**CONSEIL D'ETAT**

**Section de l'intérieur**

**Séance du mardi 15 novembre 2022**

---

**N° 406136**

**Mme Laurence FRANCESCHINI, rapporteure**

**EXTRAIT DU REGISTRE DES DELIBERATIONS**

# AVIS

sur la proposition de loi du pays modifiant le code de la propriété intellectuelle de la Nouvelle-Calédonie et relative à la rémunération pour copie privée

## LE CONSEIL D'ETAT (SECTION DE L'INTERIEUR)

Saisi par le président du congrès de la Nouvelle-Calédonie, en application des dispositions de l'article 100 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, d'une proposition de loi du modifiant le code de la propriété intellectuelle de la Nouvelle-Calédonie et relative à la rémunération pour copie privée.

Vu la Constitution, notamment son article 77 ;

Vu l'Accord sur la Nouvelle-Calédonie signé à Nouméa le 5 mai 1998 ;

Vu la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie ;

Vu la loi du pays n° 2012-2 du 20 janvier 2012 relative au transfert à la Nouvelle-Calédonie des compétences de l'Etat en matière de droit civil, de règles concernant l'état civil et de droit commercial ;

Vu l'avis du conseil économique, social et environnemental de la Nouvelle-Calédonie en date du 9 septembre 2022 ;

## ÉMET L'AVIS SUIVANT :

1. La proposition de loi du pays soumise au Conseil d'Etat modifie les dispositions du code de la propriété intellectuelle applicables en Nouvelle-Calédonie relatives à la rémunération pour copie privée.

2. Le Conseil d'Etat (section de l'intérieur) constate que cette proposition concerne une matière pour laquelle la Nouvelle-Calédonie est compétente et que les dispositions envisagées relèvent du domaine de la loi du pays. En effet, la propriété littéraire et artistique se rattache au droit civil, qui a été transféré au 1er juillet 2013 à la Nouvelle-Calédonie, en application du 4° du III de l'article 21 et de l'article 26 de la loi organique du 19 mars 1999, par la loi du pays du 20 janvier 2012 susvisée. Par ailleurs, en vertu du 10° de l'article 99 de la loi organique, les principes fondamentaux de la propriété relèvent des lois du pays.

3. L'avis du Conseil économique, social et environnemental de la Nouvelle-Calédonie, qui revêtait un caractère obligatoire, a été recueilli.

**Remarque liminaire**

4. La proposition énonce dans son intitulé et son article 1er qu'elle modifie « *le code de la propriété intellectuelle de la Nouvelle-Calédonie* ».

Toutefois, il n'existe à l'heure actuelle qu'un seul code de la propriété intellectuelle. Selon le premier alinéa de son article L. 811-1, ce code s'applique en Nouvelle-Calédonie à l'exception de certains articles, limitativement énumérés. Les articles L. 811-2, L. 811-2-1, L. 811-3 et L. 811-4 précisent la rédaction dans laquelle plusieurs autres articles s'appliquent dans le territoire.

L'indication donnée à l'article L. 811-1 est trompeuse en ce qu'elle donne à penser que le code s'applique en Nouvelle-Calédonie dans son état actuel, à l'exception des articles dont l'application est écartée ou dont la rédaction est adaptée. En réalité, conformément au principe de spécialité législative, pour déterminer les dispositions applicables dans le territoire, il faut tenir compte uniquement des lois et ordonnances antérieures au transfert de compétence qui comportaient une mention expresse d'application en Nouvelle-Calédonie.

5. Le Conseil d'Etat estime qu'il serait plus clair, compte tenu du transfert de compétence, de créer un code de la propriété intellectuelle de la Nouvelle-Calédonie et de supprimer corrélativement dans le code de la propriété intellectuelle toute mention de ce territoire.

La création du nouveau code relève, eu égard au transfert de compétence, de la loi du pays en ce qui concerne la partie législative du code. Elle pourrait être effectuée dans le cadre de la proposition de loi du pays soumise au Conseil d'Etat en donnant à son article 1er la rédaction suivante : « *Les dispositions du code de la propriété intellectuelle telles qu'elles s'appliquaient en Nouvelle-Calédonie avant l'entrée en vigueur de la présente loi du pays constituent la partie législative du code de la propriété intellectuelle de la Nouvelle-Calédonie. Ce code est modifié conformément aux articles 2 à 10* ».

