

Monsieur le Président du Conseil constitutionnel,
Mesdames et Messieurs les Conseillers,
2 rue de Montpensier
75001 Paris

Monsieur le Président du Conseil constitutionnel, Mesdames et Messieurs les membres du Conseil constitutionnel, nous avons l'honneur de vous déférer conformément au deuxième alinéa de l'article 61 de la Constitution la loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information.

Les requérants estiment nécessaire que soit soulevée la question de la constitutionnalité de l'ensemble de la loi déférée.

Considérant les principes fondamentaux, souvent d'égale valeur constitutionnelle, qu'embrasse la question de la propriété intellectuelle, le travail législatif se doit d'être exemplaire tant en amont qu'en aval. Sauf à réduire la culture à un simple produit marchand, aucune loi n'a fait le choix de pénaliser l'accès à la culture. Ce n'est ni notre tradition, ni notre histoire.

Depuis 1957, Gouvernement et législateur, guidés par des motifs d'intérêt général, ont toujours su réussir l'adaptation consensuelle de notre droit de la propriété intellectuelle afin de faire en sorte que la modernisation des modes de diffusion et de reproduction ne se fasse pas au détriment de la création culturelle et de sa diffusion. Chaque fois, les débats parlementaires ont permis de faire émerger un équilibre entre des d'intérêts opposant l'ensemble des acteurs du marché : les auteurs, les intermédiaires économiques qui produisent et diffusent les œuvres, le public. Qui se souvient que la loi du 11 mars 1957 a été votée après 13 ans d'études approfondies par une commission spécialisée? Qui peut nier que la loi du 3 juillet 1985 comme celle du 3 janvier 1995 sont le fruit d'un réel travail gouvernemental passé au tamis d'une procédure parlementaire approfondie, excluant le recours à l'urgence ?

Or, le Gouvernement a choisi de procéder autrement, niant la complexité en se réfugiant derrière l'argument de la nécessaire transposition d'une directive européenne.

Il en résulte un texte inintelligible, rompant l'égalité des citoyens devant la loi alors que vous avez jugé, encore récemment, que « *l'égalité devant la loi énoncée par l'article 6 de la Déclaration de 1789 et " la garantie des droits " requise par son article 16 ne seraient pas effectives si les citoyens ne disposaient pas d'une connaissance suffisante des règles qui leur sont applicables et si ces règles présentaient une complexité excessive au regard de l'aptitude de leurs destinataires à en mesurer utilement la portée ; qu'en particulier, le droit au recours pourrait en être affecté ; que cette complexité restreindrait l'exercice des droits et libertés garantis tant par l'article 4 de la Déclaration, en vertu duquel cet exercice n'a de bornes que celles qui sont déterminées par la loi, que par son article 5, aux termes duquel " tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas »* (Décision n°2005-530 DC du 29 décembre 2005).

Pourtant, vous n'avez jamais accepté que l'avènement de la société de l'information justifie en soi l'abandon de principes constitutionnellement garantis. Vous avez refusé « *un régime spécifique de responsabilité pénale des « hébergeurs » distinct de celui applicable aux auteurs et aux éditeurs de messages* » ne respectant pas « *le principe de la légalité des délits et des peines et les dispositions de l'article 34 de la Constitution aux termes desquelles : « La loi fixe les règles concernant : ...la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables... »* (Décision n° 2000-433 DC du 27 juillet 2000). Vous avez exigé, que « *la possibilité d'organiser des audiences dans des salles spéciales ou par des moyens de télécommunication audiovisuelle [...] garantissent de façon suffisante la tenue d'un procès juste et équitable* » (Décision n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003). Vous avez considéré que « *la différence de régime instaurée, en matière de droit de réponse et de prescription, par les dispositions critiquées dépasse manifestement ce qui serait nécessaire pour prendre en compte la situation particulière des messages exclusivement disponibles sur un support informatique* » (Décision n°2004-496 DC jeudi 10 2004). Vous avez enfin refusé « *une procédure de réquisition administrative de données techniques de connexion* » méconnaissant « *le principe de la séparation des pouvoirs* » (Décision n° 2005-532 DC du 19 janvier 2006).

L'avènement de la société de l'information ne doit pas être un alibi pour remettre en cause la liberté fondamentale consacrée par la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 qui veut que « *la libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme : tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi.* »

Cette loi dont on mesure les défauts constitutionnels a, comme si cela ne suffisait pas, été votée dans des conditions marquées par la violation du principe de sincérité et de clarté de la procédure législative consacré, notamment, par les articles 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 et 3 de la Constitution de 1958.

