

Copie privée : la Cour de Justice prend en main la notion de « compensation équitable » ou rien ne change mais tout change.

Valérie-Laure Benabou
Professeur à l'Université de Versailles Saint Quentin
Directrice du laboratoire DANTE

CJUE 21 octobre 2010, aff. C-467/08, Padawan SL c/ SGAE

Exception de copie pour un usage privé – Notion de compensation équitable – Interprétation uniforme – Compensation du préjudice subi – Débiteur de la compensation – Corrélation entre l'imposition de la redevance et l'usage du support à des fins de copie privée

Les enseignements de l'arrêt du 21 octobre 2010 ne sont pas nécessairement là où l'on pense. Certes, la décision des juges interrogés sur le mécanisme de la rémunération pour copie privée, affirme de manière indiscutable la nécessité d'un lien entre l'utilisation du support sur lequel est prélevé la redevance et la copie privée des œuvres de l'esprit et souligne que le débiteur naturel de cette compensation est le copiste, mais cet apport n'est pas en soi très révolutionnaire. Ce qui importe vraiment, c'est que la Cour de Justice de l'Union Européenne est en train de faire main basse sur l'interprétation du droit d'auteur en Europe. Timide jusqu'à il y a peu, elle entre désormais de plein pied dans ce domaine en utilisant le ressort puissant de la notion de « notion autonome du droit de l'Union » pour décider d'interpréter certains principes dont on aurait pu penser, qu'en l'absence de définition claire dans les directives d'harmonisation, ils relevaient encore de l'appréciation des législateurs et des juges nationaux. Qu'on se le dise, cette ère est révolue car les juges de Luxembourg ont décidé de se mêler du droit d'auteur, sollicités qu'ils sont par une demande toujours croissante des juridictions nationales venant leur poser des questions préjudicielles.

Récemment, dans l'arrêt *Infopaq*¹, la notion d'originalité avait été déclarée notion autonome de droit de l'Union par la Cour de Justice, laquelle avait ainsi, hors de toute harmonisation législative, étendu la définition de l'originalité dégagée à propos d'œuvres spécifiques (logiciel, bases de données et photographies) dans des directives particulières à l'ensemble des œuvres de l'esprit. Dans la présente espèce c'est la notion de « compensation équitable », relative à l'exception de copie privée qui se voit accorder cette qualification, réduisant d'autant la marge de manœuvre des législateurs nationaux dans la détermination des principes et des modalités de mise en œuvre de la rémunération pour copie privée. Les juges de Luxembourg ont en effet considéré - ce qui n'allait pas de soi - que le silence gardé quant à la compensation équitable dans la directive du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information était un signe de ce que la notion devait être interprétée de manière uniforme sur l'ensemble du territoire de l'Union (I). Partant, ils ont répondu à la question préjudicielle qui leur était posée par l'Audiencia Provincial de Barcelona² en dégagant un certain nombre de principes directeurs dans la détermination de la compensation équitable liée à l'exception de copie privée (II).

¹ Voir notamment V.-L. Benabou, *Jurisprudence Infopacq* : que reste-t-il au juge national pour dire le droit d'auteur ? *RDTI* 2009 n° 37, p. 71 ; chr. de droit d'auteur, *Prop. Intell.*, avril n° 31 ; L. Marino, Florilège de notions communautaires en droit d'auteur, à partir du droit de reproduction et de l'exception de reproduction provisoire *JCP G* n° 39, 21 septembre 2009.

² Demande de décision préjudicielle au titre de l'article 234 CE, introduite par l'Audiencia Provincial de Barcelona (Espagne), par décision du 15 septembre 2008, parvenue à la Cour le 31 octobre 2008 ; conclusions de l'avocat général Trstenjak présentées le 11 mai 2010.

I. La compensation équitable de la copie privée est une notion de droit de l'Union

S'appuyant sur une jurisprudence affirmée mais dont elle élargit progressivement les contours (1) la Cour de Justice de l'Union européenne a considéré que l'expression « compensation équitable » figurant dans la directive du 22 mai 2001 à propos de l'exception de copie privée constituait une notion de droit de l'Union, c'est-à-dire une notion harmonisée dont le contenu s'impose aux Etats membres (2).

1. L'émancipation de la Cour de Justice dans la découverte des notions communautaires

La Cour était saisie de plusieurs questions préjudicielles visant en substance à apprécier la compatibilité de la législation nationale espagnole relative à la rémunération pour copie privée avec le droit communautaire. Il est vrai que le recours préjudiciel n'a pas pour objet de contrôler cette conformité mais seulement d'éclairer le juge de renvoi sur l'interprétation du droit communautaire, comme le rappelle d'ailleurs clairement la Cour dans la présente affaire. Toutefois, le résultat de cette consultation conduit en pratique à mettre en exergue les « malfaçons » de la législation nationale qui se serait méprise sur le commandement résultant de l'acquis. Ainsi donc, le juge de renvoi se trouve, par le jeu du principe de primauté tenu d'écarter la disposition nationale qui entrerait en contradiction avec l'interprétation dégagée par la Cour du droit de l'Union.

Encore faut-il pour cela que les juges de Luxembourg s'estiment compétents et puissent s'appuyer sur un élément de l'acquis pour développer leur interprétation. En l'occurrence, les différentes questions visaient à préciser l'interprétation de la notion de « compensation équitable » qui figure dans la directive du 22 mai 2001 comme une condition de la mise en œuvre de l'exception de copie privée. Or, bien que mentionnée dans ce texte, la compensation équitable ne fait pas l'objet de définition claire en son sein. En ce cas, dans la mesure où les directives d'harmonisation laissent souvent aux Etats membres une certaine latitude pour transposer et qu'elles n'imposent pas systématiquement une harmonisation exhaustive de la question traitée, il est loisible de se demander si les législations nationales demeurent souveraines lorsque la directive ne précise pas elle-même le contenu substantiel de la notion. Dès lors, deux alternatives se présentaient à la CJUE : soit elle interprétait l'absence de définition de la notion dans la directive comme un renvoi implicite aux instances nationales, soit elle estimait qu'il lui impartissait de définir elle-même cette notion au regard du contexte et de la finalité de la directive. Dans la seconde hypothèse, si la Cour de Justice considère qu'il s'agit une notion autonome de droit de l'Union (anciennement notion communautaire), c'est tout un pan de la compétence des Etats membres qui passe sous son contrôle.

S'agissant de la compensation équitable, la question était polémique ainsi qu'en attestaient les prises de position de la Commission, des gouvernements du Royaume-Uni, allemand et finlandais d'une part qui défendaient la thèse de l'interprétation uniforme et d'autre part, des gouvernements espagnol et français ou grec opposés à une telle harmonisation communautaire, notamment au motif que l'exception de copie privée est facultative et, que la directive ne contient pas les éléments essentiels pour pouvoir conclure à l'existence d'une notion harmonisée au niveau européen. Il était donc argué devant les juges de Luxembourg que la question posée par la juridiction nationale concernait une matière étrangère au droit

de l'Union, au motif que la directive 2001/29 prévoyait seulement une harmonisation minimale en la matière.

