

Revue

Lexbase Hebdo édition affaires n°324 du 24 janvier 2013

[Propriété intellectuelle] Questions à...

La copie privée une nouvelle fois sur la sellette : le II de l'article 6 de la loi n° 2011-1898 est déclaré contraire à la Constitution — Questions à Maître Romaric Lazerges, *Counsel* et Maître Julia Thibord, Collaboratrice, Allen & Overy LLP

N° Lexbase : N5503BTY



par Vincent Téchené, Rédacteur en chef de Lexbase Hebdo — édition affaires

Réf. : *Cons. const.*, décision n° 2012-287 QPC du 15 janvier 2013 (N° Lexbase : A1221I3M)

L'exception de copie privée est une règle qui autorise la reproduction et la copie d'œuvres, strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective. En vertu de l'article L. 311-1 du Code de la propriété intellectuelle (N° Lexbase : L3451AD8), les auteurs et auteurs-interprètes ainsi que les producteurs des œuvres fixées sur phonogrammes ou vidéogrammes ont droit à une rémunération au titre de la reproduction de ces œuvres. La rémunération pour copie privée permet de compenser le manque à gagner qu'occasionnent les copies privées pour les créateurs, interprètes et producteurs. Cette compensation s'effectue à travers le paiement d'une rémunération par les fabricants ou importateurs de supports sur lesquels il est possible de réaliser des copies d'œuvres de l'esprit, tels que les CD-ROM, les cassettes vidéos ou encore les lecteurs MP3. Cette compensation revêt la forme d'une rémunération forfaitaire appliquée sur tous supports vierges, disques durs et mémoires intégrés dans des appareils permettant de faire des copies privées. Elle est fixée par une commission spécialisée dont les missions sont encadrées par l'article L. 311-5 du Code de la propriété intellectuelle (N° Lexbase : L4193IRQ). Il faut noter que son usage a été généralisé à l'ensemble de l'Union européenne par une Directive de 2001 (Directive (CE) 2001/29 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 N° Lexbase : L8089AU7). A la suite de l'annulation par le Conseil d'Etat (CE 9° et 10° s-s-r., 17 juin 2011, n° 324 816, publié au Recueil Lebon N° Lexbase : A7590HTB) d'une décision de la Commission de la rémunération pour copie privée, le législateur est intervenu et a été publiée au Journal officiel la loi n° 2011-1898 du 20 décembre 2011, relative à la rémunération pour copie privée (N° Lexbase : L4174IRZ). C'est dans ce cadre que le Conseil constitutionnel, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité (Cass. QPC, 17 octobre 2012, n° 12-40.067, FS-P+B+I N° Lexbase : A4235IUE), a déclaré contraire à la Constitution le paragraphe II de l'article 6 de ladite loi.

Pour faire le point sur les tenants et les aboutissants de cette importante décision, Lexbase Hebdo — édition affaires a rencontré l'un des représentants, auditionné par le Conseil, des sociétés ayant soulevé la QPC qui a conduit à cette déclaration d'inconstitutionnalité, **Maître Romaric Lazerges, Counsel, ainsi que Maître Julia Thibord, Collaboratrice, Allen & Overy LLP.**

Lexbase : Pouvez-vous nous rappeler le contexte ayant conduit à l'adoption de la disposition contestée et à la QPC que vous avez soulevée ?

Romaric Lazerges et Julia Thibord : Il faut effectivement comprendre le contexte dans lequel le Conseil constitutionnel a rendu cette décision et dire à ce titre quelques mots, d'une part, sur le système de rémunération pour copie privée, d'autre part, sur la décision du Conseil d'Etat qui a été au cœur de contentieux et, enfin, sur la loi de validation que nous venons de faire censurer.

Tout d'abord, comme vous l'avez rappelé, le Code de la propriété intellectuelle autorise la reproduction d'œuvres protégées par le droit d'auteur, sans l'autorisation préalable de l'auteur, dès lors que cette reproduction est faite à des fins et pour un usage strictement privés. C'est ce qu'on appelle l'exception de copie privée. La rémunération pour copie privée -initialement mise en place par la loi du 3 juillet 1985— a pour objet de compenser le préjudice subi par les titulaires de droits d'auteurs et de droits voisins en raison de l'exception de copie privée.

