

tation 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;

Attendu que pour interdire aux sociétés Alain Sarde, Studio Canal et Universal Pictures Vidéo France l'utilisation d'une mesure de protection technique empêchant la copie du DVD "Mullholland Drive", l'arrêt, après avoir relevé que la copie privée ne constituait qu'une exception légale aux droits d'auteur et non un droit reconnu de manière absolue à l'usager, retient que cette exception ne saurait être limitée alors que la législation française ne comporte aucune disposition en ce sens; qu'en l'absence de dévoiement répréhensible, dont la preuve en l'espèce n'est pas rapportée, une copie à usage privé n'est pas de nature à porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre sous forme de DVD, laquelle génère des revenus nécessaires à l'amortissement des coûts de production;

Qu'en statuant ainsi, alors que l'atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre, propre à faire écarter l'exception de copie privée s'apprécie 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, la cour d'appel a violé les textes susvisés;

Par ces motifs, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs des pourvois:

Casse et annule, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 22 avril 2005, entre les parties, par la cour d'appel de Paris;

remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée (...).

Note

L'arrêt "Mulholland Drive": quel impact en droit belge?

Pierre Bruwier¹

DONNÉES DU LITIGE

1. M. Stéphane P. souhaitait effectuer une copie sur support VHS d'une œuvre achetée sous format DVD (le film de David Lynch "Mulholland Drive"), en vue de la visionner chez ses parents, qui disposent d'un lecteur de vidéocassettes, mais non d'un lecteur de DVD. Une telle copie se trouvait techniquement impossible à réaliser en raison de l'existence sur le support acheté d'un mécanisme anti-copie.

Monsieur Stéphane P. décide dès lors, avec le soutien d'une association de défense des consommateurs ("UFC-Que choisir"), d'intenter une action en justice en vue de faire respec-

ter ce qu'il considère être son droit à la copie privée et de faire interdire le recours à des mesures techniques en empêchant le bénéfice.

Si le tribunal de première instance resta sourd aux réclamations des plaignants, la cour d'appel leur donna raison, estimant que bien qu'il n'existe pas un droit de copie privée mais simplement une exception de copie privée, cette exception "ne saurait être limitée". La Cour de cassation, au terme d'un arrêt dont on peut regretter le caractère elliptique, casse cet arrêt de la cour d'appel.

SOLUTION DÉGAGÉE PAR LA COUR DE CASSATION FRANÇAISE

2. Le premier enseignement de cet arrêt réside dans la confirmation de ce que la copie privée constitue une exception et non un droit. En cela, la Cour de cassation ne fait que valider, sans préciser davantage les raisons qui fondent son appréciation, la position de la cour d'appel de Paris.

3. Plus intéressant, la Cour de cassation française expose

en second lieu que le pouvoir judiciaire doit appliquer ce qu'il convient d'appeler le "test des trois étapes"².

À cet égard, la Cour aurait pu se contenter de relever l'obligation qui est faite aux cours et tribunaux des pays membres de l'Union européenne d'interpréter les dispositions nationales à la lumière du texte et de la finalité d'une directive, et

¹. Avocat (Simont Braun).

². Ce triple test est notamment inscrit à l'art. 5(5) de la Directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information: "Les exceptions et limitations prévues [...] 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 du droit".

faire ainsi application dudit test³. Mais la Cour est allée plus loin: elle a également invoqué l'article 9.2. de la Convention de Berne même si la formulation de celui-ci en fait une règle qui s'adresse (d'abord) au législateur. Ce faisant, la Cour semble vouloir insister sur le fait que cette règle s'impose aussi au juge. Une telle référence paraît également confirmer la thèse de certains auteurs⁴, selon laquelle ce test des trois étapes est devenu, suite à sa répétition dans plusieurs textes internationaux majeurs⁵, un principe général de droit.

4. Enfin, le dernier enseignement de cet arrêt est celui qui justifie la cassation de la décision de la cour d'appel. Alors que celle-ci avait estimé que le test des trois étapes ne pouvait être invoqué utilement en l'espèce car "*en l'absence de dévoiement répréhensible, dont la preuve en l'espèce n'est pas rapportée, une copie à usage privé n'est pas de nature à porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre sous forme de DVD, laquelle génère des revenus nécessaires à l'amortissement des coûts de production*", la Cour de cassation casse la décision au motif que "*l'atteinte à l'exploitation de l'œuvre, propre à faire écarter l'exception de copie privée s'apprécie 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*".