I. Sur la procédure législative

Il ressort des conditions du débat parlementaire qu'ont été méconnus les principes de clarté, de lisibilité et de sincérité des débats parlementaires tels que vous les avez formulés à travers votre jurisprudence.

1. Le Gouvernement a d'abord cru possible de retirer l'article 1^{er} du projet de loi lors de sa discussion à l'Assemblée nationale.

Ce retrait a eu lieu alors même que des amendements à cet article avaient été adoptés par l'Assemblée nationale et que ces amendements, instaurant la licence globale, portaient sur une disposition substantielle du texte. Le Gouvernement a donc créé une nouvelle voie, en dehors de celles prévues par la Constitution et le Règlement, lui permettant de s'opposer à des amendements non souhaités après leur adoption.

Une telle pratique porte une atteinte substantielle à l'exercice du droit d'amendement des parlementaires et constitue **une remise en cause des décisions de l'Assemblée**. Elle sera censurée par le Conseil constitutionnel.

2. La réintroduction de l'article 1^{er} n'a pas purgé cette irrégularité. Au contraire, elle l'a aggravée.

En effet, le 7 mars 2006, le Gouvernement a déposé un amendement n° 272 se substituant à l'article 1^{er}. La discussion de cet amendement s'est poursuivie après le retrait de l'article 1^{er} par le Gouvernement, en violation de l'article 98, 4° du Règlement de l'Assemblée nationale, et les sous-amendements à l'amendement n° 272 ont été examinés après la réintroduction de l'article 1^{er} !

La réintroduction de l'article 1^{er} par le Gouvernement a eu lieu en dehors de tout fondement constitutionnel ou réglementaire.

3. Enfin, la discussion du projet de loi par la commission mixte paritaire a renforcé ces atteintes graves aux principes de la procédure parlementaire.

Les rapporteurs du projet de loi ont présenté, à l'ouverture des travaux de la commission mixte paritaire, le 22 juin 2006, 55 nouveaux amendements réécrivant des dispositions essentielles du projet.

Or, vous avez considéré qu'il ressort « *de l'économie de l'article 45 de la Constitution et notamment de son premier alinéa aux termes duquel* » tout projet ou proposition de loi est examiné successivement dans les deux assemblées du Parlement en vue de l'adoption d'un texte identique », *que, comme le rappellent d'ailleurs les règlements de l'Assemblée et du Sénat, les adjonctions ou modifications qui peuvent être apportées après la première lecture par les membres du Parlement et par le Gouvernement doivent être en relation directe avec une disposition restant en discussion ; que, toutefois, ne sont pas soumis à cette dernière obligation les amendements destinés à assurer le respect de la Constitution, à opérer une coordination avec des textes en cours d'examen ou à corriger une erreur matérielle* » (décision n°2005-532 DC – 19 janvier 2006).

En ajoutant au dernier moment, en commission mixte paritaire, des éléments qui modifient substantiellement le projet sans que les assemblées n'aient eu le temps de l'analyse et de la réflexion, et alors même qu'une seconde lecture a été refusée par le Gouvernement, les assemblées ont eu à statuer sur des dispositions dont elles n'ont pas débattu lors de la première et unique lecture avant la commission mixte paritaire.

L'absence de clarté et de sincérité du débat parlementaire a incontestablement rejailli sur le fond du droit, en conduisant le Parlement à adopter une loi dont les principales dispositions sont inconstitutionnelles.

II. Sur le fond

1. Les garanties d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, de la légalité des délits et des peines sont méconnues.

