



09 février 2009 - v1.0

HADOPI, « Riposte graduée » :

*Une réponse inefficace,
inapplicable et dangereuse
à un faux problème.*

La loi « Création et Internet » a été votée au Sénat le 30 octobre 2008 et sera bientôt examinée à l'Assemblée nationale.

Elle vise à instaurer la « riposte graduée » contre les utilisateurs d'Internet qui se livrent à des échanges d'œuvres numériques, sans autorisation.

Elle fût recommandée par le rapport « sur la lutte contre le téléchargement illicite » rendu par Denis Olivennes, alors PDG de la FNAC, à Nicolas Sarkozy. Le président Sarkozy, très impliqué dans ce dossier, a d'ailleurs été le seul candidat à se saisir de cette question comme d'un enjeu de campagne.

Dans cette « riposte graduée », une autorité administrative indépendante, l'HADOPI, est saisie par les représentants des ayants droit sur présomption d'infraction aux droits d'auteurs.

Après recherche dans les données de connexions stockées par les fournisseurs d'accès (FAI), l'HADOPI envoie des courriers menaçant les utilisateurs de sanctions.

En cas de récidive, l'HADOPI ordonne leur déconnexion d'Internet sans possibilité de se reconnecter pour une durée de 1 à 12 mois¹.

Ce dispositif pose de nombreuses questions d'ordre économique, technique et juridique, mais également des questions relatives au respect des droits et libertés fondamentales des citoyens.

Ces questions sont détaillées dans le présent dossier.

1 Durant cette période, les utilisateurs devront continuer à payer leur connexion. Les frais de déconnexion seront à leur charge, et un éventuel recours en cour d'appel, que l'on imagine coûteux, ne sera pas suspensif de la décision. Une « liste noire » des utilisateurs déconnectés sera tenue par l'HADOPI, des sanctions sont prévues pour les opérateurs qui ne la respecteraient pas.

TABLE DES MATIÈRES

UNE MAUVAISE RÉPONSE.....	5
Un texte juridiquement inapplicable.....	6
Un texte contraire au droit fondamental à un procès équitable.....	6
Un risque de double peine.....	7
L'identification problématique de l'adresse IP	7
Un accès disproportionné aux données personnelles.....	8
La faiblesse juridique de la « preuve électronique ».....	8
Une inefficacité technique chronique	9
La faiblesse technique de la « preuve électronique ».....	9
L'illusion de la sécurisation de l'accès.....	10
De nombreux moyens d'échapper au dispositif existant.....	10
Une loi au bénéfice économique nul... voire négatif.....	11
UN FAUX PROBLÈME.....	12
Aucun lien démontré entre baisse des ventes et échanges.....	13
L'industrie du disque : seule responsable de sa crise.....	14
Créer de nouvelles sources de revenus pour des créations diversifiées à l'ère d'Internet.....	16
ANNEXES.....	20
Extraits des recommandations du Contrôleur Européen de la Protection des Données (CEPD), au sujet de la riposte graduée.....	20
Synthèse des observations de la Commission européenne sur la loi « Création et Internet ».....	21
Avis de la CNIL sur l'HADOPI.....	23
Analyse juridique détaillée.....	30
Sur la contrariété du dispositif des articles L.331-24 et s. avec l'article 6 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (CEDH).....	30
Sur l'applicabilité de l'article 6 de la CEDH à la procédure décrite aux articles L. 324 et s. tels qu'établis par l'article 2 du projet de loi.....	31
La soumission au principe du procès équitable	33
Un dispositif contraire à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi	34
Un dispositif en contrariété avec les libertés d'établissement et de prestation des services des articles 43 et 49 du traité instituant la Communauté Européenne.....	37
Un accès disproportionné aux données personnelles.....	38
Conclusion : des ordres juridiques en concurrence.....	39
Article de la revue Dalloz sur la loi « Création et Internet ».....	39

« Je ne pense pas que (la Riposte Graduée) soit un schéma applicable à l'Allemagne ou même à l'Europe. Empêcher quelqu'un d'accéder à l'Internet me semble être une sanction complètement déraisonnable. Ce serait hautement problématique d'un point de vue à la fois constitutionnel et politique. Je suis sûre qu'une fois que les premières déconnexions se produiront en France, nous entendrons le tollé jusqu'à Berlin. »

Brigitte Zypries, Ministre de la Justice allemand.

« La proposition dans le rapport Renfors de donner aux FAI le droit et l'obligation de couper les abonnements à Internet des internautes dont la connexion a été utilisée de façon répétée pour des violations du copyright a été fortement critiquée. Beaucoup ont noté que la coupure d'un abonnement à Internet est une sanction aux effets puissants qui pourrait avoir des répercussions graves dans une société où l'accès à internet est un droit impératif pour l'inclusion sociale. Le gouvernement a donc décidé de ne pas suivre cette proposition. » ils ajoutent : « les lois sur le copyright ne doivent pas être utilisées pour défendre de vieux modèles commerciaux »

Lena Adelsohn Liljeroth et Beatrice Ask, Ministres suédois de la Culture et de la Justice

