

Les dangers de l'application judiciaire du triple test à la copie privée¹

A propos de la vénéneuse décision de la Cour de Cassation dans l'affaire « Mulholland Drive »

Par Valérie-Laure BENABOU

Professeuse à l'Université de Versailles Saint Quentin

Directrice du laboratoire DANTE (Droit des Affaires et Nouvelles Technologies)

Introduction

De vertigineuse à vénéneuse, les décisions judiciaires se succèdent, dans la désormais célèbre affaire *Mulholland Drive*, à un rythme frénétique qui traduit la volonté des juges d'en découdre au moment où s'annonce enfin la transposition de la directive droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information (DADVSI). Entre la décision du Tribunal de Grande Instance de Paris du 30 avril 2004², l'arrêt infirmatif de la Cour d'appel de Paris du 22 avril 2005³ et la cassation⁴, moins de deux ans se sont écoulés. La Cour de cassation a entendu faire porter sa voix très haut à un moment stratégique du débat sur l'avenir de la copie privée face aux mesures de protection techniques.

Les faits sont simples : Monsieur P., qui avait souhaité copier le DVD du film de David Lynch qu'il avait acquis, sur une cassette vidéo, afin de la lire avec ses parents dépourvus de lecteur DVD, en avait été empêché par une mesure de protection technique. Il avait alors saisi une association de consommateurs et, avec elle, avait contesté l'entrave à l'exercice de ce qu'il revendiquait être son « *droit à la copie privée* » par lesdites mesures. Devant les juges de première instance sa prétention avait été rejetée, mais devant la Cour d'appel, au terme d'une décision longue et sinueuse⁵, les juges avaient conclu non à un droit à la copie privée – formellement refusé – mais à l'impossibilité pour les producteurs d'empêcher ce type de copie et avaient imposé à ces derniers de retirer les dispositifs litigieux.

Face à une carence législative coupable⁶, les magistrats ont apporté leur vision de la résolution du conflit par une solution courte niant, à l'instar des décisions de première instance ou d'appel, tout « *droit à la copie* » privée et poussant le raisonnement jusqu'à la remise en cause du principe même d'une copie privée à l'ère numérique. Les juges suprêmes se sont concentrés sur l'appréciation du triple test face à la

¹ Cet article fera l'objet d'une publication plus développée dans le prochain numéro de *Légipresse*.

² TGI Paris, 3^e ch., 2^e sect., 30 avril 2004 : *Juriscom.net*, <<http://www.juriscom.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.

³ CA Paris, 4^e chambre - Section B, 22 avril 2005 : *Juriscom.net*, <<http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=685>> ; A. Lucas et P. Sirinelli, *Propriétés Intellectuelles*, juillet 2005, n°16, p. 340 ; C. Geiger, 28 septembre 2005, *JCP éd. G*, II 10126 ; M. Vivant, G. Vercken, Copie privée et mesures techniques : un équilibre encore à trouver, *Légipresse*, décembre 2005, pp. III 233- III 246 ; C. Caron, *Com. Com. Elec.*, juin 2005, chronique 98 ; A. Kerever, *RIDA*, janvier 2006, n° 207, p. 285 et suiv. ; S. Dusollier, Le droit à la copie privée : le débat est-il clos ? *R.D.T.I.*, 2005, n° 23, P. 57.

⁴ Cass 1 civ, 28 février 2006 : *Juriscom.net*, <<http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=799>>.

⁵ V. entre autres, notre commentaire, Les routes vertigineuses de la copie privée au pays des protections techniques... A propos de l'arrêt *Mulholland Drive*, *Juriscom.net* ; 30 mai 2005, <<http://www.juriscom.net/uni/visu.php?ID=703>>.

⁶ La date limite de transposition de la directive était - faut-il le rappeler ? - le 22 décembre 2002. Une procédure en manquement d'Etat a déjà conduit à une condamnation de la France : CJCE, 27 janvier 2005, aff. C-59/04, JOCE C 71 du 20 mars 2004.

copie numérique d'une œuvre inscrite sur un DVD. L'appréciation de la licéité des mesures de protection techniques entravant cette copie apparaît même secondaire.