Le Conseil constitutionnel considère comme constant que :

« il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34 ; qu'à cet égard, le principe de clarté de la loi, qui découle du même article de la Constitution, et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques afin de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution » (notamment Décision n° 2004-503 DC - 12 août 2004 - Loi relative aux libertés et responsabilités locales)

Le Conseil constitutionnel considère également :

que le législateur tient de l'article 34 de la Constitution, ainsi que du principe de légalité des délits et des peines, l'obligation de fixer lui-même le champ d'application de la loi pénale et de définir les crimes et délits en termes suffisamment clairs et précis ; que cette exigence s'impose non seulement pour exclure l'arbitraire dans le prononcé des peines, mais encore pour éviter une rigueur non nécessaire lors de la recherche des auteurs d'infractions (notamment Décision n° 2004-492 DC - 2 mars 2004 - Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité)

Or,

- 1. Il est exigé de toute personne voulant bénéficier des exceptions au droit d'auteur et aux droits voisins le respect d'une obligation légale indéterminée et impossible : le respect du « test en trois étapes », au risque de la priver de cette faculté essentielle à la liberté de communication et de l'exposer par méconnaissance légitime à une condamnation pénale** (art. 1^{er}, I., avant dernier alinéa ; art. 2, I., dernier alinéa ; art. 3, I., 2^o de la Loi)

L'exercice du bénéfice des exceptions est soumis à une épreuve insurmontable pour toute « honnête personne ».

La loi place même les plus avertis dans l'ignorance des conséquences civiles et pénales de leurs actes légitimes et accomplis de bonne foi.

En effet, le législateur impose à celui qui invoque une exception légalement prévue au droit d'auteur et aux droits voisins de justifier qu'il respecte le test en trois étapes, à savoir de devoir démontrer et justifier l'absence d'atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre et l'absence d'un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur.

Chaque utilisateur doit savoir s'il demeure dans la légalité avant de jouir du bénéfice des exceptions prévues par la loi. Sa sécurité juridique, sous peine de sanction pénale, en dépend.

Or, la loi ne met pas le citoyen en mesure de respecter la loi.

Très simplement, le Conseil constatera qu'il n'est permis à aucune personne de savoir raisonnablement si les conditions techniques ou économiques de l'exploitation de telle œuvre en particulier, en fonction de la stratégie des opérateurs, selon les marchés, portent ou non atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre et causent ou non un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur.

La loi en imposant une obligation impossible à ses citoyens, place les justiciables dans une situation passible de peines délictuelles, d'amende et de prison (articles L. 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle), par imprévisibilité de la loi.

En outre, l'imprécision de la loi est susceptible d'entraîner des comportements d'auto-restriction des utilisateurs faisant obstacle à l'existence d'une société de l'information, aujourd'hui matrice de l'exercice de la liberté d'expression et de la diffusion des idées ; la liberté de l'information, entendue comme la connaissance pour la formation de l'esprit des citoyens, ayant été reconnue par vous comme la mère des libertés ; et qui ne peut manquer d'être consacrée, de façon effective, à présent dans l'environnement numérique .

La censure permettra de prévenir de telles atteintes aux principes et aux droits fondamentaux, dont la continuité et donc le respect sont plus que jamais nécessaires dans la société de l'information.

2. Des coupables et des complices incertains, en masse : le délit relatif à l'édition, la mise à disposition, la communication au public de « logiciel manifestement destiné à la mise à disposition du public non autorisée d'œuvres ou d'objets protégés » (art. 21 de la Loi)

L'édition, la mise à disposition ou la communication, sciemment, de tels logiciels est punie de trois ans d'emprisonnement et de 300.000 euros d'amende. Leurs complices ou receleurs aussi, quand bien même le texte spécial ne le précise pas, sont passibles des mêmes sanctions (art. 121-6 et 321-1 et suivants du Code pénal)

Or, la définition de l'infraction est manifestement imprécise, malgré une apparence rassurante.

Bon nombre des logiciels et les logiciels les plus utilitaires pour le public comportent la fonctionnalité incriminée (logiciels de messagerie, « news group », messageries instantanées ...). La fonctionnalité d'échange de fichiers en cause est l'une des plus essentielles de la révolution numérique en réseau.

L'exigence du caractère « *manifeste* » de la destination coupable du logiciel n'a pas pour effet de lever l'imprévisibilité de la loi mais d'imposer un peu d'habileté pour en contourner l'application.

L'imprécision de la loi présente donc le risque d'une double paralysie, celle des outils essentiels de la société numérique en réseau et celle de la loi - par l'impossibilité d'une application effective.

La loi ne répond donc pas 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, et au principe de la légalité des délits et des peines prévus à l'article 34.

3. Des causes d'exonération incertaines : innocents, ou coupables, sans pouvoir le savoir (article 21, dernier alinéa de la loi)

Les dispositions de l'article 21 de la loi sont doublement imprécises : d'une part en raison, de l'insuffisance de définition des éléments constitutifs de l'infraction qu'elle institue (supra I, 1.2.) et d'autre part en raison de l'imprécision des limitations des actes autorisés.

