

10^e et 9^e sous-sections réunies
Séance du 2 juin 2014
Lecture du 25 juin 2014

CONCLUSIONS

M. Edouard CRÉPEY, rapporteur public

Le droit reconnu par le code de la propriété intellectuelle (CPI) à l'auteur d'une œuvre, en particulier musicale ou audiovisuelle, de consentir à sa reproduction comme à sa représentation et d'en tirer un profit pécuniaire connaît l'une de ses exceptions les plus notables dans la faculté laissée à toute personne d'en réaliser une copie strictement réservée à son usage privé et non destinée à une utilisation collective. Cette **exception de copie privée**, énoncée au 2° de l'article L. 122-5 du CPI mais trouvant sa source dans l'article 41 de la loi n° 57-298 du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique, vaut aussi, en vertu de l'article L. 211-3, 2° du même code, à l'égard des titulaires de droits voisins des droits d'auteurs, c'est-à-dire des artistes-interprètes, des producteurs et des entreprises de communication audiovisuelle.

Dans un contexte d'équipement croissant des ménages en lecteurs de cassettes et magnétoscopes, les articles 31 et suivants de la loi n° 85-660 du 3 juillet 1985 dite loi Lang ont toutefois assorti cette licence légale d'un **régime original de « rémunération » des auteurs, artistes-interprètes et producteurs**. Cette rémunération, régie par les articles L. 311-1 et suivants du CPI, n'en est pas vraiment une. Outre qu'elle est évaluée selon un mode forfaitaire et que la loi impose une clef de répartition déterminée entre auteurs, artistes-interprètes et producteurs, les sociétés de perception et de répartition des droits sont tenues par l'article L. 321-9 d'en affecter 25 % du produit à des actions d'aide à la création ou à la diffusion du spectacle vivant et de formation des artistes. Du moins s'agit-il d'une forme de compensation, selon le terme retenu tant par votre jurisprudence (CE, 11 juillet 2008, n° 298779, *Simavelec*, Rec. p. 263, concl. M^{me} C. Vérot RJEP 2008 p. 659, note N. Binctin CCE n° 11/08 p. 7, note F. Pollaud-Dulian RTD Com 2008 p. 747) que par celle du Conseil constitutionnel (CC, 20 juillet 2012, n° 2012-263 QPC, *Simavelec*, Rec. p. 386, cons. 5).

Toujours est-il que les redevables en sont les fabricants et importateurs de supports d'enregistrement utilisables pour la reproduction à usage privé d'œuvres, que son fait générateur est la mise en circulation des produits concernés et que les taux, sur lesquels vous exercez un contrôle restreint (CE, 25 novembre 2002, n° 229447, *Simavelec*, T. p. 719, note CM D.A. février 2003 p. 22, note F. Sardain JCP E n° 15/2003 p. 646), en sont fixés par **une commission présidée par un représentant de l'Etat** et pour le reste composée pour moitié de représentants des bénéficiaires du droit à rémunération et pour l'autre moitié de représentants de ceux qui en supportent juridiquement ou effectivement la charge, c'est-à-dire des fabricants ou importateurs et des consommateurs.

Pour chaque type de support, la commission statue, selon l'article L. 311-4 du CPI, **en fonction à la fois de la durée ou de la capacité d'enregistrement qu'il permet et des usages** ; entrent donc en considération, dans ses choix, non seulement des données techniques, mais aussi des éléments d'appréciation, fondés sur des enquêtes réalisées auprès des consommateurs, sur le recours plus ou moins effectif, en moyenne, aux capacités d'enregistrement offertes par le support.

Depuis 1985, le régime ainsi défini n'a pas été remis en cause dans ses principes. Il a même été étendu aux œuvres graphiques, photographiques, écrites et plastiques par l'article 15 de la loi n° 2001-624 du 17 juillet 2001 portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel, puis surtout **consacré au niveau européen** par 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 : en son article 5 § 2, celle-ci laisse aux Etats membres la faculté de prévoir une exception de copie privée « *à condition que les titulaires de droits reçoivent une compensation équitable* ».

Force est en revanche de constater que les **mutations technologiques** intervenues depuis l'époque où il a été conçu n'en finissent pas de bousculer le dispositif de la copie privée.

Seules étaient en pratique concernées, à l'origine, les **cassettes audio et vidéo analogiques**, sur lesquelles il n'était pas exagérément difficile de s'accorder. La décision de la commission fixant le montant des rémunérations correspondantes, prise le 30 septembre 1986, est d'ailleurs restée en vigueur pendant près d'une quinzaine d'années et avait franchi avec succès l'épreuve du contentieux (CE, 19 mars 1997, n° 81627, *Simavelec*, Rec. p. 98).