« Les seuls motifs invoqués par le gouvernement afin de justifier la création du mécanisme confié à l'HADOPI résultent de la constatation d'une baisse du chiffre d'affaires des industries culturelles. À cet égard, elle déplore que le projet de loi ne soit pas accompagné d'une étude qui démontre clairement que les échanges de fichiers via les réseaux « pair-à-pair » sont le facteur déterminant d'une baisse des ventes dans un secteur qui, par ailleurs, est en pleine mutation du fait notamment, du développement de nouveaux modes de distribution des œuvres de l'esprit au format numérique. »

La **CNIL**, dans son avis remis au gouvernement avant le vote au Sénat, mais non publié

« L'obligation de protéger les titulaires de droits d'auteur qui incombe à l'État n'est pas telle qu'elle lui imposerait de mettre à leur disposition des moyens illimités lui permettant d'élucider les violations de ceux-ci. Au contraire, rien ne s'oppose à ce que certains droits d'investigation soient réservés aux autorités publiques ou ne soient tout simplement pas disponibles. »

Conclusions de l'**avocat général de la Cour de justice des Communautés européennes** dans **l'affaire Promusicae vs Telefonica**

« Ce transfert des pouvoirs du juge à une autorité administrative revient à créer une véritable juridiction d'exception pour les téléchargeurs et va à l'encontre du principe d'égalité devant la loi et les tribunaux, principes fondamentaux des lois de la République. »

'Non à la justice d'exception !' **communiqué des députés UMP M.Lefur et A.Suguenot**,

« Ces moyens de contrôle touchent aux libertés fondamentales et atteignent la culpabilité collective. Ce qui n'est pas acceptable dans cette affaire, c'est qu'on en arrive à une culpabilité collective. »

Michel Rocard, avril 2008, **interviewé par 20 minutes**

« La répression n'est pas la solution, plutôt une offre légale large avec plus que les 3500 films proposés aujourd'hui à l'internaute. Sur Torrent, vous pouvez trouver 20 000 films, de surcroît plus faciles à télécharger... »

Jean-Yves Bloch, directeur général d'**UniversCiné**, **Libération**

UNE MAUVAISE RÉPONSE



Un texte juridiquement inapplicable

Soit le texte est attentatoire au droit fondamental à une procédure équitable (droit à connaître les accusations précises portées contre vous et à pouvoir les contester dans une procédure contradictoire), soit il faudra faire préciser les violations présumées dès le premier avertissement et permettre de les contester.

Dans ce dernier cas, il deviendra évident que le texte essaye de contourner la prohibition constitutionnelle² d'un traitement différencié du délit de contrefaçon, et qu'il va en pratique installer un risque de double peine.

Un texte contraire au droit fondamental à un procès équitable

La procédure organisée par le projet de loi HADOPI ne permet à aucun moment la personne concernée d'obtenir des informations sur le contenu des éléments téléchargés ou mis à disposition. Le texte est contraire à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme qui assure aux individus un droit à un procès équitable leur permettant d'assurer leur défense. **Comment, une personne suspectée d'avoir téléchargé sans autorisation des contenus pourra-t-elle se défendre si elle ne peut avoir connaissance précisément de ce qui lui est reproché ?**

Une simple affirmation de manquement ne peut suffire pour reprocher à une personne d'avoir manqué à une des ses obligations. Une question plus essentielle qui se pose encore est de savoir ce qu'un défendeur pourra présenter face à une affirmation vide de tout contenu. On peut imaginer que l'heure et le logiciel ou le site concernés soient eux aussi communiqués mais ces informations ne suffisent pas à établir qu'il y a eu un manquement à l'obligation de l'article L. 336-3.

De la même façon, la procédure engagée par l'HADOPI est contraire au droit fondamental du respect du contradictoire. En effet **il n'est pas possible de contester les accusations, et il n'est possible de contester la sanction qu'une fois qu'elle a été rendue.**

2 Point 64 et 65 de la décision du 27 Juillet 2006 relative à la loi DADVSI : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/depuis-1958/decisions-par-date/2006/2006-540-dc/decision-n-2006-540-dc-du-27-juillet-2006.1011.html>

Un risque de double peine

Il n'existe aucune garantie que l'infraction de « non-sécurisation de l'accès » ne s'ajoute pas à des poursuites pénales pour contrefaçon.

Comme l'explique la CNIL dans son rapport sur l'HADOPI³ :

« La Commission observe que le projet de loi, en plus de donner le choix entre différentes procédures aux SPRD et aux organismes de défense professionnelle, leur permet également de procéder à la qualification juridique des faits constatés en fonction de critères qu'il leur appartiendra seuls de déterminer. En effet, des faits identiques - la mise à disposition d'œuvres en méconnaissance des droits d'auteur pourront passer du statut de « manquement » associé à une sanction administrative - à celui de délit de contrefaçon associé à une sanction pénale potentiellement assortie d'une peine de privation de libertés. »

La Commission considère ainsi ne pas être en mesure de s'assurer de la proportionnalité d'un tel dispositif dans la mesure où il laissera aux seuls SPRD et organismes de défense professionnelle le choix de la politique répressive à appliquer sur la base d'un fondement juridique dont les contours sont mal définis.

L'identification problématique de l'adresse IP

L'identification des titulaires d'un accès lié à une adresse IP pose une difficulté juridique particulièrement importante.

Lors de l'examen de la constitutionnalité de la loi informatique et libertés lors de sa refonte en 2004, le Conseil constitutionnel, saisi par les parlementaire notamment sur la question de la possibilité pour des sociétés d'auteurs de traiter des fichiers d'infractions, avait apporté une limite particulière à ce traitement.