Ces dernières réserves formulées lors des débats n'ont pas convaincu la Cour qui a estimé que « la notion de « compensation équitable », au sens de l'article 5, paragraphe 2, sous b), de la directive du 22 mai 2001, est une notion autonome du droit de l'Union, qui doit être interprétée d'une manière uniforme dans tous les États membres ayant introduit une exception de copie privée, indépendamment de la faculté reconnue à ceux-ci de déterminer, dans les limites imposées par le droit de l'Union, notamment par la même directive, la forme, les modalités de financement et de perception ainsi que le niveau de cette compensation équitable. »

La figure de ce qu'on avait coutume d'appeler les notions communautaires n'est pas nouvelle dans la jurisprudence de la CJUE. Depuis plusieurs années déjà, la Cour a développé ses principes de détermination dans les arrêts *Ekro* (CJCE 18 janvier 1984, *Ekro*, C-327/82, Rec., p. 107, point 11), *Linster* (CJCE 19 septembre 2000, *Linster*, C-287/98, Rec., p. I-6917, points 43, 59) et *Yiadam* (CJCE 9 novembre 2000, *Yiadam*, C-357/98, Rec., p. I-9265, point 26). Ainsi, l'arrêt *Ekro*, qui avait pour objet de déterminer les bases de l'interprétation du terme « flanchet » dans un règlement relatif à la viande bovine, avait posé que « il découle des exigences tant de l'application uniforme du droit communautaire que du principe d'égalité que les termes d'une disposition du droit communautaire qui ne comporte aucun renvoi exprès au droit des États membres pour déterminer son sens et sa portée doivent normalement trouver, dans toute la Communauté une interprétation autonome et uniforme qui doit être recherchée en tenant compte du contexte de la disposition et de l'objectif poursuivi par la réglementation en cause ». Toutefois, en l'espèce, la Cour avait également considéré qu'au regard des finalités du texte et en l'absence de toute indication sur ce point dans le règlement, on ne saurait supposer que le législateur ait voulu imposer une harmonisation ou uniformisation des méthodes de découpage de la viande. Par conséquent, les juges avaient retenu « qu'en s'accommodant des significations différentes de ces termes entre États membres, la Commission avait opéré un renvoi implicite aux usages des États membres » (considérant 14) et que, partant, « malgré le principe susmentionné de l'interprétation uniforme des dispositions du droit communautaire, il n'appartient pas à la Cour de donner à ces termes une définition communautaire uniforme ».

Confirmée dans d'autres domaines, cette jurisprudence a déjà eu matière à s'appliquer au droit d'auteur dès avant l'arrêt *Infopaq* puisque la décision *SENA* (CJCE 6 février 2003, *SENA*, C-245/00, Rec., p. I-1251, point 23) avait eu à s'interroger sur la notion de rémunération équitable à laquelle il ne peut être renoncé tandis que l'arrêt *SGAE* s'était déterminé sur la notion de communication au public (CJCE 7 décembre 2006, *SGAE*, C-306/05, Rec., p. I-11519, point 31). Dans l'arrêt *SENA*, la Cour avait conclu « que la notion de rémunération équitable figurant à l'article 8, paragraphe 2, de la directive 92/100/CEE (...), doit être interprétée d'une manière uniforme dans tous les États membres et mise en œuvre par chaque État membre, celui-ci déterminant, sur son territoire, les critères les plus pertinents pour assurer, dans les limites imposées par le droit communautaire, et notamment par ladite directive, le respect de cette notion communautaire ». Cependant, ici encore, tout en affirmant l'existence d'une « notion communautaire » exigeant une interprétation uniforme, la Cour renvoyait la responsabilité de cette interprétation aux États membres, lesquels devaient, de façon quasi divinatoire, trouver les éléments déterminants de cette notion. Les juges estimaient même que faute d'une définition claire dans la directive, « il n'existe aucune raison objective justifiant la fixation par le juge communautaire de modalités précises de détermination d'une rémunération équitable uniforme qui amènerait forcément la Cour à se substituer aux États membres auxquels la directive 92/100 n'impose aucun critère

particulier ». ³

Depuis lors, la Cour s'est enhardie et découvre désormais régulièrement des notions autonomes du droit de l'Union en matière de droit d'auteur. Dans une première affaire *SGAE*, elle avait déjà précisé la notion de communication au public estimant « *que le gouvernement autrichien ne peut utilement soutenir qu'il revient aux États membres de donner la définition de la notion de « public » à laquelle fait référence la directive 2001/29 sans la définir* » (considérant 31). Une nouvelle étape dans la voie de l'interprétation communautarisée des notions du droit d'auteur a été franchie dans l'affaire *Infopaq*⁴. En effet, non seulement la Cour a donné une définition de certaines notions figurant dans la directive de 2001, mais encore elle en a révélé d'autres qui n'y figurent pas au titre d'une lecture compréhensive de l'acquis communautaire. Enfin, loin de renvoyer au juge national la délicate mission d'interpréter les notions communautaires, elle a estimé, « *qu'il n'appartient pas aux États membres de donner une définition de la notion de reproduction en partie figurant dans la directive 2001/29 car il découle des exigences tant de l'application uniforme du droit communautaire que du principe d'égalité que les termes d'une disposition de droit communautaire qui, telles celles de l'article 2 de la directive 2001/29, ne comporte aucun renvoi exprès au droit des États membres pour déterminer son sens et sa portée doivent normalement trouver, dans toute la Communauté, une interprétation autonome et uniforme* » (considérant 27).

A nouveau, dans l'affaire *Padawan*, la Cour reprend dans le considérant 32 l'attendu de principe énoncé dans l'arrêt *Ekro* pour interpréter le silence relatif de la directive en faveur d'une interprétation uniforme de la notion de « compensation équitable », même si elle introduit une nuance en soulignant la faculté des États « *de déterminer, dans les limites imposées par le droit de l'Union, notamment par la même directive, la forme, les modalités de financement et de perception ainsi que le niveau de cette compensation équitable* ». Ainsi, les États membres conservent a priori une marge de manœuvre dans l'organisation de cette rémunération. Mais au lieu de renvoyer, comme naguère, au juge national le soin de tendre vers cette interprétation conforme, elle va le guider précisément en déterminant les éléments constitutifs de la notion après avoir justifié la présence *in concerto* d'une notion autonome de droit de l'Union.

2. La détection *in concreto* de la notion autonome de compensation équitable

La Cour de Justice semble avoir suivi les conclusions de l'avocat général Trstenjak qui avait considéré que l'absence de définition légale de la notion dans la directive du 22 mai 2001 ne constituait pas un obstacle à son explicitation par la Cour de Justice dans la mesure où ne figure ni renvoi exprès ni même renvoi implicite aux usages nationaux.