L'**irruption du numérique** a radicalement changé les données du problème à la fin des années 1990. Induisant un développement considérable de la copie privée du fait des facilités offertes par la qualité technique des opérations de reproduction et la possibilité d'interconnecter matériels et réseaux, elle exigeait une extension de la liste des supports assujettis à la rémunération. Nantie d'un avis rendu par le Conseil d'Etat à la demande du Gouvernement (10 octobre 2000, n°365310, EDCE n° 52, 2001 p. 198), une commission recomposée par un arrêté du 13 mars 2000 s'est attelée à la tâche avec une décision n° 1 du 4 janvier 2001 ; quatorze autres allaient suivre, pour prendre en compte, après les CD et DVD, les clefs USB et disques durs, les smartphones puis les tablettes et les GPS ou autoradios. C'est dire combien la situation est devenue évolutive, le *cloud computing* rebattant aujourd'hui les cartes de manière peut-être plus radicale encore.

Courant ainsi après les évolutions technologiques, la commission prévue à l'article L. 311-5 du CPI est en outre confrontée à un **environnement juridique de plus en plus complexe** et dont les redevables explorent les moindres failles. Les sommes en jeu ne sont, il est vrai, pas négligeables, les recettes de la rémunération pour copie privée ayant atteint jusqu'à 192 M€ en 2011 selon des données du ministère de la culture. Aussi un contentieux nourri a-t-il été engagé par les industriels concernés et il faut se résoudre à constater que, parmi les six décisions qui ont été contestées devant vous dans les délais, aucune, à l'exception de la toute première de 2001 (décision précitée *Simavelec* du 25 novembre 2002) n'a trouvé grâce à vos yeux.

Les recettes de la copie privée ont ainsi été **doublement écornées**.

Vous avez d'abord exclu de l'assiette de la rémunération **les usages illicites** des supports d'enregistrement. Observant qu'elle a pour unique objet de compenser pour les auteurs, interprètes et producteurs la perte de revenus engendrée par l'usage qui est fait licitement et sans leur autorisation de copies de leurs œuvres à des fins strictement privées, vous en avez déduit que la détermination de son montant ne peut prendre en considération que les copies licites, et notamment les copies réalisées à partir d'une source acquise licitement, mais non pas le préjudice subi par les titulaires de droits d'auteur du fait des copies illicites de vidéogrammes ou de phonogrammes. Vous avez, pour ce motif, annulé la décision de la commission n° 7 du 20 juillet 2006, qui avait fixé un barème ne tenant pas compte de cette distinction (CE, 11 juillet 2008, n° 298779, *Simavelec*, Rec. p. 263, concl. M^{me} C. Vérot RJEP 2008 p. 659, note N. Binctin CCE n° 11/08 p. 7, note F. Pollaud-Dulian RTD Com 2008 p. 747), puis, pour la même raison, les décisions n° 8 du 9 juillet 2007 (CE, 17 décembre 2010, n° 310195, *SFIB et autres*, T. p. 769, note M^{me} O. Bui-Xuan AJDA 2011 p. 854, note A. Troianiello RL Droit de l'immatériel n° 73, 2011, p. 9), n° 9 du 11 décembre 2007 (CE, 17 décembre 2010, n° 314308, *SFIB*, inédit) et n° 10 du 27 février 2008 (CE, 17 décembre 2010, n° 315832, *SFIB et autre*, inédit). Comme le relève le SFIB dans un récent mémoire, cette solution vient d'ailleurs de trouver un prolongement au niveau européen (CJUE, 10 avril 2014, aff. C-435/12, *ACI Adam BV e.a. c/ Stichting de Thuiskopie et Stichting Onderhanelingen Thuiskopie vergoeding*, à publier au Recueil, point 32 à 41).

La décision n° 11 du 17 décembre 2008, qui refondait entièrement le dispositif pour tirer les conséquences de cette première série d'annulations, s'est heurtée à un autre écueil. Vous inscrivant dans les pas d'un arrêt de la Cour de Luxembourg interprétant la directive du 22 mai 2001 (CJUE, 21 octobre 2010, aff. C-467/08, *Padawan SL c/ Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE)*, Rec. p. I-10055, note M^{me} J. Daleau D.2010.2646, note M^{me} L. Marino JCP G n° 50/2010 p. 2346, note M^{me} E. Bouchet-Le Mappian RL Droit de l'immatériel n° 66, 2010, p. 10, vous avez jugé qu'il eût fallu qu'elle exonère les supports d'enregistrement dont les conditions d'utilisation ne permettent pas de présumer un usage à des fins de copie privée, et notamment ceux qui sont **acquis à des fins professionnelles** (CE, 17 juin 2011, n° 324816 sq, *Canal+ Distribution et autres*, Rec. p. 296, concl. M^{me} D. Hedary RL Droit de l'immatériel n° 74, 2011, p. 18, note A. Troianiello LPA 16 novembre 2011 n° 228 p. 5) ; vous en avez donc prononcé l'annulation.

