

Commentaire de la décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006

Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information

Lorsqu'il a été déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale, le 12 novembre 2003, le projet de loi " *relatif au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information* " entendait se borner à adapter le droit de la propriété littéraire et artistique au développement rapide des technologies de traitement numérique de l'information et de la communication, qui, selon l'exposé des motifs, " *ouvrent de nouvelles perspectives de rayonnement de la création mais également de risques importants de contrefaçon pour les titulaires de droits* ".

A cet effet, tout en mettant en oeuvre des réformes propres à des problématiques nationales (dépôt légal, droit d'auteur des agents publics, contrôle des sociétés de perception et de répartition), le projet se proposait pour l'essentiel de se conformer au droit communautaire en transposant la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur " *l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information* ".

Au Parlement, la recherche d'une conciliation entre propriété intellectuelle et liberté de communication a conduit la Représentation nationale à infléchir le texte dans un sens favorable à la seconde, qu'il s'agisse de garantir l' " *interopérabilité* " entre matériels et logiciels, d'étendre la notion de copie privée, de libéraliser les échanges électroniques d'oeuvres ou d'atténuer la répression de la contrefaçon sur Internet.

Ayant pris une tonalité passionnelle, que la discussion en urgence du texte a exacerbée, le débat a débouché sur une saisine.

On analysera tout d'abord, ci-après, les griefs exposés dans le recours des députés qui mettent en cause la procédure législative suivie (I). Puis, après avoir rappelé les normes applicables en l'espèce, notamment s'agissant d'une loi transposant en droit interne une directive communautaire (II), on reviendra sur les dispositions particulières de la loi examinées dans la décision (III).

I) La procédure législative

Deux griefs étaient adressés à la procédure législative suivie :

1) Les requérants reprochaient au Gouvernement d'avoir retiré l'article 1er du projet de loi au cours de son examen à l'Assemblée nationale, alors même que des amendements avaient déjà été adoptés, dans le but de lui substituer un dispositif alternatif, d'esprit opposé, au moyen d'un nouvel amendement portant article additionnel. Ils estimaient que cette façon de procéder avait porté " *une atteinte substantielle à l'exercice du droit d'amendement des parlementaires* ".

La séquence des votes a été la suivante :

- L'article 1er du projet de loi a été amendé par l'Assemblée nationale au cours de la deuxième séance du mercredi 21 décembre 2005, contre l'avis du Gouvernement. Le lendemain, à la demande de celui-ci, la suite de la discussion de cette disposition a été réservée.

- Interrompu pour les fêtes de fin d'année, puis différé à des fins de concertation, l'examen du projet de loi a repris au cours de la deuxième séance du mardi 7 mars 2006. La veille, le Président de l'Assemblée nationale a cependant donné lecture, en séance, d'une lettre du ministre de la culture annonçant le retrait de l'article 1er. Concomitamment, le Gouvernement déposait un amendement portant article additionnel substituant à l'article 1er un dispositif alternatif.

- L'Assemblée a entamé l'examen de cet article additionnel et des sous-amendements qui lui étaient rattachés. Toutefois, la procédure conduisant au retrait de l'article 1er ayant été vigoureusement (et légitimement) contestée, le Gouvernement a décidé de le rétablir au cours de la deuxième séance du mercredi 8 mars 2007.

- Au cours de la deuxième séance du jeudi 9 mars 2007, l'Assemblée nationale a voté contre l'article 1er (amendé, retiré, puis rétabli).

- Ce n'est qu'à la suite de ce vote qu'a été adopté l'article additionnel présenté par le Gouvernement (devenu l'article 1er dans le texte définitif).

Que penser de la régularité de cette procédure ?

A constitué une irrégularité le retrait de l'article 1er du projet de loi initial, alors qu'il avait commencé à être amendé et dans le but de lui substituer un dispositif alternatif.

Toutefois, il ressort de l'enchaînement de l'ensemble des votes émis par l'Assemblée nationale sur les amendements à l'article 1er du projet de loi initial que le procédé employé n'a *in fine* ni altéré la clarté et la sincérité des débats, ni porté atteinte à aucune autre exigence de valeur constitutionnelle.

En effet :

- Si son retrait a été irrégulier, l'article 1er a été ultérieurement rétabli tel qu'amendé avant ce retrait. Le procédé a permis de remettre la discussion dans l'état exact où elle se trouvait juste avant que l'irrégularité n'ait été commise. Le mal a été réparé.

- Ce rétablissement est intervenu avant que l'Assemblée nationale ne vote toute autre disposition du texte en discussion.

Il en résultait que le procédé employé n'a pas été de nature, en l'espèce, à vicier la procédure législative.

2) Quant aux travaux de la CMP, le grief allégué manquait en fait.