Or, cette solution est, à bien des égards, dérangeante. En se livrant à une analyse discutable du triple test, la Cour procède à une lecture très orientée de la copie privée numérique, anticipant sur des options qui relèveront peut-être de la loi future mais qui semblent difficilement conciliables avec l'état du droit positif. La décision rendue trouble encore car elle exprime la difficulté de manier le triple test au sein de la relation qu'entretiennent loi et jurisprudence dans le double contexte d'une transposition de directive tardive et d'une aspiration à la massification de la portée de certaines décisions de justice (I).

La copie privée ne sort pas indemne de la décision de la Cour de cassation. Les juges, en cassant l'arrêt d'appel par un attendu dont la généralité surprend, estiment que « *l'exception de copie privée prévue aux articles L. 122-5 et L. 211-3 du Code de la propriété intellectuelle, tels qu'ils doivent être interprétés à la lumière de la directive européenne susvisée, ne peut faire obstacle à l'insertion dans les supports sur lesquels est reproduite une œuvre protégée, de mesures techniques de protection destinées à empêcher la copie, lorsque celle-ci aurait pour effet de porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre, laquelle doit s'apprécier en tenant compte de l'incidence économique qu'une telle copie peut avoir dans le contexte de l'environnement numérique.* » D'après la Cour, et ceci donc quelle que soit l'œuvre en question et quel que soit le support qui la véhicule, il est loisible d'empêcher techniquement la réalisation d'une copie privée dès lors que cette reproduction est *susceptible* de porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre. Une telle interprétation met de l'eau au moulin de ceux qui aspirent à la disparition de la copie privée dans le monde digital. (II).

I. L'application judiciaire du triple test

L'application du triple test par les juges conduit ces derniers à intervenir en tant que législateurs d'appoint dans la définition du périmètre des exceptions et du droit exclusif. Si les circonstances de carence manifeste de la loi permettent de comprendre cette posture judiciaire conquérante (1.), une telle attitude questionne toutefois quant à l'opportunité de placer cet instrument dans les mains du juge (2.).

1. Une application directe techniquement possible ?

Afin de parvenir à la conclusion selon laquelle la copie privée doit s'apprécier au regard du paysage de la distribution numérique, l'arrêt convoque le triple test et s'aventure dans une ébauche d'analyse économique. Ce triple test⁷, instauré par la conférence de Stockholm révisant la Convention de Berne en 1967, constitue initialement un instrument international de « cantonnement » des exceptions et limitations au droit exclusif de l'auteur visant à s'assurer que les législations nationales des Etats parties n'introduisent ni ne maintiennent des dérogations qui seraient par trop attentatoires aux intérêts économiques de l'auteur. A cet effet, l'article 9 paragraphe 2 de la Convention de Berne stipule qu'est réservée aux législations des pays de l'Union « *la faculté de permettre la reproduction des œuvres littéraires et artistiques dans certains cas spéciaux, pourvu qu'une telle reproduction ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur.* »

Ce système a été ultérieurement repris dans d'autres textes internationaux, tels les accords ADPIC (article 13), le traité OMPI sur le droit d'auteur du 20 décembre 1996 (article 10), le traité OMPI du même jour sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (article 16). Enfin, il est inséré dans la directive DADVSI du 22 mai 2001 en son article 5 paragraphe 5⁸. Bien que les termes de ce test soient approximativement les mêmes, on peut néanmoins déceler des différences. Alors que le triple test était

⁷ Sur le triple test, sa genèse et ses développements, v. la thèse de Martin Senftleben, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test*, Kluwer, The Hague, 2004.

⁸ Directive du 22 mai 2001, Droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information, article 5.5 : « *Les exceptions et limitations prévues aux paragraphes 1, 2, 3 et 4 ne sont applicables que dans certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ou autre objet protégé ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire de droit.* »

initialement circonscrit aux seules limitations et exceptions appliquées au droit de reproduction, il a été élargi aux autres droits exclusifs dans les textes ultérieurs. Surtout, alors qu'il était réservé à la défense des intérêts légitimes de l'auteur dans la convention de Berne, il vise à préserver ceux du « détenteur » de droits dans les accords ADPIC – et donc du cessionnaire – et, plus généralement, de l'ensemble des « titulaires de droits » dans la directive de 2001.