Une autre approche consisterait à édicter la partie législative du code de la propriété intellectuelle de la Nouvelle-Calédonie par une loi du pays distincte qui en fixerait le texte intégralement, en reprenant et, au besoin, en adaptant les dispositions du code de la propriété intellectuelle actuellement applicables dans le territoire.

Il appartiendra au Parlement d'abroger dans le code de la propriété intellectuelle le premier alinéa de l'article L. 811-1 et l'article L. 811-4 et de supprimer les mentions de la Nouvelle-Calédonie aux articles L. 811-2, L. 811-2-1 et L. 811-3.

En l'absence de création, préalable ou concomitante, du code de la propriété intellectuelle de la Nouvelle-Calédonie, la proposition devrait indiquer qu'elle modifie *« les dispositions du code de la propriété intellectuelle applicables en Nouvelle-Calédonie »*.

**Etat du droit en matière de rémunération pour copie privée**

6. L'exception de copie privée est une des exceptions au droit d'auteur instituées par la loi n° 57-298 du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique. Afin d'en compenser les effets

pour les titulaires de droits, la loi n° 85-660 du 3 juillet 1985 relative aux droits d'auteur et aux droits des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle a créé la rémunération pour copie privée.

Cette rémunération est due par les fabricants et importateurs de supports d'enregistrement, qui en reportent la charge sur les acquéreurs de ces supports ; elle est perçue et reversée aux titulaires de droits par des organismes de gestion collective. Son objet est d'assurer aux titulaires de droits une indemnisation des préjudices résultant du droit de copie privée, à la charge des bénéficiaires de ce droit. Une commission composée de représentants des fabricants et importateurs de supports d'enregistrement, des titulaires de droits et des consommateurs détermine notamment les taux de la rémunération, qui doivent être fonction des types de supports et de leurs capacités d'enregistrement. La rémunération est remboursée lorsque le support est acquis pour leur propre usage par certaines entreprises.

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 a prévu qu'un Etat membre ne peut instituer une exception de copie privée que s'il fait bénéficier les titulaires de droits d'une compensation équitable. Depuis l'intervention de ce texte, la rémunération pour copie privée répond à une obligation résultant du droit de l'Union européenne.

7. A l'origine, la rémunération pour copie privée ne concernait que les œuvres fixées sous forme de phonogramme ou de vidéogramme et, sous réserve des conventions internationales, ne bénéficiait qu'aux titulaires de droits sur des œuvres fixés sous cette forme pour la première fois en France. La loi n° 2001-624 du 17 juillet 2001 a étendu la rémunération aux auteurs et aux éditeurs des œuvres fixées sur tout autre support, au titre de leur reproduction dans le cadre de l'exception de copie privée sur un support d'enregistrement numérique. Par ailleurs, depuis la loi n° 2006-961 du 1er août 2006, la rémunération bénéficie aux titulaires de droits sur des œuvres fixées pour la première fois sous forme de phonogramme ou de vidéogramme dans l'Union européenne.

8. Les dispositions relatives à la rémunération pour copie privée édictées avant le 1er juillet 2013, date du transfert de compétence, ont été rendues applicables en Nouvelle-Calédonie à l'exception de la disposition issue de la loi du 17 juillet 2001 mentionnée ci-dessus et de celles qui sont issues de la loi n° 2011-1898 du 20 décembre 2011. Cette loi a précisé que la rémunération n'a pas vocation à compenser les reproductions effectuées à partir de sources illicites, prévu que son montant est notamment fonction de l'usage de chaque type de support, apprécié au moyen d'enquêtes, imposé une information des acquéreurs de supports sur la rémunération pour copie privé et élargi les cas de remboursement et d'exonération.

Depuis le transfert de compétence, deux lois sont intervenues dans cette matière. La loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 a notamment assujetti au versement de la rémunération les services de radio et télévision qui fournissent, par voie d'accès à distance, la reproduction à usage privé d'œuvres à partir d'un programme qu'ils diffusent de manière linéaire et prévu l'agrément pour cinq ans par le ministre de la culture des organismes de gestion collective chargés de percevoir la rémunération. La loi n° 2021-1485 du 15 novembre 2021 a prévu la perception d'une rémunération spécifique sur les supports d'enregistrement reconditionnés ou intégrés dans des appareils reconditionnés.