L'avocat général interprétait cette absence de renvoi comme une présomption d'interprétation autonome qui ne peut être écartée que dans certaines circonstances ; lorsqu'il n'est pas possible d'élaborer une notion uniforme ou lorsqu'une harmonisation

³ Considérant 34 : « Or, en l'absence d'une définition communautaire de la rémunération équitable, il n'existe aucune raison objective justifiant la fixation par le juge communautaire de modalités précises de détermination d'une rémunération équitable uniforme qui amènerait forcément la Cour à se substituer aux États membres auxquels la directive 92/100 n'impose aucun critère particulier (voy., en ce sens, arrêt du 25 février 1999, *Carbonari e.a.*, C-131/97, Rec., p. I-1103, point 45). Ainsi, il appartient aux seuls États membres de déterminer, sur leur territoire, les critères les plus pertinents pour assurer, dans les limites imposées par le droit communautaire, et notamment par la directive 92/100, le respect de cette notion communautaire » ; voir encore « Le seul rôle de la Cour, dans une telle situation, peut être, dans le cadre d'un litige porté devant elle, d'inviter les États membres à faire respecter de la façon la plus uniforme possible, sur le territoire de la Communauté, la notion de rémunération équitable, laquelle doit s'analyser au regard des objectifs de la directive 92/100, précisés notamment dans ses considérants » (attendu 36).

⁴ CJCE, 16 juillet 2009, voir sur la question précise de la notion communautaire dans cet arrêt, notre commentaire, *RDTI*, n° 37/2009, pp.73-75

seulement partielle l'exige. Or, elle estimait que, s'agissant de la notion de compensation équitable, de telles circonstances ne peuvent être retenues, dans la mesure où son contenu peut être déterminé avec suffisamment de précision au terme d'une analyse systématique et téléologique de la directive du 22 mai 2001 (considérant 65), notamment compte tenu de la « *densité réglementaire* » de cette dernière. Ainsi, selon elle, la lecture combinée de l'article 5 paragraphe 2 sous b) avec les considérants trente-cinq, trente et un et trente-deux devait permettre de cerner la notion de manière suffisante pour lui conférer un contenu autonome. Elle s'appuyait, en outre, sur une lecture finaliste ou téléologique de la directive au regard notamment de la volonté d'empêcher les distorsions de concurrence, et du considérant trente-deux qui invite à une application cohérente des exceptions.

De façon encore plus audacieuse, voire contradictoire l'avocat général estimait même que l'article 5 paragraphe 2 sous b) réalise une harmonisation exhaustive de la notion de compensation équitable (Considérant 104) : « *En dépit du degré relativement bas d'harmonisation opéré par la directive 2001/29 lequel est, dans cette mesure, comparable à celui opéré par une directive cadre, l'article 5, paragraphe 2, sous b), fixe clairement les circonstances dans lesquelles le titulaire du droit a droit à une rémunération.* »

Sans entrer dans ces détails, la Cour suit une logique similaire relevant l'absence de renvoi au droit national des Etats membres en ce qui concerne la notion de compensation équitable (attendu 31), faisant même une référence, maladroite, au précédent *SENA* à propos de la rémunération équitable. C'est en fait essentiellement sur l'objectif poursuivi par la « réglementation » (sic) qu'elle assoit son raisonnement. Elle estime par conséquent (attendu 35) que « *la finalité de la directive 2001/29, fondée notamment sur l'article 95 CE et visant à harmoniser certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information ainsi qu'à empêcher les distorsions de concurrence dans le marché intérieur résultant de la diversité des législations des États membres (...), implique le développement de notions autonomes du droit de l'Union. La volonté du législateur de l'Union de parvenir à une interprétation la plus uniforme possible de la directive 2001/29 se reflète notamment dans le trente-deuxième considérant⁵ de celle-ci, lequel invite les États membres à appliquer les exceptions et limitations au droit de reproduction de manière cohérente, dans le but d'assurer le bon fonctionnement du marché intérieur.* »

Le caractère optionnel de l'exception ne constitue pas un obstacle à cette lecture uniforme dans la mesure où l'exigence de la compensation équitable est obligatoire pour les Etats membres qui ont choisi de retenir l'exception de copie privée. Dès lors, aux yeux des juges de Luxembourg, « *une interprétation selon laquelle les États membres qui ont introduit une telle exception identique, prévue par le droit de l'Union et comportant, aux termes des trente-cinquième et trente-huitième considérants de cette directive, la notion de « compensation équitable » en tant qu'élément essentiel, seraient libres d'en préciser les paramètres de manière incohérente et non harmonisée, susceptible de varier d'un État membre à l'autre, serait contraire à l'objectif de ladite directive tel que rappelé au point précédent.* » (attendu 36).

L'argument de la volonté harmonisatrice nous semble cependant un peu court en l'espèce. Le silence gardé par la directive rend difficile de dégager des critères précis permettant de caractériser la notion de compensation équitable. Certes, la condition de compensation équitable est obligatoire mais l'exception, elle, ne l'est pas. En outre, l'article 6 paragraphe 4 deuxième alinéa n'impose pas aux Etats ayant introduit l'exception de la maintenir dans le

⁵ (32) La présente directive contient une liste exhaustive des exceptions et limitations au droit de reproduction et au droit de communication au public. Certaines exceptions ou limitations ne s'appliquent qu'au droit de reproduction, s'il y a lieu. La liste tient dûment compte de la diversité des traditions juridiques des États membres tout en visant à assurer le bon fonctionnement du marché intérieur. Les États membres appliquent ces exceptions et limitations de manière cohérente et la question sera examinée lors d'un futur réexamen des dispositions de mise en oeuvre.

cas où des mesures de protection technique entraveraient la copie privée. En revanche, la directive prescrit de tenir compte de l'existence ou non de telles mesures dans la fixation de la compensation équitable. Ainsi, dans l'Union, plusieurs systèmes peuvent coexister ; des Etats membres dans lesquels l'exception de copie privée n'est pas retenue et donc aucune compensation n'est prévue, d'autres dans lesquels cette copie privée ne peut pas intervenir lorsqu'il existe des mesures techniques de protection, ce qui aura nécessairement pour effet de pondérer différemment la compensation équitable voire de la réduire à zéro ; d'autres encore où la copie privée existe, est préservée face aux mesures techniques de protection et ouvre droit à une compensation équitable.

L'extrême variété des situations possibles n'incite pas à voir dans le mécanisme une logique commune. L'argument de la lutte contre les distorsions de concurrence fait long feu : le marché n'est pas homogène puisque le montant de la compensation équitable doit être fixé en tenant compte de l'application ou non des mesures techniques de protection qui sont décidés au cas par cas par les ayants droit. En outre, cette analyse semble contraire à la réserve selon laquelle les Etats membres demeurent maîtres dans la fixation de « *la forme, des modalités de financement et de perception ainsi que de niveau de cette compensation équitable* ». Si la fixation des taux incombe aux Etats, on voit mal comment l'interprétation uniforme de la notion pourrait réduire les distorsions de concurrence issues des taux différents. Ainsi la nécessité d'interprétation uniforme semble être de nature plus politique que juridique. C'est que la Cour a sa petite idée sur la manière dont doit fonctionner la compensation équitable et entend l'imposer aux Etats membres.