En principe, il incombe aux personnes qui effectuent des copies pour leur usage privé de supporter la charge de la rémunération pour copie privée. Cependant, pour des raisons pratiques, le mécanisme mis en place fait peser le paiement de cette rémunération sur les entreprises (fabricants ou importateurs) qui mettent sur le marché des supports susceptibles d'être utilisés à des fins de copie privée. Ces entreprises sont ensuite libres de répercuter le montant de la rémunération versée dans le prix de vente.

Les types de supports soumis à rémunération pour copie privée, ainsi que les taux de rémunération et les modalités de versement sont déterminés par une commission spécifique, la "Commission copie privée". Avec l'évolution des nouvelles technologies, la rémunération pour copie privée a donné lieu à plusieurs décisions successives de cette commission. Cependant, en pratique, la détermination des supports assujettis et celle du montant de la rémunération soulèvent des difficultés importantes, compte tenu de l'impossibilité de déterminer avec certitude l'étendue des pratiques de copie privée.

Dans ce cadre, rappelons que le Conseil d'Etat est régulièrement saisi en recours pour excès de pouvoir contre les décisions de la Commission copie privée. C'est ainsi que les décisions des 20 juillet 2006 (la "décision n° 7"), 9 juillet 2007 (la "décision n° 8"), 11 décembre 2007 (la "décision n° 9") et 27 février 2008 (la "décision n° 10") ont été annulées les unes après les autres par le Conseil d'Etat.

La décision n° 11, adoptée le 17 décembre 2008, est une décision "balai", qui assujettit à la rémunération pour copie privée tout un ensemble varié de supports (notamment CD-R, RW Data, DVD-Ram, DVD-R et DVD-RW Data ou les mémoires et disques durs intégrés à un téléviseur, un enregistreur ou un décodeur comportant une fonctionnalité d'enregistrement numérique de vidéogrammes, ou un baladeur dédié à l'enregistrement de vidéogrammes). Comme vous l'avez rappelé, par une décision du 17 juin 2011, le Conseil d'Etat a annulé la décision n° 11, jugée contraire au droit de l'Union européenne car elle n'excluait pas les supports acquis par des personnes morales à des fins professionnelles.

Cette annulation a été assortie de deux précisions importantes :

— tout d'abord, afin d'éviter une interruption du système, le Conseil d'Etat a usé de son pouvoir de modulation des effets dans le temps d'une décision de justice, et a reporté de six mois les effets de cette annulation ;

— ensuite, il a précisé que ce report des effets de la décision ne valait pas pour les instances en cours au 17 juin 2011. Cela signifie que, pour ces actions en cours, l'annulation de la décision n° 11 devait bien être considérée rétroactive.

En l'absence de nouvelle décision de la Commission à l'expiration du délai de six mois, le législateur est intervenu. C'est l'objet de l'article 6 de la loi du 20 décembre 2011. Le législateur a souhaité opérer une validation à deux niveaux :

— pour l'avenir, le paragraphe I de cet article prolongeait les effets de la décision n° 11 pour 12 mois supplémentaires. Ce paragraphe a été jugé conforme à la Constitution par une première décision du Conseil constitutionnel du 20 juillet 2012 (décision "Simavelec" : Cons. const., décision n° 2012-263 QPC, du 20 juillet 2012 **N° Lexbase : A9425IQ7**) ;

— pour le passé, dans un paragraphe II, le législateur a, en outre, validé certaines rémunérations perçues en application de la décision n° 11 et ayant fait l'objet d'une action contentieuse avant le 18 juin 2011. Autrement dit, contrairement à ce que le Conseil d'Etat avait jugé, le législateur prévoyait que, pour partie au moins, la décision n° 11 devait "revivre", y compris pour ce qui concerne les actions en cours.

Ce second paragraphe concernait SFR : cette société avait introduit, avant la décision du Conseil d'Etat, plusieurs recours à l'encontre des rémunérations perçues ou réclamées sur le fondement de la décision n° 11. L'article 6, II neutralisait ainsi en grande partie l'efficacité de ces actions alors même que le Conseil d'Etat avait précisé que les actions en cours ne devaient pas être affectées par le différé des effets de l'annulation.

