

CONSEIL D'ÉTAT

Section du contentieux

Requête en annulation

POUR : L'Association pour la Promotion et la Recherche en Informatique Libre (APRIL), association régie par la loi du 1^{er} juillet 1901 (déclarée le 20 novembre 1996 à la préfecture de Bobigny, et publiée au Journal Officiel n° 51 du 18 décembre 1996), dont le siège est établi à Paris (20^{ème}), 14, rue des Panoyaux, représentée par son président, Benoît SIBAUD;

CONTRE : Le décret n° 2006-1763 du 23 décembre 2006 "relatif à la répression pénale de certaines atteintes portées au droit d'auteur et aux droits voisins" (J.O n° 302 du 30 décembre 2006 page 20161)

*

* *

OBJET :

Demande d'annulation du décret du 23 décembre 2006 "relatif à la répression pénale de certaines atteintes portées au droit d'auteur et aux droits voisins" (NOR: MCCA0600979D).

*

À l'appui de sa requête, l'association APRIL entend faire valoir les faits et moyens suivants.

FAITS

En ajoutant au chapitre V du titre III du livre III du code de la propriété intellectuelle, après l'article R. 335-2, un article R. 335-3, le décret du 23 décembre 2006 "relatif à la répression pénale de certaines atteintes portées au droit d'auteur et aux droits voisins" (article 1^{er}) instaure une contravention de 4^{ème} classe pour les faits suivants :

« 1° De détenir en vue d'un usage personnel ou d'utiliser une application technologique, un dispositif ou un composant conçus ou spécialement adaptés pour porter atteinte à une mesure technique efficace mentionnée à l'article L. 331-5 du présent code qui protège une oeuvre, une interprétation, un phonogramme, un vidéogramme, un programme ou une base de données ;

« 2° De recourir à un service conçu ou spécialement adapté pour porter l'atteinte visée à l'alinéa précédent.

Le décret attaqué prévoit, à cette contravention, les seules exceptions ainsi formulées :

« Ces dispositions ne s'appliquent pas aux actes qui ne portent pas préjudice aux titulaires de droits et qui sont réalisés à des fins de sécurité informatique ou à des fins de recherche scientifique en cryptographie. »

DISCUSSION

L'illégalité du décret n° 2006-1763 du 23 décembre 2006 résulte de causes multiples qui constituent autant de violations, au fond, des normes qui lui sont supérieures.

La première norme que contredit le décret attaqué appartient au droit communautaire. Mais de plus, dans l'ordre interne français, ce décret est contraire à la loi, est entaché d'erreur de droit sur ce que la loi impose, et contrevient aux principes généraux du droit.

1. La violation du droit communautaire

D'une part, la directive européenne 98/34/CE du 22 juin 1998 (*JOCE* 21 juill. 1998, L.204, p. 37) prévoit une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques à laquelle n'échappent pas les règles relatives aux services de la société de l'information. En matière de réglementation technique, lorsqu'un texte national n'est pas la reproduction à l'identique d'une directive communautaire, il doit être notifié à la Commission (art. 8). A dater de la notification s'ouvre un délai de *statu quo* d'une durée de trois mois pendant laquelle le texte ne peut recevoir aucune application.

A défaut de respecter une procédure de notification à la Commission, la CJCE a jugé que les textes nationaux sont inopposables aux particuliers et inapplicables par le juge national (CJCE, *aff. C-194/94*, 30 avril 1996, CIA Security International SA contre Signalson SA et Securitel SPRL; CJCE, *aff. C-443/98*, 26 septembre 2000, Unilever Italia SpA contre Central Food SpA.).

C'est bien le cas en l'espèce. Les dispositions de la loi DADVSI définissant les mesures techniques efficaces, tout comme le décret attaqué qui les reproduit et les utilise, n'ont fait l'objet d'aucune notification à la Commission.

En conséquence, le décret attaqué, pris en méconnaissance des obligations imposées par le droit communautaire à la production de la norme française dans le domaine considéré, encourt l'annulation.

D'autre part, la directive 2001/29 du Parlement et du Conseil, sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, visée par le décret attaqué, dispose : « Les États membres prévoient une protection juridique appropriée contre le contournement de toute mesure technique efficace, que la personne effectue en sachant, ou en ayant des raisons valables de penser, qu'elle poursuit cet objectif ».