C'est ici au visa de l'article 9 paragraphe 2 de la convention de Berne et en invoquant le principe d'interprétation conforme de la directive de 2001 que la Cour de cassation applique la logique du triple test à l'hypothèse qui lui était soumise. Il est néanmoins loisible de s'interroger sur le bien-fondé d'une telle application directe du triple test par les juges. En effet, dans la philosophie de la Convention de Berne, cette disposition s'adressait aux Etats⁹ et s'apparentait à une jauge *ex ante* de l'adoption ou du maintien d'une exception dans la législation sur le droit d'auteur et n'apparaissait pas destinée à ce que le juge réalisât *in concreto* une pesée de la dérogation portée au droit exclusif. Il semble d'ailleurs que les juges français appliquent ici pour la première fois l'article 9 paragraphe 2 de la Convention de Berne et, ce, sans caractériser un élément d'extranéité qui, en principe, doit présider à l'application d'une convention internationale.

La Cour d'appel, dans sa décision, invoquait, quant à elle, le triple test de l'article 5 paragraphe 5 de la directive par préférence à la disposition de la Convention de Berne. Après avoir rappelé les limites théoriques de leur compétence, les juges s'étaient néanmoins autorisés à l'utiliser au nom du principe de l'interprétation conforme. Or, si la jurisprudence communautaire n'est pas totalement hostile à ce que les magistrats interprètent la loi nationale conformément à la directive dans le cadre d'un contentieux privé¹⁰, elle estime cependant qu'une telle interprétation ne peut conduire à aggraver des sanctions pénales susceptibles d'être appliquées aux auteurs des infractions des dispositions des directives non transposées¹¹. Pourtant, c'est bien à une telle issue que l'application du triple test est susceptible de conduire ici dans la mesure où le comportement qui viole le mécanisme est pénalement répréhensible en tant qu'acte de contrefaçon.

Il est vrai que dans la directive, le triple test n'occupe plus la fonction assignée de cantonnement des dérogations nationales au droit exclusif, celle-ci étant déjà assurée par le caractère limitatif de la liste d'exceptions harmonisées. Dans la mesure où les Etats membres ne peuvent sortir des exceptions identifiées à l'article 5 de la directive, le triple test devient principalement un instrument « d'ajustage » de l'exception, incitant le législateur, mais aussi pourquoi pas le juge, à préciser le régime de la limitation au vu de l'impact économique de l'usage. Rien n'interdit donc de désigner le juge comme ultime destinataire du triple test. Toutefois l'application judiciaire du triple test n'apparaît pas souhaitable en raison du caractère contingent de la jurisprudence même, alors que la définition des limites du droit exclusif appelle, selon nous, une réponse légale.

2. Une application judiciaire inopportune

L'appréciation *in concreto* du triple test en fonction de l'impact économique *a posteriori* de l'usage visé par l'exception peut s'avérer extrêmement déstabilisante pour l'utilisateur, pour le titulaire mais encore aussi pour le juge. Non seulement une telle compétence conduit à doubler le triple test par le législateur et par le juge, ce qui risque de réduire d'autant les exceptions éligibles en raison de la sévérité du tri, mais encore elle induit des incertitudes juridiques majeures dans le chef des utilisateurs et des ayants droit.

Le risque d'une application judiciaire du test est clair pour l'utilisateur. Incapable de prévoir le sort de l'exploitation de l'œuvre reproduite ou représentée au moment où il l'utilise, il s'expose, à travers une appréciation économique *ex post*, à subir les foudres de la contrefaçon. Or, quelle conscience de nuire à

⁹ Martin Senftleben évoque la double fonction du triple test : un contrôle direct des limitations issu de la convention de Berne et la fonction de sauvegarde additionnelle issue des ADPIC ou du traité OMPI de décembre 1996 (art. 10 paragraphe 2), *op. cit.*, p. 119 et suiv.

¹⁰ V. notre commentaire.

¹¹ CJCE 26 septembre 1996 Procédure pénale c/ Luigi Arcaro.

l'exploitation normale ou aux intérêts légitimes de l'auteur peut avoir le copiste privé qui opère, comme dans le cas d'espèce, une migration de support d'une technologie moderne vers une technologie plus ancienne ? Comment l'utilisateur peut-il mesurer en son âme et conscience l'impact économique dévastateur de « sa » copie ? Par ailleurs, dans la mesure où le triple test a vocation à éclairer l'ensemble des exceptions, la copie privée n'est pas la seule visée. Viendra-t-on aussi reprocher *a posteriori* à un journal d'avoir réalisé une revue de presse au motif que les ventes du quotidien cité n'ont pas été à la hauteur des prévisions.... La tentation sera grande de renoncer à un exercice libre de ces usages et de demander systématiquement l'autorisation au titulaire. En fin de compte, l'utilisateur prudent contribuera spontanément à la reconstitution d'un droit exclusif total, les exceptions étant devenues effectivement factices.