En effet, le délit d'édition, de mise à disposition, de communication au public de logiciels manifestement destinés à la mise à disposition du public non autorisée d'œuvres ou d'objets protégés n'est pas constitué lorsque ces logiciels sont « **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** ».

Or, cette cause d'exonération de la responsabilité pénale n'est pas définie par le législateur. Ce qui accroît l'insécurité résultant de l'imprécision des éléments constitutifs du délit.

De plus, le public n'est pas en mesure de savoir si le fichier concerné est soumis ou non à rémunération du droit d'auteur, le législateur n'ayant pas pris soin d'apporter cette garantie essentielle à la prévisibilité du délit par l'exigence d'une information du public.

Le citoyen n'étant pas en mesure de déterminer s'il bénéficie de l'exonération et donc s'il commet ou non un délit, c'est donc une fois encore le principe de clarté et l'exigence d'intelligibilité de la loi qui sont en cause, outre la méconnaissance du principe de légalité des délits et peines.

4. L'absence de définition de la notion d'interopérabilité, pourtant cause exonératoire de responsabilité pénale (article 21, dernier alinéa de la loi)

La notion d'interopérabilité n'est pas définie dans la loi. C'est avec inquiétude que l'ont reconnu MM. le rapporteur pour le Sénat et le président de la CMP, en s'interrogeant sur le risque ainsi créé (page 16, § 3 à 6 du rapport de la CMP).

Cette carence de la loi met en cause plusieurs principes constitutionnels et menace tout l'équilibre des droits et obligations, tant des entreprises que des consommateurs, ainsi que la réalisation des objectifs législatifs visés, donc l'effectivité même de la loi.

Cette carence méconnaît en outre le principe de la légalité des délits et des peines dès lors que le contournement de mesures technique de protection à des fins d'interopérabilité peut constituer une cause exonératoire de responsabilité pénale (art. 22, 8^{ème} alinéa, art. 22, dernier alinéa, art. 23, 8^{ème} alinéa, art 23, dernier alinéa).

La préexistence de la notion d'interopérabilité dans le Code de la propriété intellectuelle, dès lors qu'elle n'y est pas définie, ne saurait couvrir la méconnaissance des exigences et des principes constitutionnels précités.

2. Les bénéficiaires de l'interopérabilité sont privés d'un droit à un recours effectif pour en assurer le respect, qu'il s'agisse des titulaires de droits ou des consommateurs. (art. 14, 3^{ème} alinéa de la Loi)

Selon les termes mêmes du Conseil constitutionnel :

« aux termes de l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen : "Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution" ; qu'il résulte de cette disposition qu'en principe il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction » (décision n° 96-373 DC du 9 avril 1996 - Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française)

Or,

Les mesures techniques de protection peuvent être mises en oeuvre pour rendre les utilisateurs captifs de matériels et de services particuliers. L'exigence d'interopérabilité des mesures techniques de protection s'est donc imposée au regard de l'objectif d'intérêt public de la convergence des techniques et de l'accessibilité du public au contenu, et donc de la circulation des idées et des connaissances.

L'utilisateur est le destinataire de ce droit essentiel dans la société de l'information.

Si la loi reconnaît à l'utilisateur ce droit à l'interopérabilité, elle le prive aussitôt de son exercice effectif en lui refusant le droit de recours effectif pour le faire respecter (art. 14, 3^{ème} alinéa de la Loi).

Il est en effet interdit au public, le consommateur, de saisir l'Autorité indépendante de régulation, de compétence exclusive, la loi réservant cette faculté aux seuls « industriels » et exploitants de services (art. 14, 3^{ème} alinéa de la loi). Ce faisant le législateur prive le consommateur de la qualité à agir, condition de tout recours, pour obtenir le respect et l'effectivité du bénéfice de l'interopérabilité, alors qu'il en est le destinataire, et laisse curieusement ce soin aux entrepreneurs¹.

Le législateur ne craint pas d'accroître son incohérence, en privant les titulaires de droits de propriété intellectuelle du droit de saisir l'Autorité, alors que les mesures techniques ont pour objet de protéger leurs droits et que leur mises en œuvre doit recevoir leur accord préalable.