Or il est clair que la formulation de l'article 1^{er} ne contient pas l'élément selon lequel la personne incriminée « sait ou a des raisons valables de penser » qu'elle poursuit l'objectif de contourner une mesure technique efficace. Elle attire ainsi dans le champ contraventionnel des personnes qui étaient expressément exclues par la directive, dont l'intention, à la lumière de ses propres considérants, n'est pas douteuse. Le décret attaqué a donc contredit le sens même de la directive et doit être annulé.

De plus, selon le cons. 48, « une telle protection juridique doit respecter le principe de proportionnalité et ne doit pas interdire les dispositifs ou activités qui ont, sur le plan commercial, un objet ou une utilisation autre que le contournement de la protection technique. » Or, la plupart des personnes utilisant des dispositifs comme les logiciels libres ne savent nullement qu'ils peuvent avoir pour objectif de contourner les mesures techniques efficaces. Quand bien même elles l'apprendraient et tomberaient à juste titre sous le coup de la contravention, c'est l'ensemble de l'édition de logiciels libres – applications, dispositifs et activités qui ont, sur le plan commercial, une utilisation autre que le contournement – qui se trouverait interdite en violation directe du principe de proportionnalité.

2. La violation de la loi n° 2006-961 du 1er août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information (loi DADVSI)

La « mesure technique efficace protégeant une oeuvre, une interprétation, un phonogramme, un vidéogramme, un programme ou une base de données » est définie par la loi DADVSI dans son article 13 et par la directive 2001/29 dans son article 6, 3°. On entend par mesure technique toute technologie, dispositif, composant qui, dans le cadre normal de son fonctionnement, empêche ou limite les utilisations non autorisées par les titulaires d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin, d'une oeuvre autre qu'un logiciel, d'une interprétation, d'un phonogramme, d'un vidéogramme ou d'un programme.

Pour donner un exemple, un producteur de phonogrammes ou vidéogrammes, c'est-à-dire de CD ou de DVD, peut insérer sur les plages numériques de ses supports un programme rendant impossible la copie non autorisée. Néanmoins, ce programme peut aussi avoir pour conséquence de rendre impossible la lecture de l'oeuvre en cas d'utilisation de certains types de matériels de lecture : des lecteurs CD des automobiles, des ordinateurs.

Pour éviter ce phénomène, certains ordinateurs sont équipés de logiciels qui lisent les CD ou DVD en s'appuyant sur des moyens de contournement existants. C'est le cas de DeCSS utilisé par de très nombreux systèmes logiciels libres.

Or, une telle pratique tombe à coup sûr sous la qualification de contravention de 4^{ème} classe définie par le décret. Tout particulier ayant légalement acheté des vidéogrammes ou phonogrammes et se servant d'un ordinateur équipé en logiciels libres pour les lire, détient et utilise « une application technologique », « conçue ou spécialement adaptée pour porter atteinte à une mesure technique efficace ». Ce particulier ne peut pas se réclamer des exceptions prévues par le décret puisque, s'il remplit bien la première condition que ses actes ne portent pas préjudice aux titulaires de droits, il ne satisfait pas à la seconde, cumulative, en ne poursuivant ni un but de sécurité informatique ni un but de recherche scientifique.

L'association requérante soutient que le gouvernement, en instituant cette qualification juridique de contravention, applicables à ces situations courantes, a commis une erreur de droit.

Le champ d'application de la contravention est en effet, par son étendue, contraire aux dispositions claires et explicites de la loi.

En effet, l'article 13 de la loi DADVSI insère dans la section 2 du chapitre Ier du titre III du livre III du code de la propriété intellectuelle, un article L. 331-5, dont la première phrase du 4^{ème} alinéa est ainsi rédigée :

« Les mesures techniques ne doivent pas avoir pour effet d'empêcher la mise en oeuvre effective de l'interopérabilité, dans le respect du droit d'auteur. ».

Le sixième alinéa du même article ajoute :

« Les mesures techniques ne peuvent s'opposer au libre usage de l'oeuvre ou de l'objet protégé dans les limites des droits prévus par le présent code, ainsi que de ceux accordés par les détenteurs de droits.