Il ressort de l'examen des travaux de la CMP réunie le 22 juin 2006 que les adjonctions ou modifications apportées au projet de loi par la commission étaient en relation directe avec des dispositions restant en discussion.

N'a donc pas été méconnue la règle fixée par le deuxième alinéa de l'article 45 de la Constitution aux termes duquel la CMP est " *chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion* " [*Pour une censure de dispositions introduites en CMP et sans relation directe avec les dispositions restant en discussion, voir la décision n° 2004-501 DC du 5 août 2004 (cons. 25 et 26).*].

II) Les normes applicables au contrôle d'une loi de transposition

Avant d'examiner les dispositions particulières de la loi déferée, le Conseil a rappelé les règles et principes constitutionnels qu'il lui appartenait de mobiliser pour répondre à la requête. Sont ainsi envisagés, successivement, l'objectif d'intelligibilité de la loi, le principe de légalité des délits et des peines, le droit au recours effectif, les droits de la défense, le droit à un procès équitable, le principe d'égalité et le droit de propriété.

Les exigences ainsi exposées prolongent, pour l'essentiel, une jurisprudence ancienne et constante. Mérite d'être relevée, cependant, la consécration de l'objectif d'intelligibilité comme la norme de référence en matière de contrôle de la qualité de la législation (il n'est plus question, dans la décision, du principe de clarté).

Cependant la particularité de la loi déferée était, dans son titre Ier, d'être une loi de transposition, traduisant en droit interne les dispositions de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil 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 requérants invoquaient, d'ailleurs, dans leur saisine, une méconnaissance de ladite directive.

La décision expose les modalités selon lesquelles le Conseil contrôle, aujourd'hui, au terme d'une évolution jurisprudentielle engagée à l'été 2004, les lois de transposition.

A) La jurisprudence la plus récente (cons. 28 de la décision n° 2006-535 DC du 30 mars 2006) habilite le Conseil constitutionnel à vérifier que le législateur français ne s'est pas soustrait à son devoir de transposition d'une directive communautaire, tout en subordonnant une censure à l'incompatibilité manifeste de la loi de transposition avec la directive à transposer.

Rappelons le fondement de cette solution.

La transposition du droit communautaire en droit interne a été qualifiée d'exigence constitutionnelle par le Conseil en raison des termes mêmes du premier alinéa de l'article 88-1 ("*La République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constituées d'Etats qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences*").

La violation des objectifs de la directive par la loi de transposition n'échapperait à la critique de constitutionnalité que dans le cas exceptionnel où ils seraient contraires à l'identité constitutionnelle de la France, c'est-à-dire à des règles inhérentes à notre ordre constitutionnel, notion dont la jurisprudence de l'été 2004 [*no 2004-496 DC du 10 juin 2004, cons. 7 ; 2004-497 DC du 1er juillet 2004, cons. 18 ; 2004-498 DC du 29 juillet 2004, cons. 4 ; 2004-499 DC du 29 juillet 2004, cons. 7 et 8.*] rendait compte par l'expression " *dispositions expresses de la Constitution* " ou " *dispositions spécifiques de la Constitution* " et que l'article I-5 du traité établissant une Constitution pour l'Europe formulait dans les termes suivants : " *l'Union*

respecte l'identité nationale des Etats membres inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles ".

Il en résulte qu'il appartient au Conseil constitutionnel, saisi dans les conditions prévues par l'article 61 de la Constitution d'une loi ayant pour objet de transposer en droit interne une directive communautaire, de veiller à ce que le législateur se soumette à l'exigence constitutionnelle définie ci-dessus.

Toutefois, le contrôle qu'exerce le Conseil constitutionnel quant au respect de cette exigence par le législateur rencontre deux limites.

En premier lieu, sauf à ce que le constituant y ait consenti, la transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France.

En second lieu, s'il y avait doute sur la portée d'une directive, le Conseil constitutionnel, devant statuer avant la promulgation de la loi et dans le délai prévu par l'article 61 de la Constitution, ne pourrait saisir la Cour de justice des Communautés européennes de la question préjudicielle prévue par l'article 234 du traité instituant la Communauté européenne. Il ne saurait en conséquence déclarer non conforme à l'article 88-1 de la Constitution qu'une disposition législative manifestement contraire à la directive qu'elle a pour objet de transposer.

Par ailleurs, la décision du Conseil concluant à l'absence d' " erreur de transposition manifeste " est rendue sans préjudice de la position des juridictions nationales et de celle de la CJCE quant à la conformité de la loi examinée au droit communautaire originaire et dérivé.

B) Le Conseil constitutionnel ne pouvait donc éviter d'examiner avec soin les dispositions de la directive que la loi déférée avait pour objet de transposer, ou, du moins, celles dont la transposition faisaient problème.

Elles sont citées dans la décision, à laquelle il est renvoyé pour ne pas encombrer ce commentaire.

Aucune disposition de la directive précitée n'est contraire à une règle ou à un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France.