**Objet de la proposition de loi du pays**

9. La proposition de loi du pays reprend certaines dispositions du code de la propriété intellectuelle qui ne sont pas actuellement applicables en Nouvelle-Calédonie. Elle apporte par ailleurs au dispositif de la rémunération pour copie privée, en vue de son application dans le territoire, des adaptations importantes, portant sur la détermination du montant de la rémunération, l'affectation de son produit et les sanctions administratives applicables.

Ces adaptations, qui éloigneraient le dispositif néo-calédonien en matière de copie privée de celui que prévoit le code de la propriété intellectuelle, doivent retenir d'abord l'attention. Il ressort de l'exposé des motifs de la proposition qu'elles ne visent pas à remettre en cause le principe selon lequel la rémunération a pour objet de compenser, par un versement à la charge des bénéficiaires de l'exception de copie privée, les conséquences pécuniaires de cette exception pour les titulaires de droits. En particulier, la proposition ne tend pas à instituer une imposition, ce qui impliquerait d'ailleurs qu'elle détermine elle-même l'assiette et le taux du prélèvement, ce qu'elle ne fait pas. Il convient dès lors de s'assurer que les modalités prévues sont cohérentes avec le principe de la compensation, qui implique, d'une part, que le prélèvement global soit en rapport avec le préjudice subi par les titulaires de droits auxquels il sera reversé et, d'autre part, que la charge soit répartie entre les consommateurs, bénéficiaires de l'exception de copie privée en fonction des capacités de copie que chacun acquiert.

**Dispositions relatives au fait générateur de la rémunération et à la détermination de son montant**

10. Selon la proposition de loi, la rémunération est versée « *par le fabricant, l'importateur ou la personne qui réalise des acquisitions de supports d'enregistrement utilisables pour la reproduction à usage privé d'œuvres, lors de la mise en circulation en Nouvelle-Calédonie de ces supports* ». Est visée l'importation des supports en Nouvelle-Calédonie, y compris à partir du territoire métropolitain. La mention de la « *personne qui réalise des acquisitions* » résulte d'une erreur dans l'adaptation de la rédaction du code de la propriété intellectuelle et doit être supprimée.

11. La proposition de loi prévoit que le montant de la rémunération est déterminé par application d'un taux unique fixé par délibération du Congrès sur le prix des types de supports d'enregistrement assujettis à la rémunération par le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie.

Le Conseil d'Etat estime que rien n'interdit à la loi du pays de confier au Congrès et au gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, plutôt qu'à une commission réunissant des représentants des différentes catégories d'acteurs intéressés par le dispositif de la rémunération pour copie privée, la détermination du montant de cette rémunération et celle des types de supports qui y sont assujettis.

Il observe cependant que le dispositif envisagé, dans lequel le montant versé par le fabricant ou l'importateur à l'occasion de la mise en circulation d'un support d'enregistrement et répercuté par lui sur l'acheteur correspondrait à un pourcentage du prix de vente, au surplus identique pour tous les supports quelles que soient leurs caractéristiques, ne permettrait pas de faire dépendre la somme mise à la charge de chaque acheteur des capacités d'enregistrement qu'il se procure. Ainsi, deux consommateurs ayant acquis des téléphones portables dotés l'un et l'autre d'une mémoire de 64 Go, l'un d'entrée de gamme et l'autre de dernière génération, subiraient des prélèvements de montants très différents, alors que leurs contributions respectives au préjudice potentiel des titulaires de droit seraient identiques. Le Conseil d'Etat

estime que cette différence de traitement, difficilement justifiable au regard de l'objet affiché de la rémunération pour copie privée, entraînerait une difficulté au regard du principe d'égalité. Il considère que la logique de la compensation des copies privées par les personnes qui se dotent des moyens d'en réaliser implique la fixation par voie réglementaire non d'un pourcentage du prix de vente mais de montants en valeur absolue applicables en fonction de la capacité d'enregistrement des supports, tels que ceux qui sont déterminés par la commission de la copie privée en application du code de la propriété intellectuelle.