Il est manifeste que le décret instaure une contravention qui ne prévoit pas les exceptions nécessaires au respect de l'interopérabilité, parce qu'il qualifie pénalement les solutions technologiques indispensables à l'utilisation de tous les matériels et de tous les systèmes pour lire les données couramment commercialisées.

Il est manifeste aussi que ce décret instaure une contravention applicable aux seules solutions technologiques qui permettent le libre usage de l'oeuvre par le consommateur qui en a légalement acquis le support.

Le décret a donc méconnu deux prescriptions de la loi DADVSI.

Pour cette raison déjà, l'article 1^{er} du décret encourt l'annulation.

3. L'erreur d'interprétation de la loi n° 2006-961 du 1er août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information (loi DADVSI)

L'article L. 331-5 du Code de la propriété intellectuelle indique que ses dispositions s'appliquent sans préjudice des dispositions prévues à l'article L. 122-6.1, dispositions qui permettent, sous certaines conditions, le développement et la distribution de logiciels indépendants interopérant avec une mesure technique logicielle sans avoir signé d'accords avec le fournisseur de la mesure technique. En pratique, ces logiciels, pour interopérer, utilisent des applications technologiques portant atteinte aux mesures techniques.

Le cas typique est celui déjà évoqué de la lecture de DVD avec un logiciel libre, comme VLC qui incorpore des blocs de code permettant le contournement de CSS.

Le modèle de développement des auteurs de logiciels libres ne leur permet en effet jamais d'obtenir les informations essentielles à l'interopérabilité par voie contractuelle, à cause des clauses de non divulgation et de paiement de royalties « à la copie distribuée » que contiennent les contrats proposés par les fournisseurs de mesures techniques. Le seul chemin pour ces auteurs est donc l'utilisation des exceptions prévues à l'art. L. 122-6.1. La loi DADVSI le rappelle et le ministre chef de file a d'ailleurs déclaré, le 30 juin à l'Assemblée et au Sénat lors du vote final de la loi, que pour lui la loi DADVSI garantirait l'avenir du logiciel libre puisqu'elle « préserve l'exception de décompilation, alternative aux procédures engagées auprès de l'autorité pour obtenir les informations essentielles à l'interopérabilité ».

Dès lors, pour respecter la volonté claire du législateur, le gouvernement devait exclure du champ d'application de la contravention la détention et l'utilisation d'applications technologiques portant atteinte à une mesure technique mais conçus et distribués dans le cadre de l'exercice des exceptions prévues à l'article L. 122-6.1.

A défaut d'avoir interprété en ce sens la loi DADVSI, ou par omission de tirer les conséquences de l'interprétation juste, le Premier ministre a commis une erreur de droit se répercutant sur l'économie d'ensemble du décret attaqué qui encourt de ce chef l'annulation.

4. L'atteinte au principe d'égalité et aux principes législatifs de la commande publique

Un problème majeur provient ensuite de ce que les fichiers dont l'accès est susceptible d'être contrôlé au moyen d'une mesure technique de protection sont de natures très diverses. Outre les films, la musique et les livres électroniques, les documents de toute nature utilisés sur leurs sites Internet par des personnes publiques, notamment ceux qui intègrent des images, des graphiques, peuvent aussi voir leur accès contrôlé par ces mesures techniques.

Cette situation est de nature à poser de nombreux problèmes lorsque les personnes publiques se comportent en pouvoir adjudicateur. Car, même en supposant qu'elles se mettent en règle en n'utilisant que des moyens informatiques conformes à la loi, l'existence de mesures techniques de protection dans leurs documents serait une source d'inégalité considérable entre les candidats à la commande publique : certains, utilisateurs de logiciels libres respectant les mesures techniques de protection ne pourraient ni lire les documents

d'appel d'offres dans leur intégrité, ni y répondre dans les formats électroniques imposés par les pouvoirs adjudicateurs ; d'autres au contraire, utilisateurs de logiciels « propriétaires », à condition qu'ils soient de la même famille, pourraient au contraire suivre la procédure sans aucune difficulté. Par ailleurs, imposer à tout candidat à la commande publique l'acquisition et l'utilisation de logiciels particuliers constituerait aussi une rupture de l'égalité devant la commande publique. Pour ces raisons, le décret attaqué viole les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures fixés et garantis par le Code des marchés publics (art. 1^{er}).