Mieux. En retenant cette logique, les juges de Luxembourg ouvrent la voie à une interprétation centralisatrice par leurs soins de l'ensemble des exceptions figurant dans la liste de l'article 5 de la directive qui n'exprime pas de tel renvoi, c'est-à-dire... toutes sauf l'article 5 paragraphe 3 o) qui vise les exceptions mineures analogiques. La portée de l'arrêt va donc bien au-delà des précisions que la Cour est venue apporter à la notion de compensation équitable.

II. Les principes directeurs de la notion autonome de compensation équitable

L'Audiencia Provincial de Barcelona avait adressé à la CJUE plusieurs questions visant à savoir en substance si le « juste équilibre⁶ » des intérêts qui sous-tend la notion d'équité présente dans la compensation pour copie privée devait permettre d'assujettir des personnes ou des objets sans que soit exigé qu'existât un lien entre ces derniers et l'existence d'une copie privée. Encouragée par l'avocat général à accepter cette logique de juste équilibre entre les titulaires et les utilisateurs, la Cour développe, en premier lieu, un raisonnement qui conduit à établir une nécessaire corrélation entre la compensation et son fait générateur, à savoir le préjudice subi par les ayants droit à raison de la copie privée (1). En second lieu, elle requiert l'existence d'un lien entre les objets assujettis et l'usage qui peut

⁶ (31) Il convient de maintenir un juste équilibre en matière de droits et d'intérêts entre les différentes catégories de titulaires de droits ainsi qu'entre celles-ci et les utilisateurs d'objets protégés. Les exceptions et limitations actuelles aux droits, telles que prévues par les Etats membres, doivent être réexaminées à la lumière du nouvel environnement électronique. Les disparités qui existent au niveau des exceptions et des limitations à certains actes soumis à restrictions ont une incidence négative directe sur le fonctionnement du marché intérieur dans le domaine du droit d'auteur et des droits voisins. Ces disparités pourraient s'accroître avec le développement de l'exploitation des oeuvres par-delà les frontières et des activités transfrontalières. Pour assurer le bon fonctionnement du marché intérieur, ces exceptions et limitations doivent être définies de façon plus harmonieuse. Le degré d'harmonisation de ces exceptions doit être fonction de leur incidence sur le bon fonctionnement du marché intérieur.

en être fait au titre de la copie privée (2).

1. Le fait générateur de la compensation : le préjudice de copie privée

La Cour de Justice dégage dans son arrêt des solutions qui, ont certes des répercussions pratiques, mais qui surtout développent une véritable philosophie de la copie privée et de son corolaire, la compensation équitable. La pierre angulaire du raisonnement est celle-ci : la copie privée cause un préjudice aux auteurs et l'auteur de ce préjudice est le copiste qui en doit réparation. Ainsi donc, la compensation équitable constitue un facteur de réparation du dommage subi par les titulaires dont la charge revient, directement ou non, à l'utilisateur.

a) La « rémunération » pour copie privée est une compensation du préjudice subi par l'auteur

D'après la CJUE, « le «juste équilibre» à trouver entre les personnes concernées implique que la compensation équitable soit nécessairement calculée sur la base du critère du préjudice causé aux auteurs des œuvres protégées à la suite de l'introduction de l'exception de copie privée. » Ainsi donc, la Cour de Justice envisage l'exception de copie privée comme une cause de préjudice pour les auteurs⁷. En soi, cette affirmation n'a rien d'extraordinaire, tant il est communément admis que la rémunération pour copie privée vient économiquement compenser le manque à gagner résultant de la multiplication des copies privées par les individus.

Toutefois, établir un lien de causalité juridique entre la compensation et la copie privée conduit à affiner la qualification même de la copie privée. En effet, l'exigence de ce lien présuppose que l'usage en question est, sinon fautif puisque légal, du moins préjudiciable. Or, le préjudice n'existe que si l'acte de copie privée est appréhendé comme une source de revenus potentielle pour l'ayant droit. La CJUE ne dit pas autre chose lorsqu'elle interprète les considérants 35 et 38 de la directive du 22 mai 2001 comme établissant « que la conception et le niveau de la compensation équitable sont liés au préjudice résultant pour l'auteur de la reproduction de son œuvre protégée effectuée **sans son autorisation pour un usage privé** » (attendu 40).

Ce faisant, il nous semble, que la Cour prend position dans le lancinant débat qui habite la question de la copie privée : exception ou limitation, et tranche en faveur de l'exception. Bien que la directive se garde de trancher *expressis verbis* puisque le considérant 39⁸ utilise de manière indistincte les deux qualifications, la doctrine s'oppose depuis longtemps sur ce point. Exception, la copie privée ressortit en principe du champ du droit d'auteur et en est, exceptionnellement, exempté ; limitation, la copie privée n'entre pas dans ce champ car elle n'obéit pas aux critères d'application du droit exclusif, en l'occurrence, l'existence d'un acte de communication au public de l'œuvre. De nombreux auteurs ont ainsi soutenu que l'absence d'un tel acte de communication au public dans la copie privée – de soi à soi – devait conduire à traiter le mécanisme de la rémunération pour copie privée comme extérieur même au mécanisme du droit d'auteur.

Le Code de la Propriété Intellectuelle n'est d'ailleurs pas dépourvu d'ambiguïtés sur ce point.

⁷ Plus précisément encore, attendu 44 : Or, la réalisation d'une copie par une personne physique agissant à titre privé doit être considérée comme un acte de nature à engendrer un préjudice pour l'auteur de l'œuvre concernée.

⁸ Considérant 39 : Lorsqu'il s'agit d'appliquer l'exception ou la limitation pour copie privée, les États membres doivent tenir dûment compte de l'évolution technologique et économique, en particulier pour ce qui concerne la copie privée numérique et les systèmes de rémunération y afférents, lorsque des mesures techniques de protection efficaces sont disponibles. De telles exceptions ou limitations ne doivent faire obstacle ni à l'utilisation de mesures techniques ni à la répression de tout acte de contournement.

Certes, la copie privée figure dans la liste de ce que l'on a coutume d'appeler les exceptions de l'article L. 122-5, militant en faveur de cette qualification. Mais le régime de la « rémunération pour copie privée », instauré en 1985 et élargi depuis, s'est affranchi partiellement de ce rattachement en creux au mécanisme du droit exclusif. Le système d'ailleurs s'intitule, non pas compensation, mais « rémunération » pour copie privée. La sanction même du non-paiement de la redevance, prévue à l'article L. 335-4 du Code de la Propriété Intellectuelle est spécifique puisqu'elle expose le contrevenant à une peine de 300 000 euros d'amende mais non aux trois ans d'emprisonnement de la contrefaçon « classique ». Ainsi donc, il existe des arguments au soutien d'une qualification de la copie privée de limitation, conduisant à la mise en place d'un système autonome de « droit à rémunération », expression utilisée dans la définition même du mécanisme figurant à l'article L. 311-1 du Code de la Propriété Intellectuelle. Dans cette approche, la « rémunération pour copie privée » cohabite, en parallèle, avec le droit exclusif.

