie publique que de droit de copie privée. S'il est un droit de copie, il appartient au titulaire du droit d'auteur ou des droits voisins²⁴, et la liberté de copier ne trouve pas sa source dans le droit de propriété du support.

Le second indice qui incline à penser que les juges ont voulu édifier les esprits pour longtemps tient à la portée de la décision. Non seulement, ils accueillent la réclamation du consommateur brimé mais encore celle de l'association de consommateurs qui intervient à l'instance. Quand son intérêt individuel conduit à le dédommager de 100 euros, UFC, qui agit dans l'intérêt collectif des consommateurs, obtient 1000 euros au titre du préjudice subi... Le blocage technique de la copie n'est donc pas la seule affaire de l'individu, elle concerne également un intérêt collectif. Là encore, cette approche double des intérêts – individuel et collectif – mise en exergue par la cour fait pencher en faveur de la qualification de droit subjectif... Elle laisse par ailleurs la porte ouverte à une recevabilité des organismes de défense de consommateurs, ce qui laisse augurer de sérieuses batailles judiciaires²⁵.

En outre, elle fait interdiction aux plaignantes d'utiliser une mesure de protection technique incompatible « sur le DVD de Mulholland Drive ». La formule est ambiguë. Une lecture orthodoxe devrait conduire à considérer que l'interdiction ne porte que sur l'exemplaire du DVD de monsieur P puisqu'il s'agissait de trancher son cas particulier. Mais il peut tout à fait être défendu que l'interdiction vise généralement l'ensemble des DVD de ce film produit et diffusé par les plaignants. La solution serait juridiquement critiquable du point de vue de l'autorité de la chose jugée mais elle ne serait pas totalement incohérente avec la recevabilité pour agir de l'association de défense des consommateurs et la reconnaissance d'un intérêt collectif. La question était en germe à propos de l'autorité des décisions du futur collège des médiateurs chargés par le projet de loi de transposition de réaliser les arbitrages nécessaires entre mesures de protection technique et bénéfice des exceptions. Elle trouve là un terrain d'expérimentation qui ne manquera pas de susciter notamment la réflexion sur l'opposabilité aux tiers de ces décisions.

La dernière indication qui recèle la volonté des juges de rendre une décision de principe tient à la conception de la copie privée qui s'y fait jour. En effet, s'ils avaient adopté la conception de la « copie privée - tolérance », les juges auraient tout à fait pu admettre le jeu des mesures de protection technique, non sur le fondement spécial de l'article 6 de la directive mais sur le simple jeu du droit exclusif du titulaire, retrouvant par l'outil un plein contrôle sur la destination. Ainsi interprété, le verrou n'aurait pas pu constituer une faute mais aurait été la conséquence pratique du monopole. En refusant une telle approche et en renvoyant à l'introduction future d'une disposition particulière, les juges ont clairement voulu affirmer la nécessité d'un fondement *ad hoc* justifiant la mise en œuvre de mesures anti-contournement.

²³ Pour une opinion favorable à un gisement de droit de reproduction dans la propriété du support, F. Zenati, Du droit de reproduire les biens, *D.* 2004, doct., p. 962.

²⁴ - En ce sens également, F. Sardain, Le public, le consommateur et les mesures techniques de protection des œuvres, *Com. com. électr.* 2004, étude 12, p. 15, n° 4 et note 9.

²⁵ V. Emmanuel Torregano, Copie privée de DVD : haro sur six majors de l'édition vidéo, *Le Figaro*, 23 mai 2005, et le site internet class action qui articule une action collective reprenant l'analyse de la cour d'appel dans l'arrêt présentement commenté, <<http://www.classaction.fr/>>. Voir également, CA Versailles 15 avril 2005, : *Juriscom.net*, <<http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=692>> dans laquelle les juges accueillent la recevabilité pour agir de l'association de consommateur en intervenant au côté d'un individu, et son préjudice pour restriction d'usage sur le fondement de l'article L. 421-1 Code de la consommation et à hauteur de 10 000 euros.

Mais en faisant prévaloir la copie contre le pouvoir de contrôle du titulaire fondé sur son droit exclusif, la cour d'appel fournit également une éventuelle grille de lecture pour l'après-transposition. On n'ignore pas que le projet de loi retient la possibilité offerte par la directive de prendre des mesures appropriées pour « garantir » le respect de la copie privée en présence de mesures de protection technique. Eu égard à la force conférée dans la présente décision à l'exception de copie privée, il est loisible de penser que les juges auront à l'avenir à cœur d'assurer son maintien en se fondant sur une lecture *a fortiori* du dispositif nouveau. Si le plein exercice du droit exclusif assorti de mesures de protection technique ne justifie pas qu'il soit apporté une dérogation à l'exception de copie privée, a fortiori cette limitation ne saurait être envisagée alors qu'une disposition légale proclamera précisément la prévalence du « droit à la copie ». Si ce pouvoir de barrage est refusé à l'auteur au titre de son monopole, a fortiori devrait-il en être de même s'agissant d'intermédiaires : producteurs, simples distributeurs, voire inventeurs de solutions techniques.

Vertigineuse par la profondeur de ses analyses cette décision est indubitablement en quête d'un nouvel équilibre entre intérêt du titulaire et intérêt de l'utilisateur. La position adoptée aujourd'hui est frappée de la précarité issue de l'état de la loi. Quelle que soit sa pérennité, la cour aura, à tout le moins, contribué à poser publiquement les jalons d'un vrai débat sur une question explosive.

V.-L. B.