Dès lors, la loi française de transposition serait contraire à l'article 88-1 de la Constitution si elle portait atteinte aux prérogatives que la directive reconnaît aux titulaires du droit d'auteur ou de droits voisins en matière de reproduction et de communication au public de leurs oeuvres ou prestations. En pareil cas, en effet, elle méconnaîtrait manifestement tant l'objectif général de la directive que ses dispositions inconditionnelles.

Il en serait en particulier ainsi si la loi déférée restreignait la possibilité reconnue par la directive aux titulaires de droits de se protéger par des mesures techniques efficaces contre la reproduction ou la communication non autorisée de leurs oeuvres ou prestations, alors surtout que la directive prescrit aux Etats membres de protéger légalement le recours à de telles mesures techniques.

En conséquence, les mesures de conciliation adoptées par le législateur entre le droit d'auteur et les droits voisins, d'une part, l'objectif d' " *interopérabilité* ", d'autre part, seraient contraires à l'exigence constitutionnelle de transposition si, par leur portée ou par les failles qu'elles ouvraient dans le système de protection prévu par la directive, elles conduisaient à une application de la loi manifestement contraire à la directive.

La même considération vaut pour les mesures de conciliation arrêtées par la loi déferée entre les droits des auteurs et des titulaires de droits voisins, d'une part, et l'exercice effectif de l'exception pour copie privée, d'autre part.

III) Les dispositions particulières de la loi déferée

Sur les 52 articles que comportait la loi adoptée, dix étaient contestés en tout ou en partie.

Le test en trois étapes (articles 1er, 2 et 3)

Les requérants critiquaient la référence faite par les articles 1er à 3 de la loi déferée au " *test en trois étapes* " sur le double terrain de l'incompétence négative et de l'inintelligibilité de la loi.

Selon eux, cette référence exigerait de toute personne qui use d'une exception au droit d'auteur ou aux droits voisins de s'assurer, sauf à s'exposer à des sanctions pénales, que cet usage satisfait aux conditions peu précises posées par ce test. La tâche serait impossible. Le législateur aurait dès lors méconnu les principes de nécessité et de légalité des délits et des peines.

Les dispositions en cause sont les suivantes :

- l'article 1er, qui modifie l'article L. 122-5 du code de la propriété intellectuelle (CPI), relatif aux exceptions au droit d'auteur, en y insérant de nouvelles exceptions et en précisant que l'ensemble des exceptions qui y sont désormais prévues " *ne peuvent porter atteinte à l'exploitation normale de l'oeuvre ni causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur* " ;

- l'article 2 qui, à l'article L. 211-3 du CPI, procède de manière similaire en ce qui concerne les exceptions aux droits voisins du droit d'auteur ;

- l'article 3 qui, à l'article L. 342-3 du CPI, fait de même à propos des droits des producteurs de bases de données.

Le 5 de l'article 5 de la directive 2001/29, dont la loi déferée a pour objet d'assurer la transposition, prévoit l'exigence du triple test.

La directive dresse la liste des exceptions possibles (il appartient à chaque Etat membre de choisir dans cette liste celles qu'il entend retenir) et ajoute qu'elles " *ne sont applicables* " qu'à la condition de respecter les exigences du triple test.

Celui-ci limite de façon transversale l'exercice des exceptions au droit d'auteur et aux droits voisins :

- Les exceptions aux droits exclusifs de reproduction et de communication au public doivent constituer des " *cas spéciaux* " (c'est-à-dire que la liste doit en être précisément et limitativement dressée) ;
- L'exercice de l'exception ne doit pas porter atteinte à l'exploitation normale de l'oeuvre ;
- L'exercice de l'exception ne doit pas causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes des ayants droit.

La jurisprudence en a logiquement déduit que le triple test " *ne s'adresse pas uniquement au législateur national, mais également au juge lorsqu'il apprécie la mise en oeuvre d'une exception dans un cas particulier* " [Ch. Geiger, JCP éd. G, II, 10126, sous CA de Paris, 4^{ème} chambre, 22 avril 2005 (affaire " *Muholland Drive* ", ayant ultérieurement donné lieu à l'arrêt de la Cour de cassation, 1^{ère} chambre civile, du 28 février 2006)]. La directive appelle donc une appréciation *in concreto* (par le juge en cas de litige) du respect du test en trois étapes dans chaque affaire particulière.

En reprenant les termes de la directive sur ce point, le législateur français n'a pas adopté de dispositions inutiles à la transposition.

Par ailleurs, en raison de sa formulation, le " *test en trois étapes* " figurant dans la directive pouvait être repris tel quel par la loi française sans déroger aux règles inhérentes à l'ordre constitutionnel national relatives au domaine de la loi.