C'est une décision n° 15 du 14 décembre 2012 qui en a tiré les conséquences en procédant à nouveau à la refonte complète du régime de la rémunération pour copie privée. Elle fait l'objet de plusieurs recours que nous vous proposerons d'examiner dans les tout prochains mois. Entretemps toutefois, et avant même l'annulation de la décision n° 11, avaient été prises de simples décisions modificatives et, notamment, une **décision n° 13 du 12 janvier 2011** sur la légalité de laquelle vous êtes appelés, à la demande de sept requérants ou groupes de requérants, à vous prononcer aujourd'hui.

Son objet, à la considérer plus en détail, est **triple**.

Elle **étend d'abord la liste des supports donnant lieu à rémunération**. Sont désormais concernés, à un tarif que la décision détermine également, les mémoires et disques durs intégrés à des systèmes de GPS ou autoradios destinés à des véhicules automobiles

(articles 1^{er} à 3) ainsi que les tablettes tactiles multimédias avec fonction baladeur et munies d'un système d'exploitation (articles 4 à 7).

En son article 8, la décision n° 13 complète en outre la décision n° 11 en y insérant un article 7-1 pour prévoir un régime particulier pour les cartes mémoires (visées à l'ancien article 7) vendues **sous le même emballage** qu'un appareil d'enregistrement (en offre groupée ou « *bundle* »).

En son article 9, enfin, elle **revoit les barèmes** fixés par la décision n° 11 pour les clés USB, cartes mémoires et disques durs externes afin de prendre en compte l'extension de leur capacité, permise par les progrès de la technique.

*

L'**intérêt pour agir** des différents requérants, qu'il s'agisse de syndicats et groupements professionnels ou directement de fabricants ou importateurs de matériels assujettis, n'est pas douteux et n'est d'ailleurs pas contesté en défense, sauf de manière inconsistante pour la société Blackberry Ltd. Leurs requêtes, qui relèvent de votre compétence de premier ressort pour être dirigées contre un acte réglementaire d'une autorité à compétence nationale, au sens du 2° de l'article R. 311-1 du CJA ne soulèvent aucune autre question de recevabilité et vous en viendrez donc au fond de l'affaire.

A cet égard, la difficulté qu'il y a à déterminer **les effets, sur le sort de la décision attaquée, de l'annulation de celle sur laquelle elle prend pour partie appui pour la modifier**, n'est pas la moindre. Votre 10^e sous-section, chargée de l'instruction de l'affaire, a d'ailleurs pris l'initiative de communiquer aux parties un moyen relevé d'office tendant à voir dans cette annulation un motif suffisant pour prononcer l'annulation de celles des dispositions de la décision n° 13 qui ont avec un lien suffisamment fort avec la décision n° 11, c'est-à-dire en pratique de ses articles 8 et 9. Tel n'est pourtant pas notre sentiment.

Il se trouve en effet, en tout état de cause, que vous avez, comme le permet votre jurisprudence *Association AC ! et autres* (CE, Assemblée, 11 mai 2004, n^{os} 255886 et suivants, Rec. p. 197 avec concl. Ch. Devys, note C. Landais et F. Lenica AJDA 2004 p. 1183, étude J.-H. Stahl et A. Courrèges RFDA 2004 p. 438, GAJA 19^e éd. n° 110), assorti l'annulation de la décision n° 11 d'un **différé de six mois**, sous la réserve usuelle et indispensable des actions contentieuses déjà engagées contre des actes pris sur le fondement des dispositions annulées.

Or il n'est pas douteux à nos yeux que, ce faisant, vous avez entendu **préserver les effets passés de cette décision**, et non pas seulement reporter de six mois la prise d'effet d'une annulation qui aurait conservé le moment venu son caractère rétroactif.

Vous savez que, même si le considérant de principe issu de la décision *Association AC ! et autres* mériterait sur ce point une clarification, la jurisprudence admet les deux possibilités. Or force est de constater que la rédaction très ramassée du dispositif de votre décision du 17 juin 2011 n'est **pas parfaitement explicite**. Rapproché, surtout, de celui d'autres arrêts dans lesquels vous avez bien pris soin de préciser, après avoir décidé que l'annulation prononcée ne prendrait effet que postérieurement à la décision, que par ailleurs les effets produits par les dispositions attaquées antérieurement à leur annulation seraient

réputés définitifs (CE, 2 décembre 2011, n° 347497, *FNATH, Association des accidentés de la vie et autres*, T. p. 1102 ; CE, Assemblée, 23 décembre 2013, n°s 363702 et 363719, *Société Métropole Télévision (M6) et Société Télévision française 1 (TF1)*, Rec. p. 323, note E. Derieux RL Droit de l'immatériel n° 101, 2014, p. 41, note M^{me} P. Idoux RJEP n° 721 p. 20), il peut faire naître une hésitation à la première lecture.