Le risque de l'application judiciaire du triple test existe également pour le titulaire. Certains auteurs de doctrine défendent en effet l'idée que ce mécanisme est susceptible de servir à initier de nouvelles exceptions ; qu'il peut en quelque sorte constituer une espèce de modèle de *fair use*. Dans cette hypothèse, tout usage - visé ou non par la loi - qui ne porterait pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre et qui ne causerait pas un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur serait toléré. Le libellé des exceptions perdrait alors tout son sel puisque des usages non prévus seraient susceptibles de déroger au droit exclusif¹². Pour le titulaire, tout tournera également autour de la charge de la preuve. Or la démonstration des conditions du test peut s'avérer délicate dans la mesure où elle amène le titulaire à révéler des éléments financiers sur son exploitation qu'il ne souhaite pas nécessairement communiquer publiquement. Le triple test peut donc, d'un point de vue pratique, devenir une impasse pour le titulaire en raison des difficultés probatoires.

Difficile à actionner pour le titulaire qui s'en prévaut, malaisé à anticiper pour l'utilisateur qui souhaite rester dans les limites de la légalité, le triple test oblige de surcroît le juge à un bien curieux exercice d'analyse économique abstraite. La Cour de cassation se met, en effet, dans la délicate posture de renvoyer aux juges d'appel l'appréciation de la copie privée « *au regard des risques inhérents au nouvel environnement numérique quant à la sauvegarde des droits d'auteur et de l'importance économique que l'exploitation de l'œuvre, sous forme de DVD, représente pour l'amortissement des coûts de production cinématographique.* »

Sous une telle formulation générale sourd la tentation d'un arrêt de règlement comme elle pointait, déjà, dans l'arrêt de la Cour d'appel. Les juges de Paris avaient conclu à l'incompatibilité des mesures de protection techniques avec la libre copie privée et avaient, à ce titre, interdit aux titulaires d'utiliser une telle mesure sur « *le* » DVD de *Mulholland Drive*¹³. Le contentieux relatif à la mise en œuvre des mesures de protection techniques obéit intrinsèquement à une logique consumériste¹⁴.

Au fond, la solution rendue par la Haute juridiction mettra sans doute un bémol à un tel engouement dans la mesure où son analyse semble « verrouiller » l'existence de la copie privée dans l'univers digital et, est par contrecoup, susceptible de dissuader les utilisateurs d'intenter de telles actions de groupe. Toutefois, au plan des principes, la Cour de cassation, en reprenant le triple test à son compte contribue à son tour à généraliser l'appréciation de ses conditions d'application. Elle flirte ainsi avec les lignes rouges de l'autorité de la chose jugée pour décider *in abstracto* de l'admission ou non de la copie privée à l'ère du numérique et des mesures de protection techniques. Si le juge doit se livrer à une analyse économique

¹² Une telle lecture extensive du triple test pourrait notamment s'appuyer sur la Déclaration commune de la CE, JOCE L. 89 du 11 avril 2000 sous article 10 du Traité OMP.

¹³ Il était alors loisible de s'interroger sur la portée de la décision ; s'agissait-il de refuser ces verrous sur *le* DVD du plaignant ou plus généralement de les écarter de *tout* DVD dudit film ?

¹⁴ Ainsi, la Cour d'appel de Versailles, dans son arrêt du 15 avril 2005, <<http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=692>>, s'agissant des mesures de protection techniques affectées d'un éventuel vice caché, avait conclu à l'existence d'un préjudice collectif né de l'insuffisance d'informations relatives aux conditions de lecture du CD (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) ; v. E. 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, <<http://www.classaction.fr>>.

d'ensemble de l'impact d'une exception sur un mode d'exploitation d'une œuvre, il risque d'en déduire une solution générale, statuant *ultra petita* et excédant le cadre de sa saisine. Une telle issue est-elle souhaitable à l'heure où la réflexion n'a pas encore abouti quant à l'opportunité d'introduire en droit français des *class actions*¹⁵?