3. L'atteinte aux droits de la défense et au droit à un procès équitable

L'absence de garantie pour le contrôle et le mode de preuve des infractions

Le dispositif répressif mis en place par la loi vise à assurer le respect des droits de propriété intellectuelle par la lutte contre certains usages des œuvres et objets protégés.

La réalisation de cet objectif impose une surveillance dans l'espace immatériel constitué des réseaux et des mémoires informatiques dont la volatilité accroît la nécessité, par cohérence avec l'objectif visé, d'un contrôle automatisé, quasi général et constant.

Outre les risques évidents d'atteinte à la vie privée, se pose la question du mode de preuve qui pour l'essentiel ne peut résulter que de dispositifs automatisés et intrusifs, dont le développement a déjà pu être constaté dans l'espace matériel de la circulation routière.

Si le Conseil a admis ce type de contrôle et de preuve de la commission d'une infraction, c'est en rappelant que la détermination de ce mode de preuve relève de la compétence du législateur et que ce dernier doit l'assortir des garanties déterminantes pour sa constitutionnalité.

Or, tel n'est pas le cas en l'espèce. Le législateur n'ayant pas instauré par une disposition législative spéciale ce mode de preuve dans le domaine de la propriété intellectuelle et des réseaux numériques, il n'a pu l'assortir des garanties destinées à s'assurer de sa constitutionnalité.

Ainsi, la loi déferée, une fois encore, mérite la censure constitutionnelle par manque de prévisibilité, d'effectivité et pour ne pas offrir la sécurité juridique nécessaire à la garantie des libertés fondamentales.

¹ Le droit pour le consommateur de saisir l'Autorité a un objet limité, le respect des exceptions (art. 16, 14^{ème} alinéa, L. 331-13 nouveau du CPI)- qui ne doit pas être confondu avec la qualité à agir pour bénéficier de l'interopérabilité.

4. Les manquements au principe d'égalité devant la loi et l'atteinte au droit de propriété des titulaires de droit de propriété intellectuelle (art. 21 de la loi)

.1 sur la discrimination des auteurs d'œuvres exploitées à titre gratuit (art. 21 de la loi)

Le Conseil constitutionnel censure :

« [les] limitations directes au droit de disposer, attribut essentiel du droit de propriété (...) [qui] revêtent un caractère de gravité telle que l'atteinte au droit de propriété qui en résulte dénature le sens et la portée de ce droit garanti par l'article 17 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen » (Décision n° 96-373 DC du 9 avril 1996 Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française)

Le Conseil a également jugé que :

« qu'il ne peut être apporté de limitations à l'exercice [d'un droit d'usage d'un bien, attribut du droit de propriété] qu'à la double condition que ces limitations obéissent à des fins d'intérêt général et n'aient pas un caractère de gravité tel que le sens et la portée du droit de propriété s'en trouveraient dénaturés » (Décision n° 2000-434 DC du 20 juillet 2000, Loi relative à la chasse)

De même il est jugé que :

« le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que dans l'un et l'autre cas la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit » (décision n° 91-304 DC du 15 janvier 1992)

Ainsi,

outre les précédentes critiques qui entachent la constitutionnalité de l'article 21 (supra I, 1.3) d'autres motifs relatifs au non respect du principe d'égalité et à l'atteinte au droit de propriété appellent sa censure.

L'article en cause ne fait entrer dans son champ d'application que « *l'échange de fichiers soumis à rémunération du droit d'auteur* », ce faisant il introduit une discrimination non conforme à la Constitution pour défaut de justification objective et pour être sans objet avec la loi, voire contraire à son objectif :

Car,

- a) le droit de l'auteur ne se limite pas au droit à rémunération, il comprend le droit essentiel d'autoriser ou d'interdire l'usage de son œuvre, co-substantiel de la propriété intellectuelle.

La limitation du délit aux seules œuvres protégées soumises à rémunération est la négation de l'existence et du développement du secteur de la création non marchandisé, qui bien que n'exigeant pas une rémunération, dans certains cas, n'en revendique pas moins pour autant le respect de la propriété intellectuelle.

En réduisant dans le cas présent la propriété intellectuelle au seul droit à rémunération, le législateur a procédé implicitement à l'expropriation pure et simple d'un des attributs essentiels de cette propriété – le droit d'autoriser ou d'interdire, fondement même du droit exclusif, et donc le droit pour l'auteur de fixer les limites de l'usage de sa création fusse à titre gratuit, circonstance qui justifie au contraire pleinement le droit pour le titulaire de pouvoir faire respecter les limites de ce qu'il entend partager.