Ce n'est pas le raisonnement retenu par la Cour de Justice. Le lien qui est effectué entre la copie privée et le préjudice subi du fait de l'acte de reproduction laisse entendre que cet acte aurait été éligible au titre du droit d'auteur mais que l'exception prive l'auteur de la source de revenus qu'il aurait été en droit d'escompter. Par ailleurs, les juges en estimant que la rémunération ne peut être qu'une compensation d'un préjudice, nous semble-t-il, excluent la figure parallèle du « droit à » rémunération. La Cour évoque les termes « indemniser » et « dédommager » figurant dans les trente-cinquième et trente-huitième considérants de la directive 2001/29 qui, selon elle, « traduisent la volonté du législateur de l'Union d'établir un système particulier de compensation dont la mise en œuvre est déclenchée par l'existence, au détriment des titulaires de droits, d'un préjudice, lequel génère, en principe, l'obligation d'« indemniser » ou de « dédommager » ces derniers » (attendu 41). Il n'existe donc pas de « droit à » rémunération mais seulement une obligation de réparation supposant la détermination préalable d'un préjudice.

Le critère du préjudice constitue non seulement un facteur d'existence de la compensation mais encore la variable d'ajustement du calcul de la compensation (attendu 42). Les éléments du calcul ne sont pas détaillés et la Cour est assez peu loquace sur ce point, renvoyant sans doute les modalités pratiques aux législations nationales. Elle indique seulement, en s'appuyant sur les considérants précités⁹, qu'afin de déterminer le niveau de cette compensation, « il convient de tenir compte en tant que « critère utile », du « préjudice potentiel » subi par l'auteur en raison de l'acte de reproduction en cause, un « préjudice [...] minime » pouvant toutefois ne pas donner naissance à une obligation de paiement » (attendu 39).

Il n'est donc pas question de limiter la réparation au seul préjudice effectivement subi par l'auteur, ce qui aurait conduit à mettre à sa charge un fardeau probatoire d'une insupportable lourdeur, mais de prendre également en considération le préjudice potentiel résultant de l'acte de reproduction en cause.

En dépit de cet allègement, on avoue être un peu sceptique sur les conséquences pratiques de la décision sur ce point. Exiger que la compensation n'intervienne qu'en présence d'un préjudice nécessite de la part du bénéficiaire de cette compensation l'établissement de la preuve de ce préjudice. Or, l'ensemble des systèmes de rémunération pour copie privée s'appuie sur des mécanismes d'évaluation globale du volume des copies et non, au cas par cas, sur la preuve d'un préjudice individuel causé à un auteur particulier.

Tout particulièrement, la question délicate de la source licite qui permettrait, aux yeux notamment du Conseil d'Etat, de disqualifier l'acte de copie privée en un acte de contrefaçon

⁹ Considérant 35: (...) Pour évaluer ces circonstances, un critère utile serait le préjudice potentiel subi par les titulaires de droits en raison de l'acte en question.

risque d'influer sur ces mécanismes d'évaluation¹⁰. Au contraire de son avocat général qui s'était clairement prononcée sur ce point en estimant que la source licite était une condition de la copie privée et donc, par voie de ricochet, un facteur à prendre en considération dans le calcul de la compensation¹¹, la Cour qui n'était pas expressément saisie de cette question, est restée muette sur la condition de licéité de la source. Nul doute que dans les prochaines décisions sur lesquelles elle aura à se prononcer rapidement cette question lui sera adressée.

b) L'existence d'un préjudice potentiel suffit à faire naître la compensation

En réalité, la Cour de Justice cherche à éviter de déstabiliser les systèmes de mutualisation des risques mis en place dans la plupart des législations en effectuant un lien avec la mise à disposition des matériels permettant de faire la copie. Elle exonère les titulaires de la preuve de l'utilisation effective des matériaux d'enregistrement à des fins de copie privée en instaurant une présomption d'utilisation tirée de la mise à disposition de ces matériaux à destination des personnes physiques à des fins privées (attendu 55¹²). Il s'ensuit donc selon les juges que « *la simple capacité de ces équipements ou de ces appareils à réaliser des copies suffit à justifier l'application de la redevance pour copie privée, à la condition que lesdits équipements ou appareils aient été mis à disposition des personnes physiques en tant qu'utilisateurs privés* » (attendu 56).

Ce passage par la mise à disposition du matériel de copie permet à son tour de préciser la notion de préjudice potentiel évoquée ci-avant. Pour la CJUE, ce caractère potentiel « *réside dans la réalisation de la condition nécessaire préalable consistant en la mise à disposition d'une personne physique d'équipements ou d'appareils permettant d'effectuer des copies, qui ne doit pas être nécessairement suivie de la réalisation effective de copies privées* » (attendu 57). Ainsi donc le préjudice est suffisamment caractérisé par l'acte de mise à disposition de matériaux de copie ; c'est la possibilité de copie et non la copie effective qui cause le préjudice.

Bien qu'elle soit conforme aux systèmes de mutualisation en place, notamment en France, cette conclusion contraste avec l'exigence du lien préalablement requis entre la compensation et la copie privée. On avait pu comprendre que ce lien supposait la réalisation effective d'une copie mais encore exigeait que les conditions juridiques de la copie privée aient été vérifiées. En se reportant au critère de mise à disposition du matériel de copie, la Cour dilue assurément son exigence : elle enchaîne les présomptions en faveur des bénéficiaires de la compensation. Le préjudice naît certes de la copie mais il n'est nul besoin de prouver l'existence de cette copie privée, il suffit que des matériaux aient été mis à

¹⁰ CE, 10e et 9e ss-sect. réunies, 11 juill. 2008, n° 298779, Synd. de l'Industrie de matériels audiovisuels électroniques ; chronique, *Prop. intell.* octobre 2008, n° 29, p. 428 ; [JurisData n° 2008-073909](#) ; *AJDA* 2008, p. 1414 ; *Comm. com. électr.* 2008, comm. 112, Ch. Caron; N. Binctin, Pour une application stricte de la rémunération pour copie privée, *Comm. com. électr* n° 11, Novembre 2008, étude 21

¹¹ S'agissant du fait générateur de la compensation, l'avocat général se rangeait à l'opinion que seules les copies privées « licites » doivent faire l'objet du mécanisme. Elle rappelait que « le droit à une compensation n'existe qu'à l'égard d'une copie privée pour autant que celle-ci est autorisée par les législations des États membres en matière de droit d'auteur » (considérant 78). Allant au-delà de la question posée, elle considérait même que les copies illégales réalisées par le biais du P2P poursuivent les plus souvent un but commercial et ajoutait « en tout état de cause, elles poursuivent des buts autres qu'un « usage privé », au sens de l'article 5, paragraphe 2, sous b), de la directive 2001/29, et ne sont pas visées par cette limitation et exception au droit de reproduction. »