Nous avons par conséquent, avec **Pierre-Olivier Chartier** (avocat associé chez CBR&associés), déposé une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) pour le compte de SFR devant le TGI de Nanterre. Celui-ci a transmis la question à la Cour de cassation, qui l'a elle-même transmise au Conseil constitutionnel (Cass. QPC, 17 octobre 2012, n° 12-40.067, FS-P+B+I N° Lexbase : A4235IUE). Nous avons également travaillé avec **Emmanuel Piwnica**, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, à partir de la saisine de la Cour de cassation.

Lexbase : En quoi selon vous cette disposition portait-elle atteinte au principe de la séparation des pouvoirs ? Le Conseil vous a-t-il suivi sur ce point ?

Romarc Lazerges et Julia Thibord : Comme indiqué, les dispositions en cause constituent ce que l'on appelle une "loi de validation", c'est-à-dire une loi qui fait revivre un acte ou une décision qui avait été annulé par le juge. Par nature, une loi de validation suppose une immixtion dans l'exercice du pouvoir judiciaire et est donc susceptible de porter atteinte au principe de séparation des pouvoirs garanti par la Constitution.

Le Conseil constitutionnel a, depuis longtemps, admis la possibilité pour le législateur de prendre des lois de validation, mais sous réserve de certaines conditions, au nombre de cinq :

- la validation doit poursuivre un but d'intérêt général suffisant ;
- elle doit respecter les décisions de justice ayant force de chose jugée ;
- elle doit respecter le principe de non-rétroactivité des peines et des sanctions ;
- l'acte validé ne doit méconnaître aucun principe de valeur constitutionnelle ; et, enfin,
- la portée de la validation doit être strictement définie.

Ces cinq conditions sont cumulatives. Si une seule fait défaut, la loi est inconstitutionnelle.

Nous avons fait valoir dans nos écritures et à l'audience que la loi devait être censurée pour au moins trois motifs principaux :

- la loi remettait directement en cause les termes de l'arrêt du Conseil d'Etat et l'intention du juge, en tant que celui-ci, tout en différant les effets de l'annulation, avait expressément réservé l'intégralité des instances en cours à la date de sa décision ;
- la portée de la validation n'était pas strictement définie, compte tenu de certaines ambiguïtés dans la rédaction de la loi et celle de la décision du Conseil d'Etat ;
- aucun but d'intérêt général suffisant ne justifiait cette validation.

De manière plus générale, nous avons insisté sur la différence de nature entre l'article 6, I de la loi du 20 décembre 2011 -déclaré conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel en juillet 2012— et l'article 6, II de cette même loi.

L'article 6, I visait à prolonger, dans l'attente d'une nouvelle décision de la Commission, et à titre transitoire, le régime de la décision n° 11 pour éviter une situation de vide juridique. Cette disposition se situait ainsi dans le prolongement direct de la décision du Conseil d'Etat et s'appuyait sur les mêmes motifs que ceux qui avaient amené celui-ci à différer dans le temps les effets de sa décision.

L'article 6, II -qui consistait en la neutralisation de la réserve relative aux actions en cours-, aboutissait, au contraire, à remettre en cause les termes de la décision du Conseil d'Etat et son esprit : le Conseil d'Etat avait expressément réservé les instances en cours ; l'annulation prenait donc effet immédiatement, et de manière rétroactive, à l'égard

des justiciables ayant introduit une action contentieuse. Le législateur a neutralisé cette réserve et s'est ainsi directement immiscé dans les instances en cours.

Au final, le Conseil constitutionnel a suivi partiellement notre approche. Il n'a pas considéré que l'autorité de la chose jugée avait été remise en cause. En revanche, il a estimé que la mesure de validation ne poursuivait pas un motif d'intérêt général suffisant.

Le Conseil a ainsi jugé que *"les motifs financiers invoqués à l'appui de la validation des rémunérations faisant l'objet d'une instance en cours le 18 juin 2011, qui portent sur des sommes dont l'importance du montant n'est pas établie, ne peuvent être regardés comme suffisants pour justifier une telle atteinte aux droits des personnes qui avaient engagé une procédure contentieuse avant cette date"*.