Dès lors, et en tout état de cause, le Conseil constitutionnel devait se déclarer incompétent pour examiner des dispositions législatives reprenant les termes précis et inconditionnels d'une directive qui ne porte atteinte à aucune règle, ni à aucun principe inhérents à notre ordre constitutionnel [n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, loi pour la confiance dans l'économie numérique, cons. 9].

En outre, le principe du " *test en trois étapes* " revêt une portée générale à laquelle doivent être confrontées les exceptions et limitations apportées par la loi déferée aux droits exclusifs des auteurs et titulaires de droits voisins.

Il en découle en particulier que les dispositions de la section II, intitulée " *Mesures techniques de protection et d'information* ", insérée dans le chapitre Ier du titre III du livre III du code de la propriété intellectuelle par la loi déferée, doivent s'entendre comme n'interdisant pas aux auteurs ou aux titulaires de droits voisins de recourir à des mesures techniques de protection limitant à une copie unique, voire faisant obstacle à toute copie, dans les cas particuliers où une telle solution serait commandée par la nécessité d'assurer l'exploitation normale de l'oeuvre ou par celle de prévenir un préjudice injustifié à leurs intérêts légitimes.

Le Conseil a jugé que toute autre interprétation serait manifestement incompatible avec le respect du principe du " *test en trois étapes* " auquel la directive subordonne l'exercice des exceptions.

Les articles 13 et 14

En vertu du quatrième alinéa de l'article L. 331-5 introduit dans le CPI par l'article 13 de la loi déferée, c'est " dans le respect du droit d'auteur " que " les mesures techniques ne doivent pas

avoir pour effet d'empêcher la mise en oeuvre effective de l'interopérabilité " et que " les fournisseurs de mesures techniques donnent l'accès aux informations essentielles à l'interopérabilité dans les conditions définies aux articles L. 331-6 et L. 331-7 ".

Par ailleurs, aux termes du premier alinéa de l'article L. 331-7 introduit dans le CPI par l'article 14 de la loi déferée : " *Tout éditeur de logiciel, tout fabricant de système technique et tout exploitant de service peut, en cas de refus d'accès aux informations essentielles à l'interopérabilité, demander à l'Autorité de régulation des mesures techniques de garantir l'interopérabilité des systèmes et des services existants, dans le respect des droits des parties, et d'obtenir du titulaire des droits sur la mesure technique les informations essentielles à cette interopérabilité ...* ".

A) Le Conseil a tout d'abord vérifié, d'office, la question du respect par ces dispositions des droits de propriété intellectuelle.

Ainsi, il a relevé que la référence faite au " *droit d'auteur* " par l'article 13 doit s'entendre, compte tenu du contexte dans lequel s'insère cette mention, comme renvoyant non seulement au droit d'auteur *stricto sensu*, mais également aux droits voisins du droit d'auteur. Ce n'est que sous cette réserve qu'il a jugé que cette disposition n'était pas manifestement incompatible avec la directive du 22 mai 2001.

S'agissant de l'article 14, le Conseil s'est interrogé sur la portée du premier alinéa du nouvel article L. 331-7 qui dispose, en effet, que c'est " *dans le respect des droits des parties* " que l'Autorité de régulation garantit l'interopérabilité. Quelles sont ces parties dont les droits doivent être respectés ? L'intervention de l'Autorité intéressant à la fois le droit de propriété, la liberté de communication et la liberté du commerce et de l'industrie, la loi ne doit pas être évasive à cet égard.

Conformément à la législation sur la propriété intellectuelle, une réserve d'interprétation a été émise sur ce point. Le Conseil a jugé que les parties en cause sont toutes celles qui détiennent des droits de propriété intellectuelle en la matière, c'est-à-dire non seulement les auteurs et titulaires de droits voisins qui ont recours aux mesures techniques de protection (MTP) pour protéger le contenu de leurs oeuvres, mais encore les titulaires de droits de propriété intellectuelle sur les procédés de protection eux-mêmes.

Les mesures techniques de protection sont en effet soit des inventions brevetées, soit des logiciels (qualifiés d'oeuvres de l'esprit tant par le code de la propriété intellectuelle français que par les instruments européens et internationaux).

Les MTP sont donc en tant que telles (et pas seulement du fait de la volonté des auteurs et des artistes interprètes d'y avoir recours) protégées par l'article 17 de la Déclaration de 1789. Leur dévoilement et leur utilisation forcés doivent être justifiés par une nécessité publique et faire l'objet d'une juste et préalable indemnité.

Si l'interopérabilité peut être invoquée au premier titre, la loi ne prévoit expressément aucune indemnisation des concepteurs des MTP pour l'accès de droit à leurs " *caractéristiques essentielles* " et l'exploitation de celles-ci par des tiers.

Dès lors, la constitutionnalité de l'article 14 ne pouvait être admise qu'en donnant de l'expression " *dans le respect du droit des parties* " une interprétation couvrant l'ensemble des

titulaires de droits de propriété intellectuelle intéressés à " *l'accès aux informations essentielles à l'interopérabilité* ", y compris les concepteurs des MTP.