¹² Attendu 55 : En effet, ces personnes physiques sont légitimement présumées bénéficier intégralement de cette mise à disposition, c'est-à-dire qu'elles sont censées exploiter la plénitude des fonctions associées auxdits équipements, y compris celle de reproduction.

disposition pour rendre cette copie possible. On comprend par conséquent que le calcul de la compensation ne pourra pas être assis sur le nombre de copies privées effectives mais résultera du volume du matériel de copie mis à disposition.

c) Le préjudice résulte de la copie privée effectuée par une personne physique

S'agissant du préjudice, la dernière précision apportée par la Cour concerne essentiellement l'auteur du préjudice ; à savoir la personne physique réalisant une copie à titre privé. C'est parce que cette personne réalise, pour son usage privé, une reproduction sans solliciter l'autorisation préalable du titulaire qu'elle lui cause un préjudice. La formulation tirée de l'attendu 45¹³ est tout à la fois claire et surprenante. Les juges de Luxembourg affirment sans détours que c'est bien le copiste qui est à la source du préjudice générateur de la compensation, cela s'entend. On est toutefois plus troublé par le rappel de l'absence d'autorisation préalable du titulaire. Certes, le copiste ne requiert pas une telle autorisation mais c'est bien parce qu'il en est exonéré par le mécanisme même de l'exception. Pourquoi revenir sur l'absence d'une telle sollicitation, si ce n'est peut être pour réaffirmer que la copie privée constitue bien une exception et non une limitation du droit exclusif ?

L'imputabilité du dommage – et non de la faute, qui n'existe pas – est attribuée à la personne physique qui réalise la copie, pour son usage privé. Il en résulte qu'en principe une copie réalisée par une personne morale ne peut pas causer ce type de préjudice puisque l'acte de reproduction ne pourra être qualifié de copie privée, et partant, ne pourra pas non plus occasionner une compensation équitable. Les commentateurs précoces de la décision ont souligné cet aspect des choses mais sous l'angle du débiteur de la rémunération. Ils ont déduit de la décision qu'elle interdisait la perception de la rémunération auprès des personnes morales. Ce n'est pas exact. La portée de l'exclusion des personnes morales est autre ; elle se situe en amont. La personne morale n'agissant pas à titre privé, elle ne peut donc pas être la source du préjudice subi par les auteurs au titre de la copie privée. Il est vrai qu'à suivre le raisonnement évoqué par la Cour, le fait que la personne morale ne puisse être à l'origine du préjudice de copie privée aurait dû exclure de la qualité de débiteur de la compensation intégrale. Mais en réalité, la Cour n'exige pas que la personne source du préjudice et le redevable de la redevance pour copie privée soient nécessairement confondus. En aménageant des jeux de présomptions, elle parvient à faire peser la charge de la redevance directement sur les personnes qui mettent à disposition le matériel de stockage (qui sont la plupart du temps des personnes morales) et indirectement sur l'ensemble des acheteurs de ces matériels (parmi lesquels on compte des personnes physiques et des personnes morales).

3. Les mécanismes de réparation

Non contente de dessiner la nature juridique de la compensation équitable, la Cour de Justice établit en outre les principes directeurs de son fonctionnement. Elle détermine la qualité du débiteur de cette rémunération et en précise l'assiette de perception.

¹³ Attendu 45 : Il s'ensuit que la personne ayant causé le préjudice au titulaire exclusif du droit de reproduction est celle qui réalise, pour son usage privé, une telle reproduction d'une œuvre protégée sans solliciter l'autorisation préalable dudit titulaire. Il incombe dès lors, en principe, à cette personne de réparer le préjudice lié à cette reproduction, en finançant la compensation qui sera versée à ce titulaire.

a) Le débiteur de la compensation

Le débiteur est, en principe, le copiste

Les juges de Luxembourg considèrent que c'est, en principe, « à la personne ayant causé le préjudice au titulaire exclusif du droit de reproduction » (sic) qu'il incombe de le réparer en finançant la compensation qui sera versée au titulaire (attendu 45). Ainsi donc, la Cour estime, empruntant son raisonnement à la théorie des risques, il appartient à celui qui a été à l'origine du dommage de le réparer. Dans un système exempt de faute, il convient d'impliquer celui qui a occasionné le préjudice dans le système de compensation. Or, cette personne est la personne physique qui a réalisé une copie privée ; c'est donc elle qui, en général, sera débitrice de la compensation financière versée à l'auteur en contrepartie du manque à gagner du à l'existence de ces copies.

Toutefois, on l'a déjà souligné, ce mécanisme pourrait être exagérément complexe s'il conduisait à exiger une identité exacte entre la personne du copiste et le redevable de la compensation. Un tel système supposerait un traçage des faits et gestes du copiste très attentatoire à la liberté individuelle d'une part mais également supposerait des coûts de transaction très élevés s'il fallait assurer la perception de la rémunération auprès de chaque individu. Cela ferait perdre en pratique tout intérêt économique au mécanisme. La Cour consciente de ces écueils, ajoute d'ailleurs que le caractère minime de l'utilisation privée au plan individuel serait en outre, au terme du considérant trente-cinq de la directive, de nature à ne pas donner naissance à une obligation de paiement.

Le redevable est, en pratique, le fournisseur de matériel d'enregistrement

Pour dépasser ces difficultés la Cour autorise les Etats membres à adopter un système qui déporte apparemment la charge de la compensation depuis le copiste vers la personne qui met à disposition les équipements, appareils et supports de reproduction numérique ou rend un service de reproduction (attendu 46). Elle valide donc le système français qui impute la charge de la rémunération pour copie privée sur les fournisseurs ou importateurs de matériels assujettis même si elle semble considérer que la dissociation entre redevable et copiste serait contraire à l'idée de juste équilibre figurant dans le considérant 31 de la directive¹⁴.

Mais elle trouve toutefois la parade pour préserver les systèmes en place tout en réaffirmant l'exigence du lien entre auteur du préjudice et débiteur de la compensation dans le respect du juste équilibre précité. Elle souligne, en premier lieu, que les débiteurs apparents ne sont pas étrangers à la réalisation du préjudice puisque, en fournissant les instruments de sa réalisation, ils contribuent à son accomplissement. Ainsi, ils sont également impliqués dans l'intervention du préjudice dans la mesure où leur activité « *constitue la prémisse factuelle nécessaire pour que les personnes physiques puissent obtenir des copies privées* ». L'activité de l'industriel constitue donc un maillon de la chaîne de causalité retenue par la Cour ce qui justifie l'obligation de contribuer à la réparation du préjudice.