Le Conseil en reconnaissant la possibilité pour les sociétés d'auteurs d'agir dans le cadre de la lutte contre le téléchargement avait subordonné cette possibilité à une garantie issue du fait

« que les données ainsi recueillies ne pourront, en vertu de l'article L. 34-1 du code des postes et des communications électroniques, acquérir un caractère nominatif que dans le cadre d'une procédure judiciaire et par rapprochement avec des informations dont la durée de conservation est limitée à un an »⁴.

En permettant à l'HADOPI de demander l'identification des personnes liées à une adresse IP collectée par les sociétés d'auteurs en dehors de toute intervention de l'autorité judiciaire, **le projet de loi est contraire à la décision du Conseil constitutionnel** en ce qu'il supprime la garantie principale ayant justifié la déclaration de constitutionnalité de l'article 9 de la loi informatique et libertés, à savoir **l'intervention de l'autorité judiciaire**.

3 <http://www.latribune.fr/entreprises/communication/telecom--Internet/20081103trib000305843/loi-antipiratage-le-gouvernement-critique-par-la-cnil-.html>

4 Décision n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004 concernant la loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés

Un accès disproportionné aux données personnelles

La preuve de la non sécurisation repose sur les données collectées par les opérateurs de télécommunication dans le cadre de l'article 34-1 du Code des postes et télécommunications électroniques.

Une fois mise en place et d'après les dispositions du projet de loi en l'état, l'HADOPI peut, **sans contrôle de l'autorité judiciaire, obtenir copie de ces informations collectées à l'origine à des fins de lutte contre le terrorisme**. À ce sujet, la CNIL relève dans son avis :

« la Commission relève que la modification de l'article L. 34-1 du CPCE introduite dans le projet de loi permettra à l'HADOPI de recueillir et de traiter, sous une forme nominative, les données de trafic, hors donc de toute procédure judiciaire, garantie cependant jugée essentielle par le Conseil constitutionnel. Elle estime dès lors que le projet de loi ne comporte pas en l'état les garanties nécessaires pour assurer un juste équilibre entre le respect de la vie privée et le respect des droits d'auteur.

.../...

La Commission relève que le projet de loi attribue à des agents des compétences que jusqu'à présent le II de l'article 6 de la loi précitée réservait uniquement aux autorités judiciaires agissant dans le cadre d'une procédure judiciaire.

Elle estime dès lors que le projet de loi ne comporte pas en l'état les garanties nécessaires pour assurer un juste équilibre entre le respect de la vie privée et le respect des droits d'auteur. »

La faiblesse juridique de la « preuve électronique »

Les procédures se fondent sur des relevés d'adresses IP collectées par des acteurs privés travaillant pour les industries du divertissement. **Il n'existe aucune garantie concernant l'exactitude et la véracité des adresses IP collectées, pas plus qu'il n'existe de moyen de contrôler la collecte.**

Ces « preuves immatérielles » sont constituées de séries de 0 et de 1 dans des fichiers texte. Elles peuvent aisément être altérées, ou comporter des erreurs. **Il n'est aucun moyen de vérifier leur authenticité.**

De telles « preuves » sont par ailleurs impossible à contester.

Loin d'être irréfragables⁵, **elles ne permettent donc pas d'établir la matérialité du délit de contrefaçon.**

5 Ces adresses IP identifient en général les points d'accès à Internet soupçonnés d'avoir servi à télécharger à un instant donné (ils peuvent être partagés entre de nombreux ordinateurs d'un même foyer, d'une même entreprise, des clients d'un établissement offrant ce service, entre les visiteurs des nombreux jardins et lieux publics offrant un accès wifi, etc.). Plus rarement, ces adresses IP identifient un ordinateur en particulier, mais jamais les utilisateurs du réseau eux-mêmes.

Une inefficacité technique chronique

La faiblesse technique de la « preuve électronique »

Les adresses IP ne permettent en aucun cas d'identifier des personnes, mais seulement des équipements connectés au réseau (ordinateurs, routeurs, imprimantes, etc.).

Les adresses IP collectées par les représentants des ayants droit identifient en général les points d'accès à Internet soupçonnés d'avoir servi à télécharger à un instant donné. Plus rarement, ces adresses IP identifient un ordinateur en particulier, mais jamais les utilisateurs du réseau eux-mêmes.

Ces adresses IP peuvent donc être partagées entre :

- les membres d'un même foyer et leurs visiteurs,
- les différents postes d'une même entreprise,
- les clients ou visiteurs d'un établissement offrant un accès Internet,
- les différents utilisateurs d'un même serveur relais (proxy),
- les visiteurs des nombreux jardins et lieux publics offrant un accès wifi,
- les voisins d'utilisateurs partageant leur connexion wifi,
- les utilisateurs « cassant » la protection particulièrement faible des accès wifi de leurs voisins,
- etc.

De la même façon, les ordinateurs infectés de virus, chevaux de Troie et rootkit, peuvent être contrôlés à distance par des tiers qui utiliseront ainsi son adresse IP à l'insu de l'abonné. Selon Vinton Cerf, l'un des pères fondateurs d'Internet, près d'un quart des ordinateurs connectés seraient sous le contrôle de « pirates »⁶.