Mais c'est bien, ici aussi, à une **abrogation à effet différé** que vous avez entendu procéder, comme le révèlent, dans les motifs, l'observation selon laquelle une annulation rétroactive serait à l'origine des plus graves incertitudes quant à la situation et aux droits des ayants droit comme des entreprises contributrices et pourrait provoquer des demandes de remboursement ou de versements complémentaires dont la généralisation serait susceptible d'affecter profondément la continuité du dispositif de rémunération pour copie privée.

Le recours à ce que V. Daumas appelait « *la forme la plus achevée de modulation qu'autorise la jurisprudence AC !* » était certes particulièrement audacieux dans un cas où le vice identifié dans la décision attaquée était un manquement aux exigences du droit de l'Union et où par conséquent la possibilité de **procéder de vous-mêmes, sans autorisation de la Cour de Luxembourg, à une quelconque modulation** n'allait nullement de soi, fût-ce pour éviter de remettre en vigueur des décisions encore plus nettement contraires au droit européen (voyez les développements consacrés à la question par X. Domino et M^{me} A. Bretonneau dans une chronique à l'AJDA 2012 p. 2373). Mais tel est bien le choix que vous aviez fait et qui a d'ailleurs été compris comme tel par l'ensemble des parties prenantes, comme le montre par exemple le fait que la tentative du législateur de procéder à une validation n'ait concerné que les actions contentieuses engagées avant l'intervention de votre décision (tentative vaine, comme on sait : CC, 15 janvier 2013, n° 2012-287 QPC, *SFR*, à publier au Recueil, note P. Sirinelli RIDA 2013 p. 274).

Nous pensons donc qu'en dépit de « l'annulation » intervenue le 17 juin 2011, la décision n° 11 n'est pas réputée n'être jamais intervenue et qu'il ne saurait donc en tout état de cause y avoir matière à annulation par voie de conséquence de la décision n° 13. Vous devrez donc statuer au fond sur les vices propres dont celle-ci est susceptible d'être entachée. Car, et c'est notre troisième série d'observations préalables, nous ne pensons pas que **l'intervention du législateur** puisse vous conduire à prononcer un non-lieu à statuer sur les requêtes dont vous êtes saisis.

Dans ses conclusions, votre rapporteur public Delphine Hedary vous avait suggéré d'accorder un « *délai de gestation de neuf mois* » afin que la commission « *accouche d'une belle décision (...) viable* », c'est-à-dire de nature à éviter de « *réalimenter mécaniquement la machine à contentieux* ». Elle avait été bien inspirée car, à l'expiration du délai de six mois que vous aviez finalement préféré, soit le 22 décembre 2011, la commission n'avait **pas été en mesure de prendre une nouvelle décision** compte tenu notamment de la nécessité de réaliser de nouvelles études d'usage. Cette situation a conduit à ce qu'*in extremis*, une loi n° 2011-1898 du 20 décembre 2011 relative à la rémunération pour copie privée vienne assurer la continuité en prévoyant en son article 6, I que, jusqu'à l'entrée en vigueur de la plus proche décision de la commission et au plus tard jusqu'au dernier jour du douzième mois suivant la promulgation de la loi, seraient applicables à la rémunération pour copie privée « *les règles, telles que modifiées par les dispositions de l'article L. 311-8 du même code dans sa rédaction issue de la présente loi, qui sont prévues par la décision n° 11 du 17 décembre*

2008 (...), dans sa rédaction issue des décisions n° 12 du 20 septembre 2010 (...) et n° 13 du 12 janvier 2011 (...) ».

Vous pourriez dès lors être tentés de transposer la jurisprudence sur le **non-lieu législatif**, voulant que la ratification par la loi d'une ordonnance de l'article 38 de la Constitution prive d'objet les recours dirigés contre l'ordonnance elle-même ou contre le refus de l'abroger (CE, 23 octobre 2002, n° 232945, *Société « Laboratoires Juva Santé »*, T. p. 881, note M^{me} D. Costa AJDA 2003 p. 27). Mais cette solution ne vaut que parce que la loi de ratification donne rétroactivement valeur législative à l'ordonnance. Or la disposition qui nous intéresse ne fait que s'approprier pour l'avenir, en les modifiant légèrement, les critères fixés par une décision administrative annulée par le juge. Il s'agissait, selon l'exposé des motifs du projet de loi n° 3875, déposé le 26 octobre 2011 sur le bureau de l'Assemblée nationale, d'éviter l'arrêt temporaire des versements au profit des titulaires de droits. Or, pour le passé, le différé d'annulation suffisait à remplir cet objectif, sauf pour les contentieux en cours pour lesquels une validation était distinctement prévue par le II de l'article 6 de la même loi ; le I, lui, ne dispose que pour l'avenir.