¹⁴ L'avocat général avait dans ses conclusions fait appel à Aristote et son Ethique à Nicomaque pour déterminer que la notion de compensation équitable implique un certain équilibre entre des intérêts opposés et considère que le législateur communautaire fait en réalité appel à la notion relevant de la philosophie juridique de l'équité (considérant 74). Ce faisant, elle considèrerait que l'équilibre ne doit pas se limiter à la conciliation des intérêts des ayants droit et des débiteurs formels de la compensation, à savoir l'industriel redevable, mais doit prendre en compte également les intérêts de la personne qui tire partie de la règle concernant la copie privée. C'est l'utilisateur qui doit supporter la charge économique de la compensation et c'est donc également au regard de ses intérêts que l'équilibre doit être atteint (considérant 75).

Surtout, la Cour se réconcilie avec elle-même en indiquant que le redevable apparent ne sera pas nécessairement le redevable réel dans la mesure où il est loisible de répercuter le montant de la redevance (sic) pour copie privée dans le prix des équipements ou supports de reproduction. Un peu plus loin, elle enfonce le clou et subordonne la licéité du système d'imputation décalé à la possibilité de reporter la charge réelle de ce financement sur les utilisateurs privés (attendu 50). Ainsi donc, « *la charge de la redevance sera en définitive supportée par l'utilisateur privé qui acquitte ce prix ; (...) lequel doit être regardé, en réalité, comme le «redevable indirect» de la compensation équitable* » (attendu 48). Puisque l'acquéreur de tels appareils est présumé en tirer toutes les utilités au titre de la copie privée, c'est bien une seule et même personne qui est à la fois source du préjudice et de sa réparation ; ce qui permet, aux yeux de la Cour d'assurer le respect du juste équilibre entre intérêts en présence.

S'agissant de la question de l'assujettissement ou non des entreprises au paiement de la redevance pour copie privée, la Cour ne se prononce pas de manière nette. Celles qui font activité de distribuer les appareils d'enregistrement sont assurément redevables apparentes, débitrices *prima facie* de cette compensation. Toutefois, elles ont le loisir de s'en décharger sur leurs clientes, présumées copistes du simple fait de l'achat d'un tel matériel. Quant aux entreprises qui achètent de tels supports pour réaliser des copies qui n'entrent pas dans le champ de la copie privée, quid ?

La solution de la Cour va-t-elle jusqu'à permettre que la rémunération pour copie privée soit indirectement acquittée par une personne morale qui certes acquiert ces matériels et supports mais ne les utilise pas dans le cadre de l'exception de copie privée ? La réponse est sibylline. Contrairement à l'avocat général qui avait consacré de longs développements à cette question¹⁵, la Cour demeure assez discrète sur la question mais offre plusieurs pistes de réponses.

Dans la mesure où le fournisseur de matériel n'est pas tenu de répercuter la charge de la compensation sur l'ensemble de ses clients, il n'est pas certain que les personnes morales acquittent injustement la rémunération en achetant leur matériel. En l'absence d'une quelconque répercussion de la charge de la copie privée sur eux, ils n'ont pas de motifs de s'en plaindre. Par conséquent, une législation qui prévoirait des prix différenciés selon la qualité de l'acheteur serait conforme à la décision de la Cour.

Par ailleurs, à supposer que l'entreprise ait néanmoins payé indirectement cette compensation, il est loisible d'aménager des systèmes de remboursement des personnes qui n'étaient pas elles-mêmes copistes privées. Un tel mécanisme de remboursement existe ainsi à l'article L. 311-8 du Code de la Propriété Intellectuelle pour un cercle limité de personnes dont l'activité requiert l'achat de tels supports comme les entreprises de production audiovisuelle, les producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes, les éditeurs numériques ou encore les groupements aidant les handicapés. Une logique de remboursement pourrait être à l'œuvre au profit de l'ensemble des personnes dont il est manifeste que l'achat des matériels ne sert pas à la réalisation de copies privées. Pourtant, on imagine qu'un tel système pourrait s'avérer difficile à mettre en œuvre ; il faudrait édicter des présomptions d'affectation des supports à des fins autres que la copie privée.

En réalité, la Cour de Justice répond indirectement à cette question en retenant une lecture compréhensive de l'assiette.

¹⁵ L'avocat général avait estimé dans ses conclusions que "L'application, sans distinction, d'une redevance à des entreprises et à des professionnels qui font clairement l'acquisition d'appareils et de supports de reproduction numérique à des fins autres que celle de la copie privée n'est pas conforme à la notion de «compensation équitable», au sens de l'article 5, paragraphe 2, sous b), de la directive 2001/29." (attendu 104 des conclusions).

b) L'assiette de la redevance

Interrogée sur la possibilité pour une législation de prévoir l'application indistincte de la redevance pour copie privée sur l'ensemble des supports d'enregistrements sans prendre en compte la destination de ceux-ci, la Cour estime « *qu'un lien est nécessaire entre l'application de la redevance destinée à financer la compensation équitable à l'égard des équipements, des appareils ainsi que des supports de reproduction numérique et l'usage présumé de ces derniers à des fins de reproduction privée.* » Ainsi, selon elle, « *l'application sans distinction de la redevance pour copie privée, notamment à l'égard d'équipements, d'appareils ainsi que de supports de reproduction numérique non mis à la disposition d'utilisateurs privés et manifestement réservés à des usages autres que la réalisation de copies à usage privé, ne s'avère pas conforme à la directive 2001/29.* »

D'après la décision des juges, l'assiette de la redevance, notamment lorsqu'elle se porte sur les supports d'enregistrement n'est conforme au juste équilibre que dans la mesure où les matériels assujettis sont « *susceptibles d'être utilisés à des fins privées* » (attendu 52). Si elle estime que « *la simple capacité de ces équipements ou de ces appareils à réaliser des copies suffit à justifier l'application de la redevance pour copie privée* », c'est « *à la condition que lesdits équipements ou appareils aient été mis à disposition des personnes physiques en tant qu'utilisateurs privés* » (attendu 56).

Ainsi une législation qui permettrait d'assujettir un matériel de reproduction professionnel serait contraire à la directive tandis que l'assujettissement d'un matériel qui aurait un usage purement récréatif comme un baladeur numérique serait assurément conforme. Mais qu'en est-il d'un matériel mis à disposition de tous aux fonctions hybrides et que les personnes morales utiliseraient à des fins manifestement étrangères à celle de copie privée ? Dans nombre d'hypothèses, la commercialisation des supports d'enregistrement se réalise de façon indifférenciée au regard tant des acheteurs que de la destination effective de l'usage. On connaît depuis longtemps le débat ; du magnétoscope utilisé pour visionner les films de famille à l'entreprise qui utilise la mémoire informatique pour stocker ses propres données.