Il en résulte que l'accès aux données essentielles à l'interopérabilité implique soit le consentement des parties intéressées, soit, à défaut de leur consentement (c'est-à-dire si l'Autorité leur impose d'ouvrir cet accès et, a fortiori, de communiquer le " code source "), leur indemnisation.

A plusieurs reprises, le Conseil constitutionnel a tiré des dispositions qui lui étaient déferées, en dépit de leur silence sur tout dispositif d'indemnisation, qu' " *elles n'entendaient pas exclure une réparation pécuniaire* " dès lors qu'elles causaient un " *dommage anormal et spécial* " [n° 89-254 DC du 4 juillet 1989, cons. 23 et 24 ; n° 90-283 DC du 8 janvier 1991, cons. 40 et 41 ; n° 98-403 DC du 29 juillet 1998, cons. 33 ; n° 99-416 DC du 23 juillet 1999, cons. 19 et 27]. Une atteinte au droit de propriété intellectuelle assimilable à une expropriation relève de telles hypothèses.

B) Le Conseil a ensuite traité de la question de la saisine de l'Autorité de régulation des mesures techniques, abordée dans la requête.

Le recours mettait en cause le nouvel article L. 331-7 du CPI en tant que cette disposition limite aux éditeurs de logiciels, aux fabricants de systèmes techniques et aux exploitants de services le pouvoir de saisir l'Autorité de régulation des mesures techniques.

La limitation aux professionnels de la saisine de l'Autorité est toutefois en rapport direct avec l'enjeu de la saisine de l'Autorité (accès à une documentation permettant la fabrication de passerelles techniques). La différence de traitement dénoncée n'est donc pas contraire au principe d'égalité.

Les ayants droit, les associations de consommateurs et les particuliers disposeront des voies de recours juridictionnelles ouvertes en pareille matière. Est ainsi préservé le principe du " *droit à un recours juridictionnel effectif* " qui trouve son fondement dans la " *garantie des droits* " proclamée par l'article 16 de la déclaration de 1789 [Par exemple : n° 96-373 DC du 9 avril 1996, cons. 83 ; n° 99-422 DC du 21 décembre 1999, cons. 64].

L'article 16

L'article 16 introduit dans le CPI les articles L. 331-8 à L. 331-16 relatifs aux exceptions au droit exclusif de reproduction. Il articule notamment mesures techniques de protection et copie privée. Ainsi, l'article L. 331-8 charge l' " *Autorité de régulation des mesures techniques* ", créée à l'article L. 331-17, de veiller à ce que la mise en oeuvre des MTP n'ait pas pour effet de léser les bénéficiaires des exceptions légales au droit de reproduction.

Aux termes du dernier alinéa de cet article : " *Sous réserve des articles L. 331-9 à L. 331-16, l'autorité détermine les modalités d'exercice des exceptions précitées et fixe notamment le nombre minimal de copies autorisées dans le cadre de l'exception pour copie privée, en fonction du type d'oeuvre ou d'objet protégé, des divers modes de communication au public et des possibilités offertes par les techniques de protection disponibles* ".

L'article suivant (L. 331-9) dispose que :

" Les titulaires de droits qui recourent aux mesures techniques de protection définies à l'article L. 331-5 peuvent leur assigner pour objectif de limiter le nombre de copies. Ils prennent cependant les dispositions utiles pour que leur mise en oeuvre ne prive pas les bénéficiaires des exceptions visées à l'article L. 331-8 de leur exercice effectif. Ils s'efforcent de définir ces mesures en concertation avec les associations agréées de consommateurs et les autres parties intéressées.

Les dispositions du présent article peuvent, dans la mesure où la technique le permet, subordonner le bénéfice effectif de ces exceptions à un accès licite à une oeuvre ou à un phonogramme, à un vidéogramme ou à un programme et veiller à ce qu'elles n'aient pas pour effet de porter atteinte à son exploitation normale ni de causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire de droits sur l'oeuvre ou l'objet protégé "

Le recours dénonçait :

- le manque d'intelligibilité de ces dispositions quant à la conciliation entre exception pour copie privée et mesures techniques de protection ;
- s'agissant de la possibilité de subordonner les copies à l'accès licite à l'oeuvre (second alinéa de L. 331-9), l'atteinte au principe de sécurité juridique, au respect de la vie privée et, faute de précision sur l'administration de la preuve, aux droits de la défense ;
- la rupture d'égalité entre ayants droit (selon qu'ils ont recours ou non aux MTP ou selon le nombre de copies qu'ils permettront) qu'induirait la loi par son silence quant aux effets du recours aux MTP sur la rémunération pour copie privée.