De façon générale, parmi les internautes, notamment les particuliers utilisant les services en ligne, ceux équipés en logiciels libres sont placés dans une situation de désavantage par rapport à ces services, ce qui est contraire au principe d'égalité devant le service public.

Enfin, depuis plusieurs années, les gouvernements successifs ont incité les autorités administratives de l'Etat ou des collectivités publiques à utiliser les logiciels libres. A ce titre, divers services appartenant à la police, à la gendarmerie, à la Justice ont été systématiquement équipés, pour la plus grande satisfaction de ses utilisateurs et pour la meilleure santé des finances publiques. Dans un élan récent l'Assemblée nationale en a fait de même.

Il serait dès lors tout à fait contraire au principe d'égalité (ainsi qu'une exposition inutile à l'exception d'illégitimité) que les personnes publiques, notamment celles qui sont chargées de poursuivre et réprimer les contraventions, ne soient pas attirées elles-mêmes dans les liens de la prévention pénale.

5. Une menace pour la sécurité juridique :

Les exceptions de décompilation et l'ingénierie inverse prévues en droit communautaire permettent aux développeurs de logiciels ne disposant pas des informations nécessaires à la mise en oeuvre de l'interopérabilité de les rechercher par leurs propres moyens. Or ces exceptions sont mises à mal, on l'a vu, par des dispositions législatives contradictoires, rendant de plus en plus hasardeux au plan juridique un travail déjà long, techniquement complexe et nécessitant de forts investissements.

Cette insécurité menace plus directement les développeurs de logiciels libres en raison de leur modèle économique de développement et de distribution, d'une part et du fait que ces pratiques soient considérées comme des exceptions au droits exclusifs d'adaptation et de reproduction, d'autre part.

Il apparaît nécessaire de ne pas menacer plus encore la sécurité juridique déjà mise à mal par des textes parfois contradictoires et à l'articulation complexe, notamment depuis que les exceptions d'ingénierie inverse et de décompilation sont assorties de limitations reprises du test en trois étapes, règle de droit communautaire destinée à l'origine à guider le législateur dans l'écriture des exceptions, et non le juge dans son interprétation.

En particulier, il ne faut pas laisser subsister dans l'ordre juridique français des textes réglementaires pouvant laisser croire à la prohibition des logiciels libres au moment même où la Commission européenne publie (le 13/02/2006) une communication sur l'interopérabilité et où le programme IDABC de la Commission travaille, quant à lui, à un plan européen d'interopérabilité. La vision européenne est depuis novembre 2004 décrite par un ensemble de recommandations générales. Dans la recommandation n°2, la Commission européenne donne la priorité à l'utilisation de standards ouverts.

A titre subsidiaire :

L'association requérante soutient que le décret attaqué est directement entaché d'inconstitutionnalité. En effet de deux choses l'une : ou bien le décret attaqué a méconnu le principe constitutionnel de légalité des délits et des peines en ne définissant pas avec suffisamment de précision l'élément constitutif de l'infraction que désigne la formule « un dispositif ou un composant conçus ou spécialement adaptés pour porter atteinte à une mesure technique efficace » pour en exclure les logiciels libres ; ou bien le décret attaqué a méconnu le principe constitutionnel de proportionnalité des peines en incluant dans cette formule les logiciels libres, dont l'étendue de l'usage courant, l'importance économique et le but principal autre que le contournement, manifestent le caractère licite, et en soumettant leurs utilisateurs fautifs à une contravention de 4^{ème} classe, donc particulièrement lourde.

Par ces motifs,

et tous autres à produire, déduire ou suppléer au besoin d'office, l'association requérante conclut à ce qu'il plaise au Conseil d'État :

- **annuler** le décret n° 2006-1763 du 23 décembre 2006 "relatif à la répression pénale de certaines atteintes portées au droit d'auteur et aux droits voisins",

Le 19 février 2007

Pour April,

Le Président

Benoît SIBAUD

Liste des pièces jointes :

1. décret n° 2006-1763 du 23 décembre 2006 "relatif à la répression pénale de certaines atteintes portées au droit d'auteur et aux droits voisins" (deux exemplaires)
2. extrait des délibérations de l'Assemblée générale d'April, autorisant son président à former le présent recours.