Il est vrai que, saisi de cette disposition par la voie de la QPC, le Conseil constitutionnel l'a traitée, pour la déclarer **conforme à la Constitution**, comme une loi de validation (CC, 20 juillet 2012, n° 2012-263 QPC, *Simavelec*, Rec. p. 386, note P. Sirinelli RIDA 2013 p. 274). Mais il ressort des Commentaires aux Cahiers que c'est parce qu'elle avait pour effet de faire vivre au-delà du 22 décembre 2011 une décision qui, à défaut, aurait été abrogée à cette date, et non parce qu'elle avait un effet rétroactif. Nous sommes donc résolument d'avis qu'elle ne prive pas d'objet les recours dirigés contre la décision n° 13.

Il n'est que temps d'en venir **au fond de l'affaire**.

*

Parmi les moyens de **légalité externe**, aucun ne retient véritablement l'attention.

Contrairement à ce que soutient notamment le SFIB, rien n'obligeait le président de la commission à faire usage de la faculté que lui donne l'article L. 311-5 du CPI de demander une **seconde délibération**, quelle qu'ait été la demande en ce sens du collègue des industriels.

La société Blackberry Ltd soutient par ailleurs que la décision est **insuffisamment motivée** faute de préciser la méthodologie retenue pour le calcul de la rémunération due au titre de la vente de tablettes tactiles multimédias. Mais ni le CPI ni aucun autre texte n'imposent à la commission de motiver ses décisions, qui présentent un caractère réglementaire.

Le SNII observe quant à lui que la commission a **omis de viser la directive** 2001/29/CE du 22 mai 2001 mais on sait qu'une telle circonstance est sans influence sur la légalité de la décision (voyez par exemple CE, 21 juin 1968, n^{os} 67858 et 67859, *Lichtenstein et Barault*, T. p. 825).

Beaucoup plus sérieuse est la critique tirée par le SFIB, sur un moyen qu'on peut hésiter à rattacher à la légalité externe ou à la légalité interne, de ce que les barèmes de

rémunération fixés par la décision n° 13 ont été adoptés **sans étude préalable des usages** des supports en cause.

Ce n'est certes que la loi déjà mentionnée du 20 décembre 2011, postérieure à la décision attaquée, qui a expressément imposé que le montant soit fonction non seulement du type de support et de la durée ou de la capacité d'enregistrement qu'il permet, mais aussi de l'usage de chaque type de support et que cet usage soit apprécié sur le fondement d'enquêtes. Dès avant, toutefois, vous aviez, par votre décision *Canal + Distribution* et autres du 17 juin 2011 précitée, déduit des termes pourtant moins explicites de la loi alors en vigueur que, pour fixer la rémunération, la commission devait recourir à **des enquêtes et sondages** qu'il lui appartenait d'actualiser régulièrement et que, si cette méthode repose nécessairement sur des approximations et généralisations, celles-ci devaient toujours être fondées sur une étude objective des techniques et des comportements, sans pouvoir reposer sur des hypothèses ou des équivalences supposées.

Or il est constant qu'en l'espèce, c'est par équivalence que la commission a raisonné, sans se fonder sur **aucune étude d'usage**, que ce soit pour l'augmentation du tarif des clés USB, cartes mémoires et disques durs externes de grande capacité, pour l'alignement du tarif des cartes mémoires vendues en offre groupée avec un appareil d'enregistrement (le plus souvent un téléphone mobile) sur le taux applicable à ce dernier, ou enfin pour la fixation des tarifs concernant les tablettes tactiles (alignés sur ceux des téléphones mobiles) et systèmes de navigation automobile (alignés sur ceux des lecteurs MP3), jusqu'alors non assujettis.

Nous ne croyons **pas possible**, même en l'absence de disposition expresse encore en vigueur, de laisser la commission procéder de la sorte. On ne saurait en effet soutenir, comme les défendeurs essaient de le faire, que la présomption d'exercice de l'exception de copie privée reconnue par la jurisprudence européenne (cf. en particulier l'arrêt *Padawan*) puisse impliquer, faute de mieux, une présomption d'identité d'usage entre supports de types différents. S'agissant spécifiquement des cartes mémoires en offre groupée, l'alignement sur le tarif applicable à l'appareil d'enregistrement associé ne nous paraît par ailleurs pas un argument suffisant, contrairement à ce qui est soutenu en défense, pour se dispenser de toute étude, l'écart créé par rapport au tarif applicable à la vente simple étant loin d'aller de soi. Enfin pour le dé plafonnement concernant les clés USB, cartes mémoires et disques durs externes, les discussions qui ont eu lieu au sein de la commission lors de ses séances des 20 septembre et 15 novembre 2010 ne sauraient tenir lieu d'études d'usage, seules y ayant vraiment été examinées les demandes des ayants-droits et leur impact possible sur l'équilibre économique des filières concernées.