Des innocents seront inévitablement condamnés⁷.

6 <http://www.lesnouvelles.net/articles/virus/vinton-cerf-un-quart-Internet-est-un-botnet>

7 Des chercheurs en sécurité informatique ont d'ores et déjà prouvé qu'il était possible de **leurrer ces dispositifs** en leur injectant de fausses adresses IP (Internet Protocol), en recevant une plainte pour contrefaçon destinée à deux imprimantes de leur laboratoire connectées en réseau : http://dmca.cs.washington.edu/uwcse_dmca_tr.pdf

L'illusion de la sécurisation de l'accès

Les procédures se fondent sur des relevés d'adresses IP, preuves immatérielles **ne permettant pas d'établir la matérialité du délit de contrefaçon**. Le texte propose donc de ne plus se fonder sur la présomption de contrefaçon mais sur une nouvelle infraction de « défaut de sécurisation de sa connexion ». Cette nouvelle infraction crée cependant plus de problèmes qu'elle n'en résout :

- La notion de sécurité, en informatique comme ailleurs, est à géométrie variable et dépend de la menace contre laquelle l'on souhaite se protéger. Il revient donc à l'HADOPI d'établir la liste de moyens de sécurisation considérés comme efficaces pour prévenir les manquements à l'obligation. Faudra-t-il faire confiance à cette autorité administrative pour **gérer la sécurité informatique de millions d'entreprises et de particuliers ?**
- Il sera matériellement **impossible pour un utilisateur de prouver sa bonne foi dans la sécurisation de son accès** au moment des faits qui lui sont reprochés.
La seule « solution », inacceptable, serait que les moyens de sécurisation recommandés par l'HADOPI soient des logiciels espions, fermés, qui collecteraient et enverraient des informations quant à leur mise en place. Les problématiques de sécurité informatique et de protection de la vie privée qui découleraient de telles pratiques seraient considérables.
- Les outils recommandés par l'HADOPI **seront-ils compatibles avec les principes fondamentaux du Logiciel Libre ?**

De nombreux moyens d'échapper au dispositif existant

Afin de cacher son adresse IP aux représentants des ayants droit surveillant le réseau et à l'HADOPI, les utilisateurs d'Internet peuvent d'ores et déjà utiliser différentes techniques :

- Emploi de serveurs relais situés dans d'autres pays. Il est possible de louer de tels services, très accessibles et simples d'accès, pour environ 5€ par mois.
- Utilisation de logiciels d'anonymisation et de chiffrement des connexions.

Ces outils et services risquent d'être très largement publicisés après la promulgation de l'HADOPI. Seuls les innocents et les utilisateurs les moins éduqués à la technique seront sanctionnés.

Par ailleurs, l'utilisation généralisée de certains de ces outils compliquera grandement la tâche des forces de l'ordre enquêtant sur des crimes et délits sérieux.

En outre, il sera probablement aisé d'injecter de fausses données dans les outils de surveillance des réseaux⁸, induisant un plus fort taux d'erreur, donc de condamnation d'innocents.

8 Les suédois de The Pirate Bay ont déjà annoncé qu'ils diffuseront de fausses adresses IP françaises dans les réseaux qu'ils mettent à disposition du public, afin de brouiller l'écoute de l'HADOPI : <http://www.generation-nt.com/pirate-bay-fausses-adresses-ip-fake-peer-hadopi-piratage-actualite-174671.html>

Une loi au bénéfice économique nul... voire négatif

Le coût de l'HADOPI pour le contribuable sera exorbitant : 6,7M€/an budgetés⁹ auxquels s'ajouteront des millions de frais d'identification¹⁰ et d'envoi de courriers électroniques (Christine Albanel parle de « 3 000 lettres recommandées d'avertissement par jour »), soit plus de 10M€ à 20M€/an au total.

Les utilisateurs déconnectés par l'HADOPI ne pourront plus consommer via Internet ni souscrire à des services en ligne. Ces pertes de revenus pour les industries et services dépendant d'Internet sont difficiles à chiffrer.

Par ailleurs, les frais de déconnexion étant facturés par le fournisseur d'accès à l'abonné, ce sont autant qui ne pourront être réinjectés dans d'autres pans de l'économie.

Il est par ailleurs plus que douteux qu'elle fera baisser l'échange non autorisé.

Les internautes éventuellement dissuadés n'iront pas pour autant acheter plus de disques et de fichiers¹¹.

9 Pour comparaison, le budget annoncé pour le contrôleur général des lieux de privation de liberté est de 2.5 millions d'euros pour 5800 lieux à contrôler, et la CNIL dispose d'un budget de 11.3M d'euros pour contrôler l'ensemble des traitements de données personnelles réalisées en France, soit trois fois moins que celui de son homologue allemand...