La voie empruntée par la Cour de cassation pose aussi de sérieuses difficultés d'application notamment pour le juge de renvoi. Censurée pour n'avoir pas assez pris en considération l'exploitation normale de l'œuvre dans son appréciation de la copie privée, la Cour d'appel, autrement composée, devra revoir son analyse au regard de facteurs dont la généralité étonne¹⁶. On serait tenté de croire que la Cour de cassation conseille aux juges du fond d'interdire la copie privée numérique des DVD de films cinématographiques, en raison des risques pour l'amortissement des coûts de production ces derniers et surtout sans se limiter à l'impact économique de la simple copie privée réalisée par l'individu partie au procès. L'appréciation est tout à la fois générale et spéculative. Outre qu'elle raisonne en ce domaine plus par affirmation que par démonstration, elle s'octroie ainsi un pouvoir de révision des exceptions légales qui semble excéder de beaucoup son rôle d'interprète.

II. La régulation économique du périmètre du droit exclusif et de la copie privée

L'appréciation faite par la Cour de la copie privée de DVD au regard de considérations économiques laisse perplexe. Cet arrêt laisse la porte ouverte à une appréciation extrêmement aléatoire des exceptions légales et, indirectement, du droit exclusif lui-même (1.). Ainsi que l'avaient déjà relevé certains commentateurs¹⁷, l'affaire *Mulholland Drive* n'a pas en principe pour objet de se pencher sur la licéité des mesures de protection techniques¹⁸. Néanmoins, une lecture subversive de la décision du 28 février 2006 autorise à s'interroger sur une éventuelle influence du triple test sur la légitimité de telles mesures, ce qui relevant d'un curieux mélange des genres¹⁹, serait inédit (2.).

1. Le triple test, élément de détermination du droit exclusif

L'appréciation du triple test, intégrée par les juges, comme par le projet de loi, dans la définition même des exceptions conduit *in concreto* à en supprimer le bénéfice si l'analyse économique démontre que sa mise en œuvre réalise une *atteinte à l'exploitation normale* de l'œuvre. C'est la conclusion à laquelle aboutit la Cour de cassation en se livrant à une relecture de l'article L. 122-5 du Code de la Propriété Intellectuelle qui en contrarie la lettre même.

En effet, à rebours du libellé actuel qui dispose que « *lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire... les copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste* », la Cour estime que « *l'exception de copie privée (...) ne peut faire obstacle à l'insertion dans les supports sur lesquels est reproduite une œuvre protégée de mesures techniques de protection destinées à en empêcher la copie* ». En d'autres termes, alors que le code considère qu'il est « interdit d'interdire » l'exception, posant ainsi de claires limites au droit exclusif, l'interprétation des juges de cassation conduit, inversement, à considérer que l'exception ne peut empêcher d'interdire. Par cette formulation, les juges élargissent le périmètre du droit exclusif en passant d'une logique de liberté à un régime de contrôle des usages légaux.

¹⁵ V., notamment, le Rapport d'information de monsieur le Sénateur Jean-Jacques Hyst, du 14 mars 2006 : *Senat.fr*, <<http://www.senat.fr/rap/r05-249/r05-2490.html>>.

¹⁶ Ainsi que l'affirme le communiqué publié sur le site de la Cour de cassation à propos de l'arrêt, « *ce sont donc ces risques inhérents au nouvel environnement numérique et non la simple utilisation de la copie qui en est faite concrètement, qui doivent être pris en compte. Le litige (...) devra être rejugé en considération du principe et de la méthode ainsi définis par la Cour de cassation.* »

¹⁷ Notamment, M. Vivant, G. Vercken, *Légipresse*, décembre 2005, commentaire de la décision de la Cour d'appel précitée.

¹⁸ Même si une de ses principales répercussions pratiques a trait à leur maintien ou leur suppression face à la revendication du jeu de l'exception.

¹⁹ A. Lucas et P. Sirinelli, *Propriétés Intellectuelles précité*, ont dénoncé la confusion des genres : mélanger la légitimité de la copie privée au regard du triple test et le contrôle de l'exercice de cette exception par le biais des mesures de protection techniques.

Ainsi, l'application judiciaire de ce triple test fait que le comportement de l'utilisateur qui peut, en tant que tel, répondre aux conditions légales de l'exception (copie à usage privée du copiste, etc.) sera néanmoins susceptible d'être réprimé par le juge et interdit par le titulaire, si le jeu de cette exception occasionne un préjudice économique à ce dernier.

Avec le triple test, le curseur de la légalité ne réside plus seulement dans l'analyse des conditions objectives de jouissance des exceptions abstraitement formulées ; il dépend de l'analyse économique du marché de l'exploitation primaire du titulaire et du « marché de l'exception ». On glisse subrepticement du Droit à la régulation.