En effet -nous avons notamment développé ce point dans nos écritures-, l'étude d'impact qui avait précédé la loi relevait que le montant des remboursements "pourrait" s'élever à 58 millions d'euros. Toutefois, d'une part, ce montant n'était pas justifié et était contestable d'un point de vue factuel. D'autre part, même à le supposer établi, ce montant n'était pas suffisamment important, au regard des montants perçus et au regard du budget du ministère de la Culture, pour remettre en cause le système de rémunération pour copie privée ou pour affecter les finances publiques. En tout état de cause, ce montant n'était pas suffisant pour justifier la remise en cause des droits des justiciables concernés.

Autrement dit, ce qui a retenu l'attention du Conseil constitutionnel est que, contrairement à l'article 6, I qui pouvait se prévaloir d'un intérêt général (éviter un vide juridique), l'article 6, II était une mesure de pure opportunité. Il n'y avait pas de risque de discontinuité du système puisque le report de l'annulation dans le temps assurait le maintien des effets de la décision n° 11 pour le passé, et que seules les rémunérations ayant fait l'objet d'actions contentieuses à la date de la décision du Conseil d'Etat étaient sujettes à remise en cause.

Mais de manière plus générale, les décisions du Conseil constitutionnel en matière de loi de validation sont le résultat d'une appréciation globale. En l'espèce, le Conseil constitutionnel a certainement considéré que, au regard de l'ensemble des conditions requises, cette disposition soulevait des difficultés importantes. Et la condition relative à l'intérêt général a pu sembler la plus aisée à mobiliser pour justifier la censure.

Lexbase : En quoi selon vous cette disposition portait-elle atteinte au droit à un recours effectif ? Le Conseil vous a-t-il suivi sur ce point ?

Romarc Lazerges et Julia Thibord : Dans nos écritures, nous avons soutenu que la loi de validation portait une double atteinte aux instances en cours et au droit à un recours juridictionnel effectif :

— d'une part, parce qu'elle s'immisçait directement dans des actions engagées plus de six mois avant l'adoption de la loi, empêchant les justiciables concernés de faire valoir certains moyens de légalité et réduisant ainsi la portée de leur droit à un recours effectif ;

— d'autre part, parce qu'elle remettait en cause la réserve émise par le Conseil d'Etat au bénéfice de ces mêmes justiciables qui avaient maintenu et poursuivi leurs actions, forts de ce droit que leur garantissait l'arrêt du Conseil d'Etat (et qui ne l'auraient pas fait sans cela).

Le Conseil constitutionnel ne s'est pas expressément prononcé sur ce point. Cependant, c'est cette immixtion dans les instances en cours qui, à notre avis, explique pour partie la décision rendue. En effet, c'est parce que la loi portait *"atteinte aux droits des personnes qui avaient engagé une procédure contentieuse avant [le 18 juin 2011]"* que le Conseil constitutionnel s'est montré particulièrement exigeant sur le but d'intérêt général poursuivi. En d'autres termes, le Conseil constitutionnel a effectué une mise en balance des intérêts en présence, entre les objectifs poursuivis par la validation et les droits des justiciables ayant exercé un recours. En l'espèce, il a considéré que le but invoqué n'était pas suffisant par rapport à la gravité de l'atteinte portée au droit des sociétés en cause.

Lexbase : Les censures successives des décisions de la Commission pour copie privée ne sont-elles pas la marque d'une certaine dérive ? Dès lors, que penser de la dernière décision en date entrée en vigueur le 1er janvier 2013 ? Ne risque-t-elle pas de subir le même sort ?

Romarc Lazerges et Julia Thibord : En effet, comme il a été rappelé plus haut, pas moins de cinq décisions de la Commission copie privée ont été annulées successivement par le Conseil d'Etat en raison de leur illégalité (décisions n° 7, 8, 9, 10 et 11). Le système de la rémunération pour copie privée est ainsi loin d'être stabilisé en France. La nouvelle illégalité constatée par le Conseil d'Etat le 17 juin 2011 est un témoignage supplémentaire du manque de transparence et de clarté du système.