Celui qui partage devrait-il être discriminé et donc sanctionné par moins de droits que celui qui se fait rémunérer ?

Ce faisant, le législateur a non seulement ignoré la réalité nouvelle de l'environnement de la société de l'information, c'est à dire l'émergence d'un secteur de la création non marchand, mais il a opéré une différenciation de traitement dans la protection des catégories d'auteurs discriminatoires car sans motif d'intérêt général précis, justifiée et proportionnée au regard de l'objet de la disposition - la protection de la propriété intellectuelle - et entraînant ainsi une atteinte au droit de propriété.

En effet, l'objectif du législateur est d'assurer la protection des titulaires de droits de propriété intellectuelle, il est donc injustifié, et même contraire, à cet objectif de distinguer entre le secteur marchand et le secteur non marchand, en interdisant l'édition, la mise à disposition, ou la communication au public de logiciels d'échange pour le premier et en l'autorisant pour le second, consentant ainsi à livrer le secteur non marchand aux méfaits dont il veut protéger le secteur marchand.

- b) les droits voisins sont exclus de la disposition. Seules sont visées les œuvres soumises à rémunération du droit d'auteur, ce qui induit que les droits voisins sont exclus du champ d'application de la disposition protectrice.

Cette discrimination flagrante n'a pas de motif énoncé. Elle est injustifiable.

Des créations et des investissements qui ne sont pas éligibles au droit d'auteur bénéficient du régime de la propriété intellectuelle : l'interprétation des artistes, les producteurs de phonogrammes ou des bases de données... Ces prestations ou objets sont protégés par les droits voisins.

Les écarter du champ d'application de la disposition protectrice de la propriété intellectuelle constitue une différenciation de traitement de caractère discriminatoire non conforme à la constitution, outre l'atteinte manifeste au droit de propriété des titulaires de droits voisins, dont l'exclusion entraîne dénaturation du sens et de la portée de cette propriété.

.2 sur la discrimination des logiciels de « pair à pair » (art. 24 de la loi)

L'article 24 de la loi introduit une différence de traitement pénal entre les reproductions d'un objet protégé non autorisées à des fins personnelles, mis à disposition à partir d'un logiciel de « pair à pair » d'une part ou d'un autre vecteur de communication d'autre part.

Si le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ou à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, il faut que dans l'un et l'autre cas la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit et que son motif soit précisé » (décision n° 91-304 DC du 15 janvier 1992)

Outre la violation du principe constitutionnel de la légalité des peines et des délits (le logiciel de « pair à pair » étant juridiquement indéfini et techniquement indéfinissable) cette disposition introduit une différence de traitement entre les vecteurs de communication qui ne repose sur aucune justification objective.

En effet, l'atteinte au droit de la propriété intellectuelle est identique qu'elle résulte d'un logiciel de pair à pair ou d'un autre vecteur de communication (forums, « news group », partage de disque dur, messagerie instantanée, ...).

La différence de traitement pénal fondé sur le vecteur de communication ne repose sur aucun motif précis énoncé et donc justifié ; elle entraîne en conséquence une rupture d'égalité devant la loi non conforme à la constitution.

.3 sur l'atteinte au droit de propriété des artistes interprètes (art. 44 de la loi)

Si la légitimité de l'objectif de cette disposition visant à permettre à l'Institut National de l'Audiovisuel d'assurer ses missions de service public est incontestable, sa mise en œuvre par la loi porte une atteinte disproportionnée et injustifiée au droit de propriété des artistes interprètes.

En effet, en conférant aux organisations de salariés représentatives des artistes-interprètes le pouvoir exclusif d'autoriser, d'interdire et de définir les conditions d'exploitation des interprétations des artistes-interprètes, la loi les dépouille d'un attribut essentiel du droit de propriété et par conséquent les cessionnaires ou mandataires choisis par eux, dont les sociétés de perception et de répartition de droits.

Le législateur n'a pas cru devoir justifier du motif précis d'intérêt général de cette atteinte au droit de propriété.

Au surplus, un tel régime d'exception au profit d'une seule institution opère une discrimination au préjudice d'autres établissements poursuivant les mêmes objectifs d'intérêt général de conservation et de diffusion de fonds documentaires.