Les positions respectives des deux juridictions diffèrent à

tout le moins au niveau du critère qui permet de déterminer si l'application de l'exception se heurte au triple test. Selon le juge d'appel, la preuve d'un "*dévoiement répréhensible en l'espèce*" est requise. Selon la Cour de cassation, il suffit pour qu'il y ait incompatibilité avec le triple test qu'il y ait des "*risques quant à la sauvegarde des droits*" en raison de la nature technique de l'environnement, et de plus, il faut tenir compte de l'importance économique de l'exploitation de l'œuvre sous le format adopté par l'ayant-droit.

La position adoptée par la Cour de cassation paraît donc indiquer que l'ayant-droit qui se prévaut du triple test ne doit pas prouver, en l'espèce, que la personne qui invoque l'exception l'a "*dévoyée*" et/ou a porté atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre. Il suffit pour elle qu'il existe "*un risque*" quant à la sauvegarde des droits d'auteur. Dès lors, il semble que la Cour considère moins le cas particulier de l'utilisateur que l'ensemble du marché, et la difficulté pour les ayants-droit d'assurer l'exploitation de leurs œuvres sous certains formats.

La décision de la Cour de cassation laisse subsister des questions. Ainsi, certains se demandent si elle signifie que l'ayant-droit n'a pas la charge de la preuve ou bien que la charge de la preuve appartient, ne fût-ce qu'en partie, à l'ayant-droit, mais sous une forme allégée. Par ailleurs, on ne sait trop ce qu'il faut entendre par risque "*quant à la sauvegarde des droits d'auteur*".

COMMENT LA BELGIQUE A-T-ELLE APPRÉHENDÉ CES QUESTIONS?

5. Avant de confronter l'état du droit belge aux trois enseignements de l'arrêt commenté, il est important de relever une différence de taille entre les deux pays: contrairement à la France, au moment du prononcé de l'arrêt commenté, la Belgique avait déjà transposé la directive 2001/29 par une loi du 22 mai 2005. Comme expliqué ci-dessous, cette différence atténue l'apport en droit belge de l'arrêt de la Cour de cassation française, principalement en ce qui concerne son premier enseignement.

6. La question de savoir si la copie privée constitue un

droit ou une exception a donné lieu à de vifs débats dans le cadre de l'affaire qui a opposé l'ASBL Test-Achats à un certain nombre de sociétés actives dans la production et/ou la distribution d'œuvres sonores⁶. Test-Achats réclamait la cessation⁷ de l'atteinte à ce qu'elle considère être un droit à la copie privée.

Au risque de décevoir certains auteurs, la cour d'appel n'a pas pris position quant à la qualification de la copie privée, se contentant de relever l'inapplicabilité de l'action en cessation au cas qui lui était soumis, au motif qu'en toute hypo-

³ S. DUSOLLIER ("Le dernier tournant de l'affaire Mulholland Drive", à paraître dans *AM*), soutient que le juge national n'est destinataire du test des trois étapes que s'il doit interpréter un texte légal imprécis. En revanche, selon cet auteur, si le texte est précis, le juge ne serait pas autorisé à vérifier de manière concrète sa comptabilité avec le triple test dans le cas d'espèce. La raison serait à trouver dans la nécessité d'assurer le "rôle fondamental" des exceptions, et ce dans le respect de la sécurité juridique. Selon cette thèse, le seul fait qu'une exception soit inscrite dans la loi suffirait pour empêcher le juge de confronter son application au triple test. Ce n'est pas ce qu'énonce la directive. Au contraire, en ajoutant le triple test à la liste des exceptions inscrites dans la directive, le législateur communautaire indique que l'adoption de l'exception dans la loi ne clôt pas toute discussion.

⁴ Voy. F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, "Le droit d'auteur et les droits voisins désormais dans l'environnement numérique: la loi du 22 mai 2005 ne laisse-t-elle pas un chantier ouvert?", *J.T.*, n° 6215 du 4 mars 2006; F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Bruxelles, Bruylant, p. 103, n° 115; M. SENFLEBEN, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test in International and EC Copyright Law*, (Série "Information Law Series", n° 13), La Haye, Kluwer Law International, 2004; D. VISSER, "De beperkingen in de Auteursrechtlijn", *AMI* 2001, pp. 9-15.

⁵ Outre la directive 2001/29 et la Convention de Berne, l'art. 13 de la Convention ADPIC et l'art. 10 des deux traités OMPI du 10 décembre 1996 instaurent le test des trois étapes.

⁶ Bruxelles (9^{ème} chambre) 9 septembre 2005, *Revue du Droit des technologies de l'Information*, n° 23/2005, pp. 57 et s.

⁷ Sur la base de l'art. 87 § 1 de la loi du 30 juin 1994 sur le droit d'auteur et les droits voisins.

thèse, la copie privée n'est pas un droit d'auteur, seul type de droit propre à fonder l'action en cessation instaurée par la loi sur le droit d'auteur. Cette affaire présente néanmoins le mérite d'avoir provoqué une discussion de fond.