A) Il est exact que l'articulation dans le temps des dispositions du dernier alinéa du nouvel article L. 331-8 et du premier alinéa du nouvel article L. 331-9 n'est pas des plus claires. Qui, de l'Autorité de régulation ou des ayants droit, aura l'initiative de prendre des mesures permettant de concilier droits exclusifs et effectivité des exceptions ?

La réponse est cependant apportée par la loi : c'est " *sous réserve de l'article L. 331-9* " que l'Autorité exercera les prérogatives que lui confère l'article L. 331-8.

Il en résulte que l'Autorité de régulation des mesures techniques ne pourra pas fixer un nombre minimal de copies (en vertu de l'article L. 331-8) avant l'expiration d'un délai raisonnable au cours duquel les titulaires de droit pourront, en application de l'article L. 331-9, prendre des mesures volontaires à l'effet de permettre l'exercice effectif de l'exception pour copie privée.

Au-delà du respect de cette chronologie, et comme le précisait le Gouvernement lui-même dans ses observations : " *L'article L 331-9 garantit le droit des titulaires de droits à limiter, par la voie de mesures techniques de protection, le nombre de copies qu'ils entendent autoriser* ".

Cette interprétation a également permis au Conseil de juger que les dispositions précitées ne méconnaissaient pas manifestement les dispositions du 4 de l'article 6 de la directive du 22 mai 2001.

B) Etait doublement infondé le grief tiré de ce que la possibilité donnée aux ayants droit de subordonner la copie à l'accès licite à l'oeuvre portait atteinte au principe de sécurité juridique.

a) En premier lieu, l'exception au droit exclusif de reproduction, qui est une dérogation aux droits des auteurs et des titulaires de droits voisins, c'est-à-dire une limitation du droit de propriété, ne saurait s'appliquer sans paradoxe à un accès non autorisé.

b) Sans doute le copiste peut-il ne pas savoir que l'accès qu'il emprunte pour réaliser la reproduction est illicite. Mais la disposition critiquée ne menace pas pour autant sa sécurité juridique puisqu'il n'aura pas à porter d'appréciation hasardeuse sur cette question. La copie lui sera tout simplement rendue techniquement impossible, comme le précise l'article contesté (" *dans la mesure où la technique le permet...* "). Pour la même raison, le respect de la vie privée est hors de cause et la question de la preuve sans objet.

C) Enfin, méconnaissait la portée de la loi déferée, rapprochée des autres dispositions pertinentes du code de la propriété intellectuelle, le grief tiré des atteintes à l'égalité qu'elle porterait à la rémunération des ayants droit, par son silence sur la nécessité de moduler la " *rémunération pour copie privée* " en fonction de l'utilisation des MTP.

En effet, aux termes du dernier alinéa ajouté à l'article L. 311-4 du CPI par l'article 9 de la loi attaquée, le montant de la rémunération pour copie privée " *tient compte du degré d'utilisation des mesures techniques définies à l'article L. 331-5 et de leur incidence sur les usages relevant de l'exception pour copie privée. Il ne peut porter rémunération des actes de copie privée ayant déjà donné lieu à compensation financière* ".

L'article 21

Ayant pour origine un amendement parlementaire, l'article 21 tend à punir les agissements des éditeurs et fournisseurs de logiciels d'échanges répondant à certaines caractéristiques, parmi lesquels les logiciels de pair à pair. Il est complété, sur le plan civil, par l'article 27.

L'article L. 335-2-1 inséré dans le CPI par l'article contesté incrimine le fait " *d'éditer, de mettre à la disposition du public ou de communiquer au public, sciemment et sous quelque forme que ce soit, un logiciel manifestement destiné à la mise à disposition non autorisée d'oeuvres ou d'objets protégés* ", ainsi que d'inciter sciemment à l'usage de celui-ci y compris à travers une annonce publicitaire.

Le dernier alinéa du nouvel article L. 335-2-1 précise toutefois que les nouvelles dispositions ne sont pas applicables aux logiciels " *destinés au travail collaboratif, à la recherche, ou à l'échange de fichiers ou d'objets non soumis à la rémunération du droit d'auteur* ".

Les requérants soutenaient que les dispositions en cause (qu'elles définissent les faits punissables ou ceux qu'elles font échapper à la répression) ne répondaient " *ni aux exigences constitutionnelles d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, résultant des articles 34 de la Constitution et 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ni au principe de la légalité des délits et des peines prévus à l'article 34* ".

Les exigences constitutionnelles relatives à la définition des faits punissables sont satisfaites dès lors que l'infraction nouvelle est définie " *en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire* " [n° 80-127 DC, 20 janvier 1981, cons. 7 ; n° 84-176 DC, 25 juillet 1984,

cons. 6 ; n° 98-399, 5 mai 1998, cons. 7 ; n° 2001-455, 12 janvier 2002, cons. 82 ; n° 2004-492, 2 mars 2004, cons. 5] et que la loi précise (ou n'exclut pas) l'élément intentionnel [n° 99-411 DC, 16 juin 1999, cons. 16 ; n° 2003-467 DC, 13 mars 2003, 64 et 65, 73 et 75 ; n° 2003-484, 20 novembre 2003, cons. 42].