10 L'identification d'utilisateurs par les fournisseurs d'accès à Internet est habituellement facturée par les FAI à l'autorité judiciaire. <http://www.arcep.fr/index.php?id=2095>

11 Selon la société de mesures BigChampagne, en 10 ans personne n'a prouvé le lien entre baisse des téléchargements et augmentation des ventes : «*But to even pursue these questions vastly underestimates the complex relationships among legitimate and pirate markets. Frequently, music industry professionals suggest that an increase in legitimate sales must necessarily coincide with a commensurate reduction in piracy, as if this were a fact. Yet, the company BigChampagne has made no such consistent observation in nearly a decade of analysing these data. Rather, it finds that piracy rates follow awareness and interest. In other words, if you do a good job cultivating a legitimate sales story, you must also expect a similar up-tick in grey market activity. The biggest selling albums and songs are nearly always the most widely-pirated, regardless of all the 'anti-piracy' tactics employed by music companies*»
[http://www.mcps-prs-alliance.co.uk/online/research/Documents/Economic Insight 10.pdf](http://www.mcps-prs-alliance.co.uk/online/research/Documents/Economic%20Insight%2010.pdf)

UN FAUX PROBLÈME



Annexe au film « Captain Blood » - Errol Flynn – 1936

« C'est vous les pirates, vu que vous utilisez sur votre site une photo d'un film sur laquelle vous n'avez pas les droits ! »

- Pascal Rogard, président de la SACD, au sujet de la réutilisation de cette photo, s'adressant à Philippe Aigrain, co-fondateur de la Quadrature du Net.

Aucun lien démontré entre baisse des ventes et échanges

Cette loi se fonde sur le **postulat erroné** que les échanges sans autorisation seraient la cause principale, majeure, de la baisse des ventes de disques et de films.

Il existe un débat sur les effets actuels du partage de fichiers. Certains crient à l'hémorragie vidant de son sang la création culturelle. À l'opposé, divers chercheurs mettent en avant des études portant sur la musique¹² montrant qu'**un partage accru ne nuit pas aux revenus d'une œuvre donnée**.

Le ministère de l'industrie canadien, a commandité une étude¹³ arrivant à la conclusion que les utilisateurs téléchargeant le plus sont également ceux qui achètent le plus. Une étude commanditée par le gouvernement néerlandais arrive aux mêmes conclusions¹⁴, à savoir que l'échange de fichiers entre particuliers aurait des effets économiques bénéfiques..

Les juges eux-mêmes ont fréquemment affiché leur scepticisme face aux affirmations des éditeurs selon lesquels tout échange non autorisé résulterait en un manque à gagner. C'est une des raisons qui poussent les groupes d'intérêt correspondants à demander, dans le projet d'accord commercial ACTA, des dispositions¹⁵ qui officialiseraient leur interprétation et qui les dispenseraient d'avoir à prouver leurs affirmations. Le débat n'est donc pas près d'être clos.

Selon le Groupe de travail sur l'économie de l'information de l'OCDE, dans son étude « Contenus Numériques Haut Débit : la Musique »¹⁶ (p. 88)

« Quoi qu'il en soit, le téléchargement de musique en P2P ne conduit pas tous les utilisateurs à substituer systématiquement ce type d'acquisition aux modes traditionnels de consommation. Il est par conséquent difficile d'établir « le coût du partage illégal de fichiers ». Cette difficulté est reflétée dans les résultats des études sur la question et dans les critiques méthodologiques dont ont pu faire l'objet ces études (faibles taux de réponse, défauts de conception des études, problèmes de définition des modèles pour les travaux empiriques, etc.). Certaines études démontrent que le partage non autorisé de fichiers a un effet négatif sur les ventes de musique, mais d'autres démontrent qu'il a un effet positif ; et d'autres encore concluent qu'il a un impact nul.

12 Guilhem Fabre. « Rapport sur la contrefaçon, 2006 ». Rapport d'une étude réalisée pour l'Institut des Hautes Etudes de la Sécurité Intérieure, à paraître
et Felix Oberholzer-Gee and Koleman Strumpf. « The effect of file sharing on record sales: An empirical analysis ». Journal of Political Economy, 115(1), 2007.

13 http://www.ic.gc.ca/eic/site/ippd-dppi.nsf/eng/h_ip01456.html#table

14 http://tno.nl/content.cfm?context=overtho&content=nieuwsbericht&laag1=37&laag2=2&item_id=2009-01-16%2012:57:23.0

15 Knowledge Ecology International. « RIAA suggestions for content of ACTA. », June 2008
http://www.keionline.org/index.php?option=com_content&task=view&id=190

16 <http://www.oecd.org/dataoecd/11/54/34992262.pdf>

D'après certains, les utilisateurs substituent le téléchargement à l'achat légal, ce qui réduit les ventes, mais d'autres avancent que le partage de fichiers permet de découvrir certaines musiques avant de les acheter. La plupart des études confirment que ces deux phénomènes opèrent en même temps – selon les utilisateurs : le partage non autorisé de fichiers conduit certains à augmenter leur consommation et d'autres à la réduire. »

Par ailleurs, le spectacle vivant, tout comme la fréquentation des salles de cinéma¹⁷, explosent littéralement depuis quelques années en France.

Plutôt que d'attendre le débouché d'une controverse sur ce qui est en train de se passer et qui est clairement insatisfaisant, ne vaudrait-il pas mieux discuter de ce qui pourrait être une bonne solution ?

L'industrie du disque : seule responsable de sa crise

On observe cependant un rétrécissement bien réel du marché de la musique enregistrée, que d'autres études ont attribué au partage de fichiers¹⁸.