La Cour, en retenant la notion de préjudice potentiel, semble considérer que l'acte de mise à disposition publique des supports d'enregistrements permettant à des personnes physiques de réaliser des copies privées suffit à justifier l'imposition de la redevance, même si l'utilisation effective peut ne pas entrer dans la qualification de copie privée. Ce qui est pénalisé c'est l'application d'une redevance sur des supports « *non mis à la disposition d'utilisateurs privés et manifestement réservés à des usages autres que la copie privée* » (nous soulignons). A contrario, lorsque la mise à disposition s'adresse à tous, y compris les utilisateurs non privés, le mécanisme remplit les conditions du juste équilibre. Les personnes morales seront donc également indirectement redevables de la redevance lorsqu'elles acquièrent du matériel d'enregistrement mis à disposition du public. On peut encore déduire de la formule de la Cour que dès lors que le matériel n'est pas manifestement réservé à un autre usage que la copie privée, la redevance aura vocation à s'appliquer, et ce quelle que soit la personne qui en fera l'acquisition.

Les ayants droit ont d'ailleurs dans un communiqué¹⁶ développé cette analyse, rappelant que la législation française est sur ce point conforme à la décision de la CJUE puisqu'elle n'impose que le matériel mis publiquement à disposition de toutes les catégories d'acheteurs et qu'en outre, la commission pour copie privée, prend, en amont, en considération l'utilisation principale et marginale des supports pour déterminer les taux. On sait en effet que, en France, la fixation de la « redevance » pour copie privée dépend des décisions de la

¹⁶ <http://www.sacd.fr/Arret-de-la-cour-de-justice-europeenne.1928.0.html>

commission ad hoc, laquelle sélectionne le type de matériel assujetti, en prenant en considération la proportion des usages de copie privée y relative. La décision de la Cour semble autoriser ces mécanismes de mutualisation qui touchent indistinctement tous les utilisateurs, dès lors qu'il n'est pas manifeste que l'usage des supports est totalement étranger à la copie privée. Elle pose ainsi une présomption de destination des matériels d'enregistrement qu'il sera extrêmement difficile de renverser.

Conclusion

L'arrêt rapporté entraîne finalement deux séries d'observations. La première, la partie visible de l'iceberg, est relative à la position en nuances qu'elle a adoptée quant à la détermination des principes directeurs de la compensation équitable. Tout en introduisant de manière récurrente l'exigence d'un juste équilibre entre les intérêts en jeu, elle parvient à maintenir les systèmes de redevance pour copie privée qui ont mutualisé la charge de la compensation en la faisant peser directement sur les industriels commercialisant des supports d'enregistrement et indirectement sur l'ensemble des utilisateurs de ces supports, à l'unique condition que lesdits aient été commercialisés à destination des personnes privées. La question polémique de l'assujettissement des entreprises à la compensation est abordée de manière habile, permettant le maintien du système grâce au jeu subtil des présomptions. Le système français, dont on pouvait se demander s'il résisterait à la décision, est donc, pour l'heure, sauf. Pour l'heure seulement car la Cour de Justice est déjà saisie de deux autres questions préjudicielles relatives à la copie privée sur lesquelles elle ne tardera pas à rendre ses décisions. Même si nombre des questions posées par ces deux instances ont déjà trouvé une réponse dans le présent arrêt, il est certain que la Cour viendra préciser sa position notamment quant à l'opportunité de mutualiser la charge de cette redevance sur différents supports, nonobstant leurs destinations effectives et sans prendre en considération l'essor des licences libres¹⁷, mais aussi quant à l'application de la redevance dans le cadre de la circulation des supports¹⁸.

¹⁷ Juzgado Mercantil de Santa Cruz, le 1er octobre 2009 dans une affaire C-387/09 EGEDA/ Magnatrading SL ; Le Juzgado Mercantil de Vera Cruz demande notamment :

2.2 Faut-il tenir compte du champ d'application de l'exception pour copie privée prévue à l'article 5, paragraphe 2, sous b), de la directive ainsi que des critères figurant au trente-cinquième considérant de la directive afin de déterminer les dispositifs qui sont assujettis au paiement de la compensation équitable et le montant de celle-ci ? Dans l'affirmative, serait-il conforme à la notion de communautaire de "compensation équitable pour copie privée" (a) d'instituer une obligation de paiement de la compensation visant les dispositifs destinés à des fins personnelles et professionnelles autres que la "copie privée" et/ou (b) d'établir un montant forfaitaire qui ne tient pas compte de l'usage des dispositifs aux fins de copie privée ni du préjudice qui pourrait résulter d'un tel usage, assujettissant également au paiement de la compensation les situations dans lesquelles il n'y a pas de préjudice ou un préjudice minime ?

2.3 Un système qui, en établissant une limitation pour copie privée, impose une obligation généralisée de paiement de la compensation équitable pour des catégories déterminées d'équipements ou de supports (par exemple des disques informatiques enregistrables CD-R et DVD-R de données), indépendamment du fait qu'ils sont achetés par des particuliers pour un usage privé ou par des particuliers pour un usage professionnel, afin de produire et de conserver leurs propres informations ou de remplir des obligations légales, ou par des personnes morales qui ne bénéficieraient en aucun cas de l'exception pour copie privée serait-il conforme à l'article 5, paragraphe 2, sous b), de la directive 2001/29 ?

¹⁸ La troisième a été présentée par la Cour suprême néerlandaise (Hoge Raad) le 25 novembre 2009, dans une affaire C-462/09 Stichting de Thuiskopie / Mijndert van der Lee e.a. vise essentiellement à savoir si la directive offre les critères adéquats pour déterminer qui est le débiteur de cette compensation équitable et, particulièrement, si le triple test figurant à l'article 5 paragraphe 5 « contraint à une interprétation du droit national assez large pour permettre que, dans un au moins des pays concernés par [un] contrat négocié à distance [cette] compensation soit due par un commerçant. »

Le second enseignement tient à l'ancrage désormais toujours plus profond que la Cour prend dans l'interprétation du droit d'auteur. Le fait que les juges de Luxembourg découvrent des notions de droit de l'Union avec une désarmante facilité au regard des fondements juridiques de l'acquis augure d'une volonté politique manifeste non seulement de centraliser cette interprétation mais encore peut-être de réaliser une harmonisation qui va même au-delà de la lettre des textes. Cette nouvelle politique de la Cour ne manquera pas de bouleverser le paysage du droit d'auteur, en dehors même de toute harmonisation classique par voie de directive. La notion de compensation adéquate qui trouve à s'appliquer dans plusieurs des exceptions retenues par la directive du 22 mai 2001 doit maintenant recevoir une lecture uniforme, au regard de la balance des intérêts mise en avant par la Cour. Ainsi donc, même si elle laisse une certaine marge de manœuvre aux Etats dans les modalités de cette compensation, elle examinera les systèmes d'exceptions rémunérées à l'aune des critères dégagés dans cette décision : compensation d'un préjudice subi, absence de compensation en présence d'un préjudice minime, etc. Plus généralement, la lecture faite de la notion autonome de droit de l'Union permet à la Cour d'interpréter l'ensemble des silences de la directive du 22 mai 2001 comme un encouragement à dégager des notions unitaires. Nombre d'auteurs avaient déploré les failles de l'harmonisation de cette directive ; qu'ils se rassurent ! La Cour de Justice est en train de les combler.