En l'espèce, les éléments constitutifs sont énoncés sans ambiguïté au moyen de termes qui revêtent tous une acception juridique certaine.

Le dernier alinéa du nouvel article L. 335-2-1 soulevait un problème autrement délicat. Il désignait les logiciels d'échanges ne tombant pas sous le coup de l'incrimination.

Les explications successives et contradictoires sur sa signification et l'imprécision même de certaines expressions y figurant, comme celle de " *travail collaboratif* ", qui n'était pas éclairée par les travaux parlementaires, conduisaient à conclure que les dispositions du dernier alinéa n'étaient pas conformes aux exigences constitutionnelles qui, en vertu de l'article 8 de la Déclaration de 1789 et de l'article 34 de la Constitution, s'imposent à la définition des infractions (et donc des faits justificatifs qui permettent d'en déterminer le périmètre exact).

On ajoutera, comme le soutenaient à juste titre les auteurs de la saisine, que le champ de l'exonération (" *logiciels destinés à l'échange ... d'objets et de fichiers non soumis à rémunération du droit d'auteur* ") laissait sans protection pénale les droits moraux des auteurs ayant renoncé à une rémunération, ainsi que les droits voisins du droit d'auteur. Elle était donc porteuse d'une rupture d'égalité entre des droits de même nature et dignes d'un même niveau de protection.

Les articles 22 et 23

L'article 22 de la loi insère dans le code de la propriété intellectuelle les articles L. 335-3-1 et L. 335-3-2. L'article 23 y insère les articles L. 335-4-1 et L. 335-4-2.

Les quatre nouveaux articles incriminent les atteintes portées aux " *mesures techniques de protection* " et aux " *informations relatives au régime de protection* " concernant tant le droit d'auteur que les droits voisins.

Ces dispositions ont pour objet de transposer les articles 6 à 8 de la directive qui imposent de prévoir une protection juridique appropriée contre le contournement de toute mesure technique efficace destinée à empêcher les actes non autorisés par le titulaire d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin et contre toute atteinte aux informations sur le régime des droits afférents à une oeuvre.

Toutefois, tant les III des articles L. 335-3-1 et 335-4-1 que les IV des articles L. 335-3-2 et 335-4-2 excluent de l'incrimination les actes réalisés " *à des fins d'interopérabilité* ".

Les requérants soutenaient que, faute d'avoir défini la notion d' " *interopérabilité* ", le législateur avait méconnu le principe de légalité des délits et des peines.

Ce grief a été accueilli. Dans leur réplique enregistrée le 21 juillet 2006, les requérants démontraient en effet de façon convaincante que l'interopérabilité n'était pas définie en termes suffisamment clairs et précis.

Enfin, dans l'esprit de la directive (considérant 48) et des travaux parlementaires, la cause d'exonération également prévue au bénéfice de " *la recherche* " (sans autre précision) par les articles 22 et 23 doit s'entendre de la recherche scientifique en matière de cryptographie et à condition qu'elle ne tende pas à porter préjudice aux titulaires de droits.

L'article 24

L'article 24 résultait d'un amendement présenté par le Gouvernement à l'Assemblée nationale.

Il insérait dans le CPI un article L. 335-11 ayant pour objet de faire échapper les actes de téléchargement illicites commis au moyen de logiciels d'échanges " *pair à pair* " à la qualification de délit de contrefaçon.

Les actes de téléchargement définis aux deux premiers alinéas de ce nouvel article constituaient, en effet, selon le troisième alinéa, des contraventions.

Les actes qui n'entraient pas dans cette catégorie demeuraient des délits de contrefaçon, sous réserve évidemment que les éléments constitutifs en soient réunis.

Les logiciels " *peer to peer* " permettent à un grand nombre d'ordinateurs personnels de communiquer entre eux, chacun étant à la fois serveur et client pour tous les autres. Les possibilités d'échanges de fichiers (et, parmi eux, d'oeuvres numérisées : musique, films etc.) en sont démesurément accrues. Chacun peut aisément consulter (et puiser dans) le vaste catalogue des oeuvres conservées par les autres.

A titre principal, les requérants soutenaient que l'article 24 rompait l'égalité devant la loi pénale.

Les dispositions en cause instaurent en effet une rupture d'égalité injustifiée entre les auteurs d'atteintes au droit de la propriété intellectuelle, suivant que ces atteintes seraient commises au moyen d'un logiciel de pair à pair ou d'un autre moyen en ligne.