Les causes de la crise de l'industrie du disque sont pourtant multiples :

- obsolescence du support CD déficit chronique d'innovation pour le remplacer,
- choix stratégiques visant à concentrer les investissements sur quelques « stars ».
- prix excessifs des CD n'ayant pas baissé en 20 ans,
- impact négatif des DRM sur les usages,
- la proposition tardive d'offres numériques commerciales limitées,
- baisse du pouvoir d'achat,
- multiplication des postes de dépenses de loisir (DVD, jeux vidéo, téléphonie mobile, etc.),
- le format de l'album brisé par la possibilité d'acheter tous les morceaux à l'unité sur les sites commerciaux. (Maintenir l'obligation d'achat d'un album entier sans cette possibilité s'apparenterait à de la vente par lot, punie par la loi.)

L'importance relative de ces différents facteurs était chiffrée dans une étude de la FNAC en 2004, dans laquelle les échanges ne comptaient que pour une part mineure.

17 « Selon les dernières estimations de la direction des études, des statistiques et de la prospective, la fréquentation cinématographique atteint 18,2 millions d'entrées au mois de novembre 2008, soit 40,6 % de plus qu'en novembre 2007. Sur les onze premiers mois de 2008, 171,05 millions d'entrées ont été réalisées, soit 6,7 % de plus que sur les onze premiers mois de 2007. Sur les 12 derniers mois écoulés, les entrées dans les salles sont estimées à 188,5 millions, ce qui constitue une progression de 4,4 % par rapport aux 12 mois précédents. » selon le CNC.

18 Stan J. Liebowitz. « Testing file-sharing's impact by examining record sales in cities. », 2005 CAPRI Publication 05-02. http://somweb.utdallas.edu/centers/capri/documents/Impact_file_sharing.pdf,

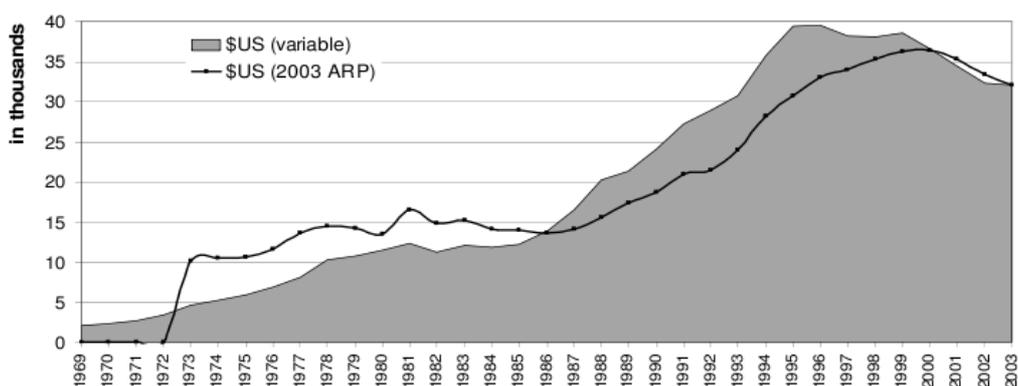
Les majors réagissent en effet à leur incapacité à imposer leur exclusivité de distribution des œuvres numériques par une réduction de l'offre et une **concentration accrue de la promotion sur un petit nombre de titres**.

Cela leur a jusqu'à présent permis de maintenir et même **d'accroître leurs profits par album, mais au prix d'une réduction du marché global et des revenus liés des créateurs**. Cette réduction est en partie compensée par l'offre élargie des producteurs indépendants et des individus.

Cependant, l'absence de financement mutualisé et le maintien d'une dépendance vis à vis de la distribution centralisée rend leur activité incertaine et fragile.

Il convient par ailleurs de relativiser l'importance de la crise que traverse l'industrie du disque, en la mettant en perspective avec les taux de croissance historiques qu'elle a connu dans les années 80 et 90. Ces chiffres sont détaillés dans l'étude de l'OCDE qui tempère l'impact des échanges de fichiers sur les ventes.

Valeur des ventes mondiales de musique, en milliards d'USD (PMR = prix moyen réalisé)



Source : OCDE, d'après l'IFPI. Les valeurs en USD ont été calculées sur la base du prix moyen réalisé (PMR) en 2003, par format.

La baisse actuelle des ventes ne serait qu'un ajustement consécutif au pic du cycle du support CD (milieu des années 90).

Par ailleurs, **faire la guerre à ses clients n'est jamais une stratégie commerciale gagnante**.

Tout porte à croire que **cette loi vise en réalité à tenter de faire perdurer les modèles économiques dépassés basés sur la vente de copies**¹⁹.

19 Pour Paul Krugman, dernier prix nobel d'économie, **le modèle de vente de fichiers est d'ailleurs sans avenir** : http://www.nytimes.com/2008/06/06/opinion/06krugman.html?_r=1&oref=slogin