La seule hésitation concerne les tablettes tactiles, pour lesquelles, mesurant elle-même la fragilité de son dispositif, la commission a arrêté des **tarifs à caractère provisoire**, applicables jusqu'à l'entrée en vigueur d'un barème définitif et au plus tard jusqu'au 31 décembre 2011. Or la loi du 20 décembre 2011, insérant à cette fin un quatrième alinéa à l'article L. 311-4 du CPI, a admis qu'un support puisse être assujetti pour une durée maximale d'un an sans qu'il ait été préalablement procédé à des enquêtes lorsque du moins des éléments objectifs permettent d'établir qu'un support peut être utilisé pour la reproduction d'œuvres à usage privé. Il nous semble difficile de se montrer plus exigeants par la voie jurisprudentielle que ne l'est devenue la loi, et nous sommes d'avis, en définitive, que le moyen tiré de

l'absence d'études ne justifie que l'annulation partielle de la décision attaquée, réserve faite, donc, des dispositions intéressant les tablettes tactiles.

Pour ces dernières, toutefois, comme d'ailleurs pour les autres, la critique procédurale se double d'une critique de fond, selon laquelle la rémunération décidée **ne reflète nullement leur usage réel** comme support de copie privée. Mais vous vous en tenez en la matière à un contrôle de l'erreur manifeste et nous n'avons pas vu d'élément suffisamment argumenté dans les écritures des parties pour accueillir ce moyen.

Reste en revanche l'erreur de droit dont est entachée la décision n° 13 comme l'était auparavant la décision n° 11 : en ne prévoyant pas la possibilité d'exonérer les **supports acquis à des fins notamment professionnelles** ne permettant manifestement pas de présumer un usage à des fins de copie privée, la commission est allée au-delà de la compensation équitable qui, seule, justifie l'assujettissement à une rémunération de la mise en circulation de matériels ou supports d'enregistrement. Rien ne justifie à nos yeux que vous reteniez cette fois-ci une solution différente d'il y a trois ans.

Il est vrai que, depuis lors, la Cour de Luxembourg a, par un arrêt du 11 juillet 2013 (CJUE, 11 juillet 2013, aff. C-521/11, *Amazon.com International Sales Inc. et autres c/ Austro-Mechana Gesellschaft zur Wahrnehmung mechanisch-musikalischer Urheberrechte Gesellschaft mbH*, à publier au Recueil, note M^{me} C. Castets-Renard D.2013.2209, note L. Costes RL Droit de l'immatériel n° 96, 2013, p. 18), apporté une précision à la jurisprudence *Padawan* dont vous vous étiez inspirés. Maintenant fermement le principe du non-assujettissement des usages autres que la réalisation de copies à usage privé (point 28), elle a admis qu'une redevance puisse néanmoins, pour des raisons de simplicité qui doivent cependant être solidement documentées (point 35), s'appliquer indistinctement à l'ensemble des supports mis en circulation, pour autant qu'un tel système soit assorti d'un mécanisme de **droit à remboursement effectif** et ne rendant pas excessivement difficile la restitution de la rémunération payée (point 31).

C'est, peu ou prou, le dispositif qu'avaient mis en œuvre, par anticipation, les II et III de l'article L. 311-8 du CPI tels que modifié par l'article 4 de la loi du 20 décembre 2011, complétés par un arrêté interministériel du 20 décembre 2011. Le SFIB constate que les remboursements intervenus depuis lors portent sur **des montants dérisoires**, ce qui n'est pas faux (375000 € sur plus de deux ans) et y voit l'indice que le dispositif n'a pas satisfait aux critères de simplicité, accessibilité et publicité fixés par la jurisprudence de la Cour de Luxembourg, au moins jusqu'à l'entrée en vigueur du décret n° 2013-1441 du 10 décembre 2013 relatif à l'information des acquéreurs de supports d'enregistrement soumis à la rémunération pour copie privée, qui a apporté un certain nombre de précisions. Force est toutefois de constater que vous avez rejeté le recours formé contre l'arrêté du 20 décembre 2011 (CE, 12 avril 2013, n^{os} 357120 et 357121, *Société Nokia France SA et Syndicat de l'industrie des technologies de l'information*, inédit).

Quoi qu'il en soit, à la date à laquelle la décision a été prise, **ce mécanisme de remboursement n'existait pas** et cette lacune nous semble la vicier dans sa totalité ; nous y reviendrons.