En outre, cette atteinte n'est assortie d'aucune garantie de transparence, caractérisant ainsi une incompétence négative du législateur.

Le Conseil pourra enfin s'interroger sur la conformité d'une telle disposition avec la directive que la loi a pour objet de transposer et qui fixe limitativement les exceptions autorisées aux droits exclusifs notamment des artistes-interprètes.

5. Un nouveau régime de la copie privée incohérent et porteur d'une insécurité juridique

Plusieurs des dispositions nouvelles de la loi, telles qu'elles se combinent avec le régime antérieur qui est maintenu, aboutissent à un régime de la copie privée qui est désormais à la fois gravement incohérent et porteur d'une insécurité juridique portant une atteinte disproportionnée à la propriété privée en matière d'œuvres de l'esprit, aux droits des destinataires de ces mêmes oeuvres et à la protection de la vie privée comme principes de portée constitutionnelle.

L'article 16 de la loi, en permettant aux ayants droit d'« assigner pour objectif » aux mesures techniques de protection « de limiter le nombre de copies » établit un pouvoir d'interdire ou d'autoriser la copie privée, sans qu'ait pourtant été réaménagée en conséquence la disposition du code de la propriété intellectuelle qui, dans la définition même de cette exception, pose tout à l'inverse le principe que les titulaires de droits « ne peuvent interdire » les usages y correspondant.

La loi fixe par ailleurs des limites juridiques nouvelles à la copie privée, d'une part en définissant à son article 24 une nouvelle infraction conventionnelle correspondant aux pratiques personnelles de téléchargement par usage d'un logiciel de pair au pair (pratique que le juge avait antérieurement été souvent conduit à assimiler à la copie privée), d'autre part, en affirmant à son article 16 que les diverses exceptions, dont celle de copie privée, pourront désormais être subordonnées « à un accès licite » à l'œuvre concernée, condition qui n'était antérieurement incluse ni dans la définition de la copie privée ni dans les critères fondant la fixation de sa rémunération.

Enfin, pour tenter de sauvegarder l'équité du dispositif, l'article 19 de la loi prévoit que la fixation de la rémunération pour copie privée qui jusqu'ici ne dépendait que de la capacité des supports de copie, prendra également en compte le « degré d'utilisation » des mesures techniques de protection et « leur incidence sur les usages relevant de l'exception de copie privée », et précise que cette ressource ne peut désormais « porter rémunération des actes de copie privée ayant déjà donné lieu à compensation financière ».

Pour les auteurs comme pour les usagers, la superposition contradictoire de ces dispositions conduit aux plus grandes incertitudes quant aux conditions d'application et effets du régime en découlant :

Dans l'exercice du pouvoir de limiter le nombre des copies autorisées qui leur est désormais reconnu, les titulaires de droits sont en effet soumis à une série de limitations externes qui leur rend impossible d'être raisonnablement assurés de la licéité et des conséquences économiques des décisions qu'ils prendraient. La nouvelle autorité indépendante créée par l'article 17 de la loi est ainsi habilitée à « fixer le nombre minimal de copies autorisées dans le cadre de l'exception pour copie privée », cette fixation pouvant contredire a posteriori la décision initiale de tout ayant droit. En outre, le juge auquel la loi confie à tort d'évaluer chaque exception au regard du « test en trois étapes », pourra également retenir une estimation du nombre de copies devant être autorisées moins restrictive que celle des ayants droit. Ceux-ci sont ainsi exposés à des risques de démentis juridiques par des autorités extérieures qui interdisent un exercice raisonnable et paisible du droit de limitation de la copie privée que la loi entend leur attribuer

En outre, ils se trouvent désormais exposés au risque que l'exercice de ce même droit induise des conséquences économiques imprévisibles sur la rémunération pour copie privée. Ce droit s'exercera en effet pour chacun dans la méconnaissance totale des incidences qui en seront ultérieurement tirées quant à la fixation du niveau de la rémunération. De plus, en n'ayant introduit ces nouveaux critères qu'au niveau de la fixation des barèmes globaux de perception de la rémunération et non pas également à celui des critères de répartition individuelle de cette ressource, la loi est porteuse d'une rupture d'égalité injustifiable entre ayants droits, ceux ne pratiquant pas de limitation du nombre des copies subissant au même titre que les autres les conséquences à la baisse de la rémunération résultant de l'usage global fait de cette possibilité.