**Dispositions relatives à la répartition de la rémunération**

12. La proposition de loi prévoit que 51 % du montant de la rémunération est réparti entre les titulaires de droits et que 49 % de ce montant est affecté à actions de développement culturel. Le Conseil d'Etat estime que, s'il peut être admis que de telles actions contribuent indirectement à compenser le préjudice subi par les titulaires de droits du fait de l'exception de copie privée, la part de la rémunération consacrée à leur financement ne saurait devenir prépondérante sans que le dispositif se trouve dénaturé. Il considère que la proportion prévue par la proposition constitue le maximum acceptable.

13. S'agissant de la répartition de la première part du produit de la rémunération entre les titulaires de droits, la proposition de loi adapte la disposition figurant à l'article L. 311-2 du code de la propriété intellectuelle selon laquelle, sous réserve des conventions internationales, le droit à rémunération au titre des œuvres fixées sur phonogramme ou vidéogramme est réparti entre les titulaires de droits sur des œuvres fixées pour la première fois sous cette forme « *dans un Etat membre de la Communauté européenne* », en remplaçant ce membre de phrase par « *en Nouvelle-Calédonie* ».

Il résulte de cette disposition que les titulaires de droits sur des œuvres fixées pour la première fois sous forme de phonogramme ou de vidéogramme dans l'Union européenne ne bénéficieront pas d'une compensation au titre des copies privées de leurs œuvres réalisées en Nouvelle-Calédonie. Une telle situation n'implique pas une violation de la directive du 22 mai 2001, qui n'est pas applicable dans le territoire. Elle ne paraît pas non plus porter atteinte aux dispositions constitutionnelles garantissant le droit de propriété, dont la jurisprudence n'a pas, à ce jour, déduit que l'exception au droit d'auteur pour copie privée devrait nécessairement donner lieu à une compensation. Un plus grand doute est possible au regard du principe d'égalité, compte tenu de la différence de traitement introduite entre les titulaires de droits sur des œuvres faisant l'objet de copies privées licites en Nouvelle-Calédonie, selon que l'œuvre a été fixée pour la première fois sous forme de phonogramme ou de vidéogramme dans ce territoire ou dans l'Union européenne. Il est vrai, cependant, que l'article L. 311-2 du code de la propriété intellectuelle prévoit lui-même une différence de traitement selon que l'œuvre a été fixée pour la première fois dans ou en dehors de l'Union européenne. En outre, alors que l'impact des copies privées effectuées en Nouvelle-Calédonie sur les revenus des titulaires de droits est négligeable dans le cas où l'œuvre est principalement diffusée dans l'Union européenne, il peut être beaucoup plus sensible pour les œuvres qui ont été réalisées localement et sont presque exclusivement commercialisées dans le territoire. Une telle différence de situation peut justifier que la compensation soit réservée à cette seconde catégorie.

S'il n'est pas regardé comme contraire à une norme s'imposant à la loi du pays, le choix opéré par la proposition devrait, compte tenu du principe de compensation, avoir une incidence sur la détermination, effectuée par voie réglementaire, du montant de la rémunération pour copie privée. En effet, le produit de cette rémunération devra être en rapport avec le préjudice

subi, du fait de l'exception de copie privée, par les seuls titulaires de droits sur des œuvres fixées pour la première fois sous forme de phonogramme ou de vidéogramme en Nouvelle-Calédonie. Les dispositions réglementaires qui fixeraient le montant de la rémunération à un niveau manifestement excessif au regard de ce préjudice pourraient être contestées pour ce motif. Le Conseil d'Etat rappelle à cet égard que la logique de la compensation implique de commencer par évaluer le manque à gagner subi par les titulaires de droits du fait de l'exception de copie privée afin de déterminer le produit global qui sera visé lors de la fixation des montants du prélèvement. Or l'exposé des motifs de la proposition de loi, qui mentionne un taux de prélèvement de 10 % du prix de vente qui aboutirait à un prélèvement beaucoup plus lourd que celui qui est opéré en métropole, ne contient aucun élément relatif à l'évaluation du préjudice qu'il s'agit de réparer.

**Dispositions prévoyant une amende administrative**

14. La proposition de loi du pays prévoit qu'en cas de défaut de déclaration de l'importation d'un support d'enregistrement, de défaut de paiement de la rémunération pour copie privée ou de défaut d'information des acheteurs des supports sur cette rémunération, le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie peut, après mise en demeure non suivie d'effet, prononcer des amendes administratives.