Le grief tiré d'une rupture d'égalité ne pouvait être écarté que dans la mesure où pouvaient être mises en avant les spécificités du téléchargement réalisé au moyen d'un logiciel de pair à pair.

Mais tel n'est pas le cas : les spécificités du pair à pair (simplicité d'installation et d'utilisation ; rapidité ; coût réduit ; qualité des copies ; accessibilité et diffusion accrues du fait d'un système qui met directement en relation une multitude d'ordinateurs, sans passer par l'intermédiaire d'un serveur central) militeraient plutôt dans le sens d'une répression plus sévère.

Si la question de la contraventionnalisation de tels échanges se pose lorsqu'ils portent sur des oeuvres protégées, pourquoi devrait-elle être exclusivement réglée sur le pair à pair, alors que l'ignorance de la législation sur la propriété intellectuelle, la naïveté ou la bonne foi des internautes sont beaucoup plus évidentes pour un banal " *e-mail* " ?

La contraventionnalisation des échanges d'oeuvres non autorisés sur les seuls réseaux pair à pair était donc constitutive d'une rupture d'égalité.

L'article 44

L'article 44 de la loi déferée dispose que, par dérogation aux articles L. 212-3 et L. 212-4 du code de la propriété intellectuelle (relatifs aux droits des artistes interprètes), les conditions d'exploitation des prestations des artistes-interprètes conservées dans les archives de l'Institut national de l'audiovisuel (INA) et les rémunérations auxquelles cette exploitation donne lieu sont régies par des accords conclus entre les artistes-interprètes eux-mêmes ou les organisations de salariés représentatives des artistes-interprètes et l'institut. Ces accords doivent notamment préciser le barème des rémunérations et les modalités de versement de ces rémunérations.

Les requérants estimaient que cette disposition portait une " *atteinte disproportionnée au droit de propriété des artistes interprètes* ". Selon eux, elle déposait les artistes interprètes " *d'un attribut essentiel du droit de propriété...* ". Ils ajoutaient qu'un tel régime bénéficierait indûment à une seule institution et caractérisait une incompétence négative du législateur. Ils invitaient enfin le Conseil à s'interroger sur la conformité d'une telle disposition avec la directive que la loi avait pour objet de transposer (il s'agit du seul article contre lequel la saisine invoquait précisément la directive de 2001).

Ces griefs ont été écartés.

En premier lieu, il est loisible au législateur de prévoir un régime dérogatoire d'exploitation des prestations des artistes interprètes, dès lors que celui-ci est justifié par un intérêt général suffisant et ne dénature pas leur droit de propriété.

C'est le cas en l'espèce dès lors :

- que l'INA, dépositaire de la mémoire de l'audiovisuel français, a reçu de la loi [Article 49 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication] la mission non seulement de conserver, mais encore de valoriser les archives audiovisuelles, et qu'il est chargé de tâches exclusives à cet égard,

- que la recherche des artistes interprètes ou de leurs ayants droit peut se révéler ardue pour la partie la plus ancienne des oeuvres archivées

- et qu'une rémunération équitable est prévue.

Etait pareillement infondé le moyen tiré d'une rupture d'égalité entre organismes archivant des oeuvres audiovisuelles, dès lors que l'INA occupe une place à part parmi ces organismes par son histoire, comme par la volonté du législateur de lui donner mandat de gérer et de faire connaître le patrimoine audiovisuel de la France.

Quant à la contrariété avec la directive du 22 mai 2001, le grief était inopérant au regard de la jurisprudence récente du Conseil [n° 2006-535 DC du 30 mars 2006, cons. 28], car l'article 44 de la loi déferée, qui figure dans son titre IV intitulé " *dépôt légal* ", et non dans son titre Ier intitulé " *Dispositions portant transposition de la directive 2001/29/CE* ", n'est pas pris pour la transposition de la directive.

Enfin, on n'aperçoit pas ce que le législateur devait préciser de plus pour épuiser la compétence que lui confie l'article 34 de la Constitution en vue de déterminer les principes fondamentaux " *du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales* ".

* *
*

En conclusion, le Conseil a déclaré contraires à la Constitution le dernier alinéa de l'article 21 de la loi déferée, les références à l'interopérabilité figurant à ses articles 22 et 23, et son article 24.

Par ailleurs, il ressort de la combinaison de l'ensemble des dispositions non censurées de la loi, et compte tenu des réserves d'interprétation émises par la décision, que la nouvelle législation peut être interprétée et appliquée sans méconnaître manifestement la directive dont elle assure la transposition.

En tout état de cause, comme il a été dit plus haut, il appartiendra aux autorités administratives et juridictionnelles nationales compétentes d'interpréter la loi déferée en conformité avec le droit communautaire et, pour les secondes, de poser s'il y a lieu à la Cour de justice des Communautés européennes la question préjudicielle prévue à l'article 234 du traité instituant la Communauté européenne.