La décision n° 15 entrée en vigueur le 1er janvier 2013, qui a notamment vocation à se substituer à la décision n° 11 a, quant à elle, été adoptée dans un contexte particulier (décision du 14 décembre 2012, de la commission prévue à l'article L. 311-5 du Code de la propriété intellectuelle N° Lexbase : L8372IUM, JORF du 26 décembre 2012). En effet, cinq des six représentants des industriels avaient démissionné et n'avaient pas été remplacés au moment du vote -le ministre de la Culture ayant refusé de prendre acte de ces démissions-. Cela soulève des questions juridiques de forme et de procédure nouvelles. Nous comprenons qu'un recours est sur le point d'être déposé devant le Conseil d'Etat par certains syndicats à l'encontre de la décision n° 15. Des recours sont par ailleurs toujours pendants à l'encontre des décisions n° 13 et n° 14.

Ce qui est certain, c'est qu'il existe aujourd'hui des questions à la fois sur le processus décisionnel de la Commission copie privée et sur la détermination des supports assujettis et des taux de rémunération.

L'arrêté du 20 décembre 2011, relatif au remboursement de la rémunération pour copie privée (N° Lexbase : L5147IR3, JORF du 23 décembre 2011), ajoute encore à la confusion et à la complexité du système. En pratique, les conditions fixées rendent le remboursement -notamment pour les supports acquis à des fins professionnelles— quasiment impossible. En outre, le décret, qui doit préciser les modalités d'application du nouvel article L. 311-4-1 du Code de la propriété intellectuelle (N° Lexbase : L4187IRI) prévoyant la mise à disposition d'une notice explicative sur la rémunération pour copie privée et sur les possibilités et modalités d'exonération, n'a toujours pas été adopté.

Le manque de transparence en général du système français de rémunération pour copie privée a fait l'objet de pas moins de soixante-dix questions parlementaires (1). Dans sa réponse publiée le 2 octobre dernier, le ministre a évoqué une "*réflexion plus large sur le mécanisme de rémunération pour copie privée*". La décision rendue par le Conseil constitutionnel le 15 janvier dernier, et la démission de cinq des six membres du collège des industriels de la Commission, ne peuvent que conforter la nécessité d'une réflexion.

(1) Cf. par ex. : QE n° 1405 de M. Jean-Pierre Decool, JOANQ 24 juillet 2012 p. 4454, réponse publ. 2 octobre 2012 p. 5372, 14ème législature (N° Lexbase : L0709IW8) : "*M. Jean-Pierre Decool attire l'attention de Mme la ministre de la culture et de la communication sur la question du dispositif de financement de la culture en France. En effet, le système de financement de la culture tel qu'il existe actuellement n'offre pas de visibilité sur l'ensemble des revenus prélevés sur les consommateurs, ni sur l'affectation exacte de ces recettes. En France, le consommateur participe activement au financement de la culture au moyen de différents prélèvements directs, comme la copie privée, mais aussi indirects, à l'instar des nombreuses taxes sur les opérateurs internet. Le montant de la redevance pour copie privée est de 2,60 € en France, contre 1,50 € en Allemagne et 0,67 € en moyenne dans l'Union européenne, soit, pour la France, 70 % du prix de vente d'un CD ou d'un DVD vierge, comme le rappelle le collectif chere-copie-privee.org, dont fait partie l'UFC-Que choisir. Ce phénomène encourage les consommateurs à se tourner vers des modes d'approvisionnement permettant d'éviter cette redevance. De plus, les recettes sont affectées de manières très hétérogènes et empruntent parfois des circuits complexes, jonchés de multiples guichets. La commission permanente de contrôle des sociétés de perception et de répartition des droits dénonce régulièrement le peu de transparence de ces institutions. Pourtant, nombre de rapports continuent de proposer des taxes supplémentaires afin de financer les infrastructures ou la création. Ce constat appelle une évaluation rapide des dispositifs dans leur intégralité, afin de cerner l'ensemble des revenus prélevés sur le consommateur et le système économique, ainsi que la manière dont ils sont affectés. Cette question est essentielle dans la mesure où le consommateur accepte de moins en moins une surenchère fiscale sans contrepartie. Il lui demande donc de bien vouloir lui indiquer comment le Gouvernement entend améliorer la transparence de ces dispositifs, et partant asseoir une politique culturelle cohérente et ambitieuse*". Cette question a été posée de manière récurrente, à l'Assemblée nationale comme au Sénat, par plus de 70 parlementaires depuis février 2012.