Il découle du principe de nécessité des délits et des peines résultant de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, qui ne concerne pas seulement les peines prononcées par les juridictions pénales mais s'étend à toute sanction ayant le caractère d'une punition, qu'une même personne ne peut faire l'objet de plusieurs poursuites tendant à réprimer de mêmes faits qualifiés de manière identique, par des sanctions de même nature, aux fins de protéger les mêmes intérêts sociaux (3 décembre 2021 n° 2021-953 QPC). Or le troisième alinéa de l'article L. 335-4 du code de la propriété intellectuelle, qui est applicable en Nouvelle-Calédonie, prévoit une sanction pénale, consistant uniquement en une peine d'amende, en cas de défaut de paiement de la rémunération pour copie privée. Le Conseil d'Etat estime, par suite, qu'en tant qu'elle concerne le défaut de paiement la disposition envisagée, qui qualifie ce fait de la même manière que l'article L. 335-4, prévoit également une sanction pécuniaire et vise à protéger les mêmes intérêts sociaux, rendrait possible un cumul de poursuites contraire au principe de nécessité des délits et des peines.

**Autres dispositions**

15. La proposition de loi du pays reprend plusieurs dispositions du code de la propriété intellectuelle qui à ce jour n'ont pas été rendues applicables en Nouvelle-Calédonie.

Outre la disposition issue de la loi du 17 juillet 2001 élargissant le bénéfice de la rémunération pour copie privée aux auteurs et éditeurs d'œuvres fixés sur d'autres supports que les phonogrammes et vidéogrammes, sont ainsi reprises les dispositions issues des lois des 20 décembre 2011, 7 juillet 2016 et 15 novembre 2021 qui :

- excluent du champ de la rémunération les copies effectuées à partir de sources illicites,

- assujettissent au versement de la rémunération les services de radio et de télévision qui fournissent, par voie d'accès à distance, la reproduction à usage privé d'œuvres à partir du programme qu'ils diffusent,

- prévoient le versement de la rémunération lors de la mise en circulation de services reconditionnés,

- soumettent à un agrément les organismes chargés de percevoir et répartir la rémunération,

- ouvrent une alternative entre des conventions d'exonération et un remboursement lorsque la rémunération n'est pas due par certains acteurs,

- imposent une information des acquéreurs de support sur la rémunération pour copie privée.

Ces dispositions appellent des observations sur les points suivants.

16. En ce qui concerne les exonérations de la rémunération, la proposition ne reprend pas la disposition issue de la loi du 20 décembre 2011 selon laquelle la rémunération n'est pas due pour les supports d'enregistrement acquis, notamment à des fins professionnelles, dont les conditions d'utilisation ne permettent pas de présumer un usage à des fins de copie privée. Cette disposition est cependant nécessaire pour que la charge de la rémunération n'incombe qu'aux bénéficiaires de l'exception de copie privée.

Par ailleurs, la proposition ne prévoit pas d'exonération dans le cas où un support d'enregistrement importé en Nouvelle-Calédonie aurait préalablement fait l'objet d'une mise en circulation en France, à l'occasion de laquelle la rémunération pour copie privée aurait été perçue. Une telle exonération ne s'impose sans doute pas, eu égard aux dispositions du II bis de l'article L. 311-8 du code de la propriété intellectuelle selon lesquelles la rémunération n'est pas due par les personnes qui procèdent à l'exportation de supports d'enregistrement mis en circulation en France.

17. Enfin, l'agrément de la ou des sociétés de perception et de répartition de droits chargées de percevoir et répartir la rémunération serait délivré pour une durée de dix ans, qui paraît longue eu égard au nécessaire contrôle sur l'activité de ces sociétés.

*Cet avis a été délibéré par la section de l'intérieur du Conseil d'Etat dans sa séance du mardi 15 novembre 2022.*

**SIGNÉ :** La présidente :
*Sylvie Hubac, présidente de la section de l'intérieur,*
La rapporteure :
*Laurence Franceschini, conseillère d'Etat,*
La secrétaire de séance :
*Chrystel Martens, secrétaire de la section de l'intérieur.*

**POUR EXTRAIT CERTIFIE CONFORME :**
**La secrétaire de la section**

**Chrystel Martens**