A cet égard, on peut relever que l'appréciation réalisée par la Cour de cassation s'agissant de la copie privée numérique désavoue de façon cinglante l'analyse pourtant fouillée menée par la Cour d'appel qui avait fondé sa décision au vu du principe juridique selon lequel le juge n'a pas à distinguer là où la loi ne distingue pas. La Cour suprême semble, à l'inverse, estimer qu'une telle appréciation est avant tout de nature économique et que les données de l'environnement numérique amènent à reconsidérer la licéité même de cette pratique.

Or, on aurait pu considérer qu'en France, l'imputation d'une redevance pour copie privée sur les supports numériques de copie manifeste précisément l'équilibre économique établi par le législateur intégrant en amont le respect du triple test. L'absence de restriction légale à la copie privée audiovisuelle dans la loi fait en quelque sorte présumer que l'exploitation normale de l'œuvre cinématographique n'est pas atteinte par la copie numérique. A l'inverse de ce qui s'observe pour le logiciel, l'œuvre cinématographique s'amortit sur plusieurs marchés et son exploitation normale n'est donc pas nécessairement rompue par la copie privée du DVD qui n'intervient que sur un des marchés possibles, dans la mesure où de surcroît cette reproduction est compensée par le paiement d'une redevance consacrée explicitement par la loi du 17 juillet 2001.

Pourtant, on se souvient du malaise de la Cour d'appel à propos de cette rémunération compensatrice. Les juges avaient ainsi retenu de manière saugrenue que l'acquisition du support d'origine par le copiste constituait un élément déterminant de l'économie du droit d'auteur et contribuait à liciter la copie. On avait déjà dans ces colonnes, critiqué cette approche, en contradiction avec la lettre de l'article L. 122-5 du Code de la Propriété Intellectuelle qui n'a jamais requis que le copiste soit préalablement acquéreur d'un premier support de l'œuvre objet de la copie²⁰. Du point de vue de la balance des intérêts sociaux, cette condition semble totalement excessive ; de tout temps, la « copie-bibliothèque » a permis d'éviter l'acquisition du support. Elle néglige la dimension d'accès au contenu de l'œuvre que garantit la copie privée²¹ pour ne retenir que son aspect récréatif - la « copie maison de campagne » - ou convivial - la « copie-copain ». Néanmoins, du point de vue économique, l'exigence d'acquisition préalable du support n'est pas dépourvue de sens : elle serait de nature à court-circuiter tout reproche quant à l'atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre et c'est sans doute pourquoi la Cour d'appel l'a consacrée. Mais l'exemple illustre assez que le triple test amène à une réécriture insidieuse des conditions d'exercice des exceptions.

Pour la Cour de cassation, envisager la compatibilité de la copie privée avec le triple test suppose de surcroît de « *l'apprécier au regard des risques inhérents au nouvel environnement numérique quant à la sauvegarde des droits d'auteur et de l'importance économique que l'exploitation de l'œuvre, sous forme de DVD, représente pour l'amortissement des coûts de production* ». La généralité des termes employés désoriente le lecteur de la décision et peut-être, avec lui, le juge de renvoi à qui revient la tâche ingrate de leur donner un sens²². Or les questions suscitées par l'arrêt sont légion.

²⁰ V. notre commentaire précité de l'arrêt de la Cour d'appel.

²¹ Sur cette dimension, qui commande une distinction entre l'amateur qui accède à l'œuvre et le consommateur qui utilise le support, v. le très bel article de Ph. Gaudrat, F. Sardain, De la copie privée (et du cercle de famille) ou des limites au droit d'auteur, *Com. Com. Elec.*, novembre 2005, p. 6-16.

²² Le juge du fond serait-il plus inspiré de porter le regard vers l'interprétation faite du triple test par le panel de l'OMC ? Rien n'est moins certain, notamment au regard de l'appréciation tautologique de la notion d'exploitation

Comment le juge devra-t-il prendre en considération des éléments tels que « *les risques* » de l'environnement juridique et l'importance économique de l'exploitation du DVD pour l'amortissement des coûts de production ? Le juge doit-il constater les effets négatifs ou peut-il se contenter d'un danger potentiel ? Dans la première hypothèse, le titulaire devra démontrer l'atteinte, dans la seconde, il pourra se reposer sur une présomption de dangerosité du monde digital ! Or, il semble que, pour la Cour de cassation, cette simple potentialité suffise à caractériser l'atteinte. Ainsi, elle estime que celle-ci « *doit s'apprécier en tenant compte de l'incidence économique qu'une telle copie peut avoir dans le contexte de l'environnement numérique* ».