La question posée n'a évidemment de sens qu'au travers des conséquences qu'elle entraîne, la plus importante étant la possibilité, ou non, pour le bénéficiaire de l'exception de copie privée, d'invoquer celle-ci non pas comme moyen de défense dans le cadre d'une procédure, mais comme base juridique lui permettant d'exiger de la part de l'ayant-droit une action positive. En d'autres termes, l'enjeu principal de cette discussion consiste à se demander si, et dans quelle mesure, un consommateur peut citer un ayant-droit devant les juridictions sur la base de la disposition relative à la copie privée.

En droit belge, depuis la loi du 22 mai 2005 transposant la directive européenne 2001/29/CE du 22 mai 2001, il n'est plus nécessaire de recourir au pouvoir judiciaire pour trouver une réponse à cette question. Effectivement, le législateur a spécifiquement désigné dans le nouvel article 87bis de la loi sur le droit d'auteur celles des exceptions au droit d'auteur dont le bénéficiaire peut exiger le respect en introduisant une procédure contre l'ayant-droit. À l'heure actuelle, cette liste d'exceptions n'inclut pas l'exception de copie privée. Néanmoins, le législateur a permis au Roi d'introduire l'exception de copie privée dans cette liste.

En conséquence, un consommateur ne peut introduire d'action contre un ayant-droit pour faire respecter les dispositions relatives à l'exception de copie privée, tant que le Roi n'a pas décidé de faire application de la faculté qui lui est offerte.

7. Lors de la transposition en droit belge de la directive 2001/29, il a été débattu de l'opportunité d'inscrire dans la LDA le test des trois étapes. Le ministre a renoncé à cette inscription au motif que "le test des trois étapes, qui est basé sur une règle internationale, se retrouve également dans la

Convention de Berne. Selon l'adage '*Pacta sunt servanda*', le droit international prime le droit national, et le test en trois étapes peut dès lors être appliqué en Belgique sans avoir à être inscrit dans la législation belge [...] le gouvernement a décidé de ne pas inscrire le test en trois étapes dans le projet de loi dès lors que cela pourrait donner lieu à des interprétations a contrario des tribunaux". Bien que la doctrine ne soit pas unanime sur ce chapitre⁸, de telles considérations semblent indiquer de manière très claire que le juge doit appliquer ce test, si pas en tant que principe général de droit, à tout le moins en tant que norme internationale.

Concernant le cas particulier de l'exception de copie privée, le législateur belge a précisé que si le Roi souhaitait la faire figurer parmi les exceptions dont le bénéficiaire pouvait exiger le respect en introduisant une procédure contre l'ayant-droit, Il pouvait prendre des dispositions en ce sens pour autant "*que cela ne porte pas atteinte à l'exploitation normale des œuvres ou des prestations, ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes des ayant-droit*". À supposer que le Roi souhaite exercer cette faculté qui lui est offerte, le juge pourra alors assurément faire application à tout le moins des deux dernières étapes du triple test via l'article 159 de la Constitution, le tout sans préjudice de ce qui a été exposé ci-dessus relativement à la primauté du droit international et communautaire.

8. Bien que la prudence soit de mise pour l'accueil d'une décision judiciaire française, fût-elle prononcée par la juridiction suprême, force est de constater que les textes internationaux, relatifs au test des trois étapes, applicables en Belgique et en France sont rigoureusement identiques. A défaut d'interprétation de ce test par les juridictions communautaires, et/ou à défaut d'application significative au niveau belge, la jurisprudence de la Cour de cassation française constitue une source non négligeable dans le cadre de l'interprétation dudit test. Or, comme on l'a vu, cette jurisprudence souligne le caractère général du test et sa pertinence dans les débats judiciaires.

QU'EN EST-IL DES AUTRES ÉTAPES DU TEST?

9. L'arrêt commenté ne nous apprend rien quant à la 1^{ère} étape du test, c'est-à-dire l'exigence que les exceptions ne soient applicables que dans certains cas spéciaux. S'agissant de l'exception de copie privée, il est vrai que le seul fait que celle-ci figure dans les textes internationaux confirme qu'il

est admis qu'elle constitue un cas spécial. Il ne faudrait cependant pas sous-estimer l'importance de cette première étape au regard d'autres cas de figure. Celle-ci avait d'ailleurs été jugée suffisante par le panel de l'OMC pour considérer une exception (mieux identifiée ci-dessous)