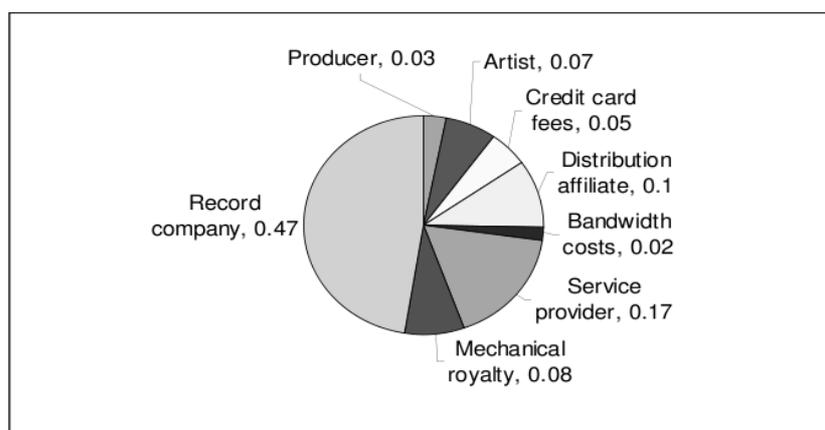
Créer de nouvelles sources de revenus pour des créations diversifiées à l'ère d'Internet

L'un des aspects les plus marquants de la loi Création et Internet est qu'elle n'apporte aucune source de revenus supplémentaire à la création, tout en pérennisant une situation défavorable à la création dans son ensemble et aux créateurs. La loi fait miroiter le mirage d'un Eldorado numérique fondé sur un monopole fort de distribution de copies d'œuvres par les producteurs et distributeurs.

Ce modèle commercial ne pourrait s'étendre que si les libertés d'usage élémentaires étaient éradiquées. Si on y consentait, les conséquences en seraient désastreuses pour la création dans son ensemble et les revenus de l'immense majorité des créateurs. Les caractéristiques d'une telle situation sont déjà lisibles aujourd'hui que ce soit dans le domaine de l'édition de supports (CD et DVD) ou sur des plate-formes de téléchargement de musique et de films :

- Concentration sans cesse accrue de la promotion, de l'accès et des revenus sur un nombre réduit de titres
- Concentration du cycle de vie des œuvres sur des périodes de plus en plus courtes et part de la promotion toujours plus forte dans les budgets des éditeurs et distributeurs, faisant que les rôles à valeur ajoutée (accompagnement de la maturation des artistes, production, formation de styles et de communautés créatives, médiation avec le public) sont de plus en plus difficiles à jouer, notamment pour les acteurs indépendants.
- Niveau moyen de la rémunération des créateurs faibles (4 à 10% suivant les canaux et médias pour les ventes de biens culturels) et s'accompagnant d'une inégalité sans cesse accrue entre créateurs. Qui plus est de nombreux revenus « théoriques » (royalties) ne sont jamais distribués pour la majorité des créateurs du fait des règles comptables appliquées par les éditeurs ou distributeurs.

Modèle de recette pour les téléchargements numériques aux États-Unis (2004)



Source : OCDE, d'après le Department of Canadian Heritage (2004). FAD Research Inc, mars 2004, avec des données de Billboard. Comme l'industrie est nouvelle et que les conditions des contrats sont extrêmement variables, ces chiffres doivent être considérés avec prudence et méritent d'être examinés de façon plus approfondie.

L'économie de la création ne survit dans un tel contexte que parce les revenus des créateurs, hors du champ de l'édition de livres, ne proviennent que de façon très minoritaire des droits perçus sur la consommation privée de biens culturels. Ce sont les revenus de licences collectives (radio, copie privée, taxe sur les photocopies) ou de licences dont la gestion est collective (télévision, performance publique de la musique, réutilisation dans de nouvelles œuvres et dans le spectacle vivant) qui en assurent la plus grande part. De la même façon, l'économie de la production, par exemple audiovisuelle, a également des sources de financement très diversifiées.

Dans les 5 ou 6 dernières années, des études dans de nombreux pays ont fait apparaître que les conséquences du partage de fichiers non autorisés ne ressemblaient en rien à la caricature d'une « hémorragie des œuvres » ou à la devise « fichiers partagés = ventes perdues ».

La plus récente de ces études est celle réalisée aux Pays-Bas par le laboratoire TNO et l'institut de recherche IviR²⁰ qui fait apparaître un impact nettement positif du partage de fichiers non autorisés pour les revenus des œuvres et artistes, à l'exception possible des œuvres des stars américaines. Ces résultats sont cohérents avec ceux obtenus dans d'autres études au Canada²¹ aux États-Unis²² ... et dans des études françaises²³.

Même si l'on adopte une interprétation prudente de ces résultats, deux points y apparaissent avec certitude :

- le partage de fichiers est fortement favorable à la diversité culturelle, assurant une attention bien plus importante pour les œuvres de popularité intermédiaire ;
- le partage de fichiers a une très bonne synergie avec d'autres volets de l'économie de la création : concerts, projections de films en salle, pratiques culturelles et services liés comme l'enseignement.

Faut-il donc adopter une attitude de laisser-faire ? Nous n'y sommes pas favorables, pour trois raisons. Il n'est pas satisfaisant qu'une part très importante de la population et la quasi-totalité de la jeunesse doivent rechercher la satisfaction de ses goûts culturels dans des pratiques illégales.

20 Étude en néerlandais. Voir l'analyse de Fabrice Epelboin, Un rapport commandé par le gouvernement Hollandais conclu à un impact « très positif » du peer to peer sur l'économie, <http://fr.readwriteweb.com/2009/01/20/a-la-une/rapport-gouvernement-hollandais-conclu-impact-positif-p2p-economie/>.