A quel marché le juge devra-t-il se limiter ? Le marché de la copie privée en général, le marché de la copie privée numérique, quel que soit le support source, le marché de la copie privée numérique quel que soit le support de reproduction ? Un juge sera-t-il habilité à décider si la copie numérique de DVD est en général contraire au triple test ainsi que le débat parlementaire a semblé le considérer ? L'économie de la redevance pour copie privée n'est-elle pas susceptible d'être mise à mal ?

Faudra-t-il distinguer selon la fonction à laquelle répond la copie privée ? A l'heure où sont portées très haut les revendications d'interopérabilité, les principes de standard ouvert²³, serait-il opportun de faire preuve de plus de clémence à l'égard des copistes qui se contentent d'effectuer une reproduction de « migration » afin de pouvoir lire l'œuvre sur un matériel qui ne reconnaît pas son format initial²⁴ ? Le risque économique n'est-il pas mineur dès lors que la course en avant technologique aura en tout état de cause pour effet d'inciter les consommateurs à acquérir les supports nouveaux présentant des qualités supérieures ? Une migration depuis un support à technologie avancée vers un support plus ancien est-elle effectivement susceptible de porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ? Cette analyse se fera-t-elle au plan individuel ou selon des analyses économiques et sociologiques sur un échantillon de la population ? Qui devra rapporter la preuve de ces éléments ?

L'appréciation judiciaire devra-t-elle se faire abstraitement au regard des modes de reproduction et/ou en fonction de l'économie propre à chaque œuvre. Tout film cinématographique ne passe pas par une exploitation sous forme de DVD pour « *amortir les coûts de production* ». Bien que ce mode de distribution devienne une part croissante de l'économie du cinéma, il est encore bien des productions qui sont amorties sur le marché primaire de l'exploitation en salles ou par les droits de radiodiffusion. Le copiste sera-t-il donc plus légitime à exercer une copie en ce cas puisqu'il n'aura pas perturbé l'exploitation normale du film ? Comment sera-t-il en mesure de le savoir ? Pourrait-il opposer une telle défense dans un procès en contrefaçon ?

2. Le triple test, instrument de l'effectivité du droit d'auteur ?

De prime abord, la Cour de cassation n'a pas souhaité se prononcer sur la difficile question de la protection juridique des mesures de protection techniques édictées par la directive. Evoquant le problème, la Cour d'appel avait d'ailleurs décliné sa compétence en l'absence de loi. La Cour suprême, prudemment, ne se hasarde pas davantage à anticiper une éventuelle application de l'article 6²⁵. Mais la

normale..., 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, *préc., spec.*, p. 245 et suiv.

²³ V. article 7 du projet de loi tel que voté par l'Assemblée nationale le 21 mars 2006, disponible sur *Assemblée-nationale.fr*, <<http://www.assemblee-nationale.fr/12/ta/ta0554.asp>>.

²⁴ TGI Paris, 10 janvier 2006, UFC Que Choisir / FNAC et Warner Music France : *Juricom.net*, <<http://www.juricom.net/jpt/visu.php?ID=784>>, qui condamne au titre de la garantie des vices cachés la mesure de protection technique qui « *bloque la copie sur certains supports* » et « *rend le CD impropre à l'usage auquel il était destiné, à savoir sa lecture sur tout lecteur et non sur les seuls lecteurs de CD* ».

²⁵ Quelle sera l'articulation entre la présente décision et le texte définitif de la loi française et notamment avec la compétence du collège des médiateurs ?

décision de la Cour de cassation ne recèlerait-elle pas néanmoins sur cette question une portée subliminale ?