Dans le même temps et à l'inverse, le nouveau régime expose chacun des titulaires ayant pratiqué une telle limitation à une contestation juridique visant à requalifier les copies ainsi autorisées *a priori* comme des usages intrinsèquement définis et prévus dans le prix initial exigé du consommateur, et à les exclure de ce fait de la rémunération pour copie privée comme « ayant déjà donné lieu à compensation financière ». Le risque est même des plus élevés que des décisions juridictionnelles contradictoires interviennent sur la nature de la rémunération applicable aux copies qui seraient limitativement autorisées a priori par les titulaires de droits : partie implicite du prix de cession, ou usage ouvrant droit à la répartition ultérieure de la rémunération pour copie privée. Il en résulte pour les ayants droits une incertitude juridique et économique incompatible avec un exercice paisible de leurs droits de propriété intellectuelle.

Des atteintes non moins injustifiables à l'intimité de la vie privée, à l'équité économique et à leurs droits fondamentaux sont portées à l'encontre des usagers.

En premier lieu, une incertitude majeure est créée pour eux quant à la licéité de pratiques qu'ils peuvent, en toute bonne foi, considérer comme relevant de la copie

privée, au regard de l'article 24 définissant ceux des actes de téléchargement qui, tout en faisant exception au délit de contrefaçon, relèvent désormais d'une infraction contraventionnelle. Cette définition laisse en effet gravement indéterminée la qualification des actes de téléchargement réalisés par des procédés autres que de pair à pair, mais aussi de ceux qui répondraient à « un usage privé du copiste » (au sens de la copie privée) sans que cet usage « privé » puisse être considéré comme se limitant « à des fins personnelles » au sens de l'article 24. Dès lors qu'ils sont explicitement exclus du régime d'exception prévu à l'article 24, le juge devra-t-il faire retomber de tels actes dans le droit commun de la contrefaçon ? ou au contraire admettre qu'à la différence du téléchargement par pair à pair ou à des fins personnelles, ces mêmes actes relèvent simplement du domaine licite de la copie privée ? A l'évidence, l'une ou l'autre de ces solutions alternatives sont absurdes et introduisent, dans un sens ou un autre, une rupture majeure d'égalité entre des pratiques d'une nature et d'une portée très voisines. Il en résulte sans motif justifiable un degré d'incertitude et un trouble de jouissance incompatibles avec l'exercice normal des droits des usagers, destinataires des œuvres de l'esprit et de la liberté d'expression.

La loi a par ailleurs gravement omis de préciser les critères et les modalités de contrôle et de preuve selon lesquels il pourrait être établi qu'un acte de copie réalisé dans l'espace privé ne se fonde pas sur « un accès licite » à l'œuvre concernée au sens de l'article 16, ou excède des « fins personnelles » au sens de l'article 24. De ce fait, alors qu'aucune de ces deux vérifications ne saurait à l'évidence être effectuée sans ingérence publique majeure dans l'intimité de la vie privée, le législateur a négligé de définir précisément, comme cela s'imposait à lui, les conditions de la légalité de telles incursions.

Enfin, du point de vue de l'équité économique, les usagers, de manière symétrique aux ayants droit, ne peuvent désormais raisonnablement savoir lors de l'acquisition d'une œuvre faisant l'objet d'une limitation du nombre de copies, si ces copies relèvent désormais de l'exploitation normale de l'œuvre telle qu'elle est soumise au pouvoir d'autoriser et d'interdire, ou si elles entrent dans le champ justifiant la rémunération pour copie privée. Plus globalement, la fixation de cette rémunération par une commission souveraine, échappant au pouvoir parlementaire et où les représentants des consommateurs restent très minoritaires, ne leur garantit en rien que les réajustements censés être opérés en fonction de l'incidence des mesures techniques de limitation seront effectivement proportionnés aux restrictions apportées à l'exercice effectif de la copie privée. Un risque majeur d'inéquité économique est ainsi ouvert par la loi.

Pour toutes ces raisons, la censure de ce nouveau régime ne pourra qu'intervenir.

En conséquence,

Au regard des nombreuses insuffisances et irrégularités qui viennent d'être soulignées les requérants sollicitent que le Conseil constitutionnel, se saisisse d'office de la question de la conformité à la Constitution, tant dans la forme que dans le fond, de la loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information.

* * *

Nous vous prions de croire, Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs les membres du Conseil Constitutionnel, à l'expression de notre haute considération.