Nous ne pensons pas, en revanche, que puisse être imputée à la décision attaquée l'erreur qui aurait consisté à ne pas exclure de l'assiette de la rémunération pour copie privée,

pour les supports qu'elle y assujettissait, les **usages illicites des matériels d'enregistrement**. Il est vrai qu'elle est moins explicite à cet égard que la décision n° 11, qui à la suite de l'annulation pour ce motif des décisions n°s 7, 8, 9 et 10, rappelait expressément avoir commandé des études sur les pratiques de copie de source illicite pour en tirer les conséquences sur le barème. Il est vrai aussi que dans plusieurs cas, les barèmes sont identiques à ceux qui avaient été fixés par des décisions que vous aviez annulées pour le même motif. Mais, encore qu'il soit difficile de se faire une idée précise, il ne nous paraît pas ressortir avec évidence des pièces du dossier que les tarifs retenus par la commission pour les GPS et autoradios, tablettes tactiles, cartes mémoires et clés USB traduisent une nouvelle méconnaissance de cette exigence, d'autant qu'il est soutenu en défense que la stabilité du tarif incorpore une évolution des taux de compression.

La même difficulté se pose quant à la critique selon laquelle le barème aurait, à tort, omis d'exclure les copies **ayant déjà donné lieu à rémunération** car contractuellement autorisées. La décision n° 13 ne comporte ni dans ses visas, ni dans son corps même, de mention explicite sur ce point mais on sait que la commission travaille systématiquement depuis 2008 sur cette base et rien ne permet véritablement de penser qu'elle se soit écartée de cette ligne de conduite en l'espèce.

Au total, nous ne voyons pas de **disproportion manifeste** dans les barèmes fixés par la commission, les différentes parties n'apportant d'ailleurs à cet égard pas d'argument suffisamment précis.

Nous serons plus rapide sur les **derniers moyens** de légalité interne.

La société Blackberry Ltd reproche à la commission sous l'angle du principe d'égalité, ainsi que le Simavelec sous l'angle de la distorsion de concurrence, de n'avoir assujetti, parmi les tablettes multimédia, que celles qui sont munies d'un système d'exploitation pour terminaux mobiles ou d'un **système d'exploitation propre**, excluant ainsi les tablettes Windows ou Linux. Il est vrai que ce choix n'a rien d'évident dans son principe mais, en pratique, les tablettes Windows ont eu, dans les premiers mois du moins, un usage essentiellement professionnel, de sorte que nous aurions quelque réticence à censurer cette disposition. Si vous étiez d'un avis contraire, ce sont en tout état de cause l'ensemble des tablettes qui devraient être assujetties, et non pas aucune.

De même, le SNII s'étonne que **les cartes mémoires soient soumises à deux tarifs différents** selon qu'elles sont vendues à part ou groupées avec un téléphone mobile, auquel cas le niveau de la rémunération est aligné sur celui de la mémoire interne. Mais le ministre fait valoir à juste titre, en défense, que les considérations d'usage peuvent justifier des écarts de prix pour deux produits présentant intrinsèquement des caractéristiques techniques identiques ; nous avons vu que les études qui le démontreraient en l'espèce sont inexistantes mais du moins la différenciation du barème n'est-elle pas exclue par nature, contrairement à ce qui est soutenu.

Le SNII et le SIMAVELEC soulèvent enfin des **questions de principe** sur la rémunération pour copie privée.

Ils soutiennent qu'une commission administrative ne saurait, eu égard aux termes de l'article 34 de la Constitution, **fixer l'assiette et le taux d'une imposition**. Mais vous avez

déjà eu l'occasion de relever que la rémunération pour copie privée ne saurait être regardée comme une imposition (CE, 6 février 2004, n° 250560, *Simavelec*, inédit).

Ils ne sont pas davantage fondés à soutenir que la disposition de l'article L. 321-9 du CPI prévoyant que le quart du produit de la rémunération est **affecté à des actions de soutien à la création** et à la diffusion du spectacle ou à des actions de formation des artistes méconnaît les objectifs poursuivis par la directive européenne du 22 mai 2001. D'une part, le moyen est de toute façon inopérant à l'encontre de la décision fixant un barème. D'autre part, la Cour de justice a expressément jugé, dans l'arrêt *Amazon.com International Sales Inc.* déjà cité (points 46 à 54), qu'une partie des recettes pouvait, nonobstant la logique de compensation qui sous-tend le dispositif, être versée non pas directement aux ayants droit, mais à des établissements sociaux et culturels institués au bénéfice de ces ayants droit, pour autant que ces établissements sociaux et culturels bénéficient effectivement auxdits ayants droit.

Quant au moyen tiré de ce que la décision attaquée porterait atteinte au principe constitutionnel de **liberté contractuelle**, au détriment du consommateur qui peut souhaiter acquérir un support d'enregistrement sans avoir nullement l'intention d'en user à des fins de copie privée, il est dépourvu de toute valeur. La présomption d'usage de l'exception de copie privée est admise tant par votre jurisprudence que par celle de la Cour de Luxembourg.