⁸ Voy. notamment "L'encadrement des exceptions au droit d'auteur par le test des trois étapes", S. DUSOLLIER, *J.R. D.I.* 2005, pp. 212 et s. Bien que cet auteur reconnaisse que les termes de la directive 2001/29, et plus particulièrement de son art. 5(5) et de son considérant 44, imposent aux juges nationaux de faire application dudit test, elle estime que le législateur belge a rejeté une telle application. Cette thèse ne semble pas conforme aux règles qui régissent les rapports entre le droit belge et le droit communautaire/international dès lors que, d'une part, il est acquis de longue date que le droit européen prime le droit national (voy. *Costa/Enel*, *Rec.* 1964, p. 1141), et que, d'autre part, les dispositions claires, précises et inconditionnelles du droit international priment sur les lois belges (Cass. 27 mai 1971, *J.T.*, p. 471), ce que rappelle d'ailleurs spécifiquement le législateur dans les travaux préparatoires de la loi transposant en droit belge la directive 2001/29. Voy. également *supra*, les notes 490 et 491.

posée par la loi sur le droit d'auteur des États-Unis comme contraire aux accords ADPIC⁹:

“Nous ne voyons pas en quoi une loi qui prévoit une exception pour une grande partie des utilisateurs qui étaient expressément censés être visés par les dispositions de l'article 11bis 2 3°) [de la convention] pourrait être considérée comme un cas spécial au sens de la première condition énoncée à l'article 13 de l'Accord sur les ADPIC.

Nous n'ignorons pas que les établissements de restauration, les débits de boissons et les établissements de vente au détail ne sont pas les seuls utilisateurs potentiels d'œuvres musicales couvertes par les droits exclusifs conférés par les articles 11bis 3°) et 11 1) 2°) de la Convention de Berne (1971). Les États-Unis ont mentionné, entre autres, les conventions, les foires et les manifestations sportives comme d'autres utilisateurs potentiels d'exécutions d'œuvres au sens des articles susmentionnés. Toutefois, nous pensons que ces exemples d'autres utilisateurs potentiels n'enlèvent rien au fait que les établissements de restauration, les débits de boissons et les établissements de vente au détail font partie des principaux

groupes d'utilisateurs potentiels des œuvres selon les modes qui sont visés par les articles susmentionnés.

Les renseignements factuels qui nous ont été présentés indiquent qu'une vaste majorité des établissements de restauration et débits de boissons et près de la moitié des établissements de vente au détail sont visés par l'exception énoncée à l'alinéa B) de l'article 110 5) de la loi sur le droit d'auteur des États-Unis. En conséquence, nous concluons que l'exception ne constitue pas un 'certain cas spécial' au sens de la première condition énoncée à l'article 13. ”.

10. Conformément à la troisième étape du test, une exception aux droits d'auteur ne s'applique que si elle ne cause pas un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit.

La Cour de cassation française ne dit rien de cette troisième étape, du moins en apparence¹⁰. Cela n'empêche que celle-ci peut constituer un obstacle décisif à l'application d'une exception, comme l'a souligné le Panel de l'OMC dans l'affaire déjà citée, même dans l'hypothèse où les deux premières étapes seraient franchies.

CONSIDÉRATIONS FINALES

11. L'apport de l'arrêt annoté est multiple. Néanmoins, la décision de la Cour est particulièrement lapidaire, et, de ce fait, elle laisse subsister certaines interrogations. Outre celles que nous avons évoquées ci-dessus, il en est une autre, tout aussi importante: les mesures techniques de protection prévalent-elles sur les exceptions? La confrontation du considérant 39 et de l'article 6 (4) de la directive 2001/29 peut le laisser penser¹¹. La Cour indique en ce sens 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 empêcher la copie, lorsque celle-ci aurait pour effet de porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre”. La Cour ne développe pas davantage son raisonnement et on se gardera dès lors de qualifier la portée de sa position.

En tout état de cause, cette jurisprudence ne pourra dispenser d'approfondir l'analyse en droit belge.

⁹ Voy. “Panel” du 15 juin 2000 dans le cadre du litige opposant l'Union européenne aux États-Unis (http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/cases_f/ds160_f.htm), et plus particulièrement les points 6.131 à 6.133 reproduits dans cet article; P.B. HUGENHOLTZ, “De wettelijke beperkingen beperkt. De WTO geeft de driestappentoets tanden”, *AMI* décembre 2000, n° 10, pp. 197 et s.

¹⁰ Il n'est pas exclu que la Cour vise cette condition de manière indirecte lorsqu'elle envisage les *“risques [...] quant à la sauvegarde des droits d'auteur”*.

¹¹ Voy. notamment S. DUSOLLIER, “Le dernier tournant de l'affaire Mulholland Drive”, à paraître dans *AM*.