Ainsi, même si elle censure la Cour d'appel qui avait ordonné le retrait des dispositifs de blocage, la Cour de cassation ne se détermine pas sur la licéité intrinsèque des mesures de protection techniques et sur la sanction de leur détournement. Elle conclut « seulement » que de tels dispositifs peuvent être mis en œuvre pour entraver une exception qui ne passerait pas le cap du triple test. Ce n'est donc pas la légalité de la mesure technique qui est appréhendée ; c'est bien l'illicéité de la copie privée numérique au regard du triple test qui est saisie. La Cour ne dit pas que les mesures de protection techniques font obstacle à la copie privée parce que les titulaires peuvent unilatéralement les imposer. Elle précise, au contraire, que cette faculté leur est ouverte « *lorsque [la copie] aurait pour effet de porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre.* » En d'autres termes, c'est parce que la copie privée ne passe pas le triple test qu'il est loisible d'en interdire la réalisation par le biais de mesures de protection techniques ou, d'ailleurs, par d'autres moyens. Les juges ne considèrent-ils d'ailleurs pas, que c'est « *l'atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre, propre à faire écarter l'exception de copie privée* » qui doit être caractérisée, sans se pencher nécessairement sur les recettes de cette mise à l'écart ?

Ainsi, la Cour ne juge pas qu'une mesure de protection technique peut, en l'état actuel du droit, entraver le bénéfice d'une exception légitime. Elle estime, en revanche, que si l'exception n'est plus légitime au regard du triple test, la mesure de protection technique peut empêcher un tel usage. Dans cette perspective, la mesure de protection technique ne servirait ainsi qu'à asseoir le droit exclusif à l'intérieur de ses limites et non à l'étendre au-delà en entravant la liberté des utilisateurs. Elle ne serait pas un instrument d'extension du périmètre du pouvoir de contrôle du titulaire ainsi que la directive autorise à le penser, mais un simple accessoire du droit exclusif permettant d'en assurer la défense effective. Cette interprétation semble consistante avec l'état du droit français avant la transposition.

Mais peut-on aller plus loin et s'enhardir jusqu'à considérer que la Cour de cassation subordonne la mise en œuvre de la mesure de protection technique à la démonstration que l'usage qu'elle paralyse n'est pas légitime ? Peut-on même considérer, par une interprétation *a contrario*, que la mesure de protection technique ne pourrait empêcher un usage qui triompherait du triple test ? En ce cas, le triple test ne constituerait pas seulement la mesure de l'exception, il fonderait également la mise en œuvre de la protection technique propre à empêcher la copie, ainsi conditionnée par le caractère économiquement nocif de l'exception.

Une telle appréciation raisonnée du rôle des mesures de protection techniques s'avère séduisante dans la mesure où elle permettrait de maintenir une certaine balance des intérêts entre nécessité de protection des titulaires et liberté d'usage. La mesure technique ne pourrait alors être admise que si elle sert à empêcher une atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre et un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire. A défaut d'une contravention au droit, le titulaire ne pourrait installer une telle protection ou, à tout le moins, ne pourrait pas en réclamer la protection juridique en justice, à défaut d'intérêt légitime à agir. Ce raisonnement permettrait également de « réserver » le bénéfice des mesures de protection techniques aux seuls titulaires de droits et non d'en élargir inconsidérément l'application par de simples distributeurs.

Mais il n'est pas sûr que cette lecture audacieuse soit compatible avec la directive, car le texte communautaire ne subordonne nullement la protection des MTP à la condition que l'usage qu'elles restreignent ou conditionnent viole le triple test : la directive DADVSI autorise d'ailleurs les mesures de protection techniques à paralyser certaines des exceptions même qu'elle consacre. Et le Tribunal de Grande Instance de Paris a estimé qu'une « *mesure de protection adoptée par le producteur fait disparaître la limite fixée par le législateur au droit exclusif des auteurs d'autoriser ou d'interdire la reproduction de leurs œuvres*²⁶. »

²⁶ TGI Paris, 10 janvier 2006, UFC Que Choisir / FNAC et Warner Music France : *Juriscom.net*, <<http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=784>>.

On le voit à travers les nombreuses questions qui émaillent ce commentaire, la décision prise par la Cour de cassation suscite plus d'interrogations qu'elle n'apporte de réponse. L'indétermination dans laquelle le juge de renvoi est laissé n'a d'égale que l'ambiguïté de la portée de l'arrêt du 28 février 2006. La provocation des magistrats face à l'incurie du Parlement ne va-t-elle pas finalement tourner court ²⁷?

V.-L. B.

²⁷ Lequel législateur s'inspire bien sûr des orientations judiciaires, v. à ce sujet le débat parlementaire autour de la transposition devant l'Assemblée Nationale et notre article, La coexistence entre DRM et exception de copie privée, L'expérience française à l'appui de la Belgique ?, *Auteurs et Médias*, Larcier, Bruxelles, à paraître.