On relèvera enfin que si le SFIB soutient que le **principe de sécurité juridique** consacré par votre décision *Société KPMG et Société Ernst and Young et autres* (CE, Assemblée, n°s 288460 et autres, 24 mars 2006, Rec. p. 154, concl. Y. Aguila RFDA 2006 p. 463, chron. M^{me} C. Landais et F. Lenica AJDA 2006 p. 1028, GAJA 19^e éd. n° 111) a été méconnu par des dispositions transitoires insuffisamment protectrices des intérêts légitimes des opérateurs économiques, le moyen nous paraît devoir être écarté. Le texte ayant prévu son entrée en vigueur le premier jour du mois suivant sa publication, il se trouve n'avoir été publié que le 28 du mois, ce qui n'a laissé aux opérateurs que trois jours pour se mettre en situation de faire face à leurs obligations nouvelles. Mais la décision datait du 12 janvier et les professionnels, dûment représentés au sein de la commission, ne pouvaient l'ignorer. Il y a eu de la part du ministère une brusquerie inutile mais nous ne voyons là, dans les circonstances de l'espèce, pas matière à censure.

*

Au total, donc, deux moyens et deux seulement sont à nos yeux fondés. Le premier, tiré du défaut d'études préalables, ne vicie qu'une partie de la décision attaquée, tandis que le second, tiré de l'absence de distinction entre les usages personnels et professionnels des supports d'enregistrement assujettis, **l'affecte dans sa totalité**.

Nous ne croyons pas possible, en effet, de ne prononcer à ce titre qu'une annulation partielle. Ce serait contradictoire avec la décision que vous avez rendue il y a trois ans sur la même question, aux conclusions conformes de Delphine Hedary, et ce serait incompatible avec la logique même du régime de la copie privée. Le défaut d'exonération des supports acquis à des fins professionnelles **remet nécessairement en cause l'équilibre global de la décision**, car il convient de corriger concomitamment, même si le législateur a estimé pouvoir ne pas le faire lorsqu'il est intervenu pour la période postérieure au 20 décembre 2011, les barèmes applicables aux acquisitions privées afin d'adapter le niveau du revenu d'ensemble

généralisé par la rémunération ; on resterait, à défaut, en-deçà de la compensation équitable prévue par les législations européenne et nationale.

C'est donc sur ce second moyen que nous vous proposons de fonder la solution d'annulation, étant observé pour conclure qu'il n'y a pas lieu, cette fois, de **moduler les effets dans le temps** de cette annulation.

Il est vrai qu'ainsi que l'a jugé la Cour, le droit européen impose à tout Etat membre qui a introduit l'exception de copie privée dans son droit national une « *obligation de résultat, en ce sens que cet État est tenu d'assurer, dans le cadre de ses compétences, une perception effective de la compensation équitable destinée à indemniser les auteurs lésés du préjudice subi* » (CJUE, 16 juin 2011, aff. C-462/09, *Stichting de Thuisakopie*, Rec. p. I-5331, point 34).

Mais, sauf à priver le **droit au recours** de toute effectivité, vous ne pouvez pas, dans cette matière, continuellement prononcer des annulations sans sanction, à moins d'avoir des motifs très puissants, surtout lorsque le vice que vous constatez constitue lui-même une méconnaissance du droit de l'Union. Or autant l'annulation de la décision n° 11, qui refondait globalement le dispositif, mettait en question la continuité même de la rémunération pour copie privée ; autant l'annulation de la décision n° 13 ne fera qu'en réduire les ressources dans des proportions limitées et pour un temps limité.

Dans des proportions limitées, car pour les clés USB, cartes mémoires et disques durs externes, il s'agirait seulement d'en revenir aux tarifs fixés par la décision n° 11, qui sont identiques sauf en ce qu'ils ne comportent pas la tranche supérieure ; il n'y aurait de perte sèche que pour les GPS et autoradios d'une part, tablettes tactiles d'autre part. Pour un temps limité aussi, **le législateur ayant pris le relais** et institué un dispositif de remboursement pour les ventes professionnelles à compter du 20 décembre 2011. Seule est donc concernée en pratique la période du 1^{er} février 2011 au 20 décembre 2011. Il est certain que la régularisation de la situation des ayants droit et des redevables est une opération particulièrement complexe, même sur ce champ limité, mais nous n'y voyons pas motif suffisant pour priver de sa portée l'annulation qu'il vous revient de prononcer.

Par ces motifs nous concluons à **l'annulation de la décision attaquée**, à ce que l'Etat verse à chacun des requérants une somme de 1000 € au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du CJA et au rejet des conclusions présentées par l'Etat et la société Copie France sur le même fondement.