21 Voir cette étude commandée par le ministère de l'industrie canadien, qui conclut que les internautes qui partagent le plus sont ceux qui achètent le plus : http://www.ic.gc.ca/eic/site/ippd-dppi.nsf/eng/h_ip01456.html

22 [38] Felix Oberholzer-Gee and Koleman Strumpf. The effect of file sharing on record sales : An empirical analysis. Journal of Political Economy, 115(1), 2007. Les auteurs sont des chercheurs du National Bureau of Economic Research et de la Harvard Business School.

23 Sylvain Dejean, Thierry Pénard, Raphaël Suire, Une étude sur les pratiques de consommation de vidéo sur Internet, Laboratoire Marsouin, <http://www.marsouin.org/IMG/pdf/etudeusagep2p.pdf> et l'analyse des études disponibles internationalement par Patrick Waelbroeck, Evolution du marché de la musique préenregistrée à l'ère numérique. Même les études du Ministère de la culture sur les usages d'Internet font apparaître que les populations jeunes fortement utilisatrices d'Internet, parmi lesquelles on trouve une proportion très majoritaire de « partageurs de fichiers » ont une fréquentation des salles de cinéma et des concerts accrus, une consommation de biens culturels qui n'est pas réduite (voire accrue) et des pratiques culturelles personnelles accrues. Seul le temps passé devant la télévision est réduit. Voir : Olivier Donnat, Pratiques culturelles et usages d'Internet, DEPS / Ministère de la Culture, <http://www2.culture.gouv.fr/deps/fr/pratiquesinternet.pdf>.

Les effets positifs du partage de fichiers en matière de diversité culturelle et de bénéfices indirects de revenus pour la création et les intermédiaires sont fortement limités dans un contexte où il ne peut être pratiqué légalement, ce qui l'empêche qu'y mûrissent une éthique et des stratégies commerciales et culturelles d'intermédiaires. Enfin, le niveau actuel de la rémunération de la création et du financement de la production de nouvelles œuvres n'est pas adapté à la croissance enthousiasmante du nombre de créateurs à l'âge d'Internet et des technologies de l'information : un grand besoin de sources de revenus complémentaires existe, celles-là mêmes qui sont cruellement absentes du projet de loi Création et Internet.

Ces réflexions ont conduit un nombre sans cesse accru d'acteurs à défendre l'intérêt de mécanismes de financements mutualisés prenant la forme de licences collectives pour le partage non-commercial de fichiers entre individus. Il s'agit aussi bien de sociétés de gestion collective (en Suède, en Italie, au Canada et en France pour ce qui concerne les droits des interprètes), d'intermédiaires musicaux (au Royaume-Uni²⁴), d'associations de consommateurs, d'universitaires que d'industriels de la musique eux-mêmes, avec les récentes propositions de la société Warner Music²⁵ aux Etats-Unis.

Philippe Aigrain, co-fondateur de La Quadrature du Net, a rassemblé ces propositions dans son ouvrage *Internet & Création*²⁶ et les a révisées ou complétées sur des points essentiels dans sa proposition d'une *contribution créative*. Les points essentiels en sont :

- une délimitation rigoureuse des échanges autorisés de façon à garantir l'absence d'impact sur d'autres canaux importants pour les revenus des créateurs et l'économie générale de la création (y compris audiovisuelle),
- des garanties de revenus par le caractère obligatoire de la contribution pour les abonnés au haut-débit, qui, dans la nouvelle situation, profiteront tous de la reconnaissance des échanges hors marché,
- la mise en place d'une part de financement de la production de nouvelles œuvres et de soutien aux intermédiaires à valeur ajoutée, avec des mécanismes de gouvernance originaux pour éviter la bureaucratisation des choix de soutien,
- un modèle économique pour définir et réviser dans le temps le niveau de la contribution des internautes, qui aboutit à un montant de contribution se situant entre 5 et 7 € par mois, et dont il est démontré qu'il assure des ressources accrues pour les créateurs dans leur ensemble sans mettre en danger l'économie de la production des œuvres²⁷,
- la preuve de faisabilité d'acquisition sans risque pour les données personnelles d'une base solide de distribution de la rémunération.

24 Voir les propositions de Peter Jenner, un des principaux agents musicaux britanniques.

25 Proposition d'une licence collective aux universités américaines autorisant le partage de fichiers, voir l'analyse de Guillaume Champeau, Warner Music Group veut une licence globale aux Etats-Unis, <http://www.numerama.com/magazine/11480-Warner-Music-Group-veut-une-licence-globale-aux-Etats-Unis.html>.

26 *Internet & Création* : comment reconnaître les échanges sur internet en finançant la création, In *Libro veritas*, octobre 2008, http://www.ilv-edition.com/librairie/Internet_et_creation.html. Une version développée de l'ouvrage paraîtra en anglais en 2009 aux éditions Bloomsbury Academic Publisher.

27 Ce qui ne dispense d'autres mesures pour en assurer la pérennité face aux transformations en cours, notamment en ce qui concerne la contribution de la télévision à la production audiovisuelle.

Compte tenu de l'intérêt croissant que suscitent des propositions de cette nature à l'échelle internationale, l'entêtement du gouvernement depuis des années à refuser tout débat ou toute étude qui fasse place à ces options explique pour une grande part le caractère aberrant des mesures proposées dans la loi Création et Internet.

Le risque n'est pas seulement d'empiler un texte de plus attentatoire aux libertés et au droit à une procédure équitable autant qu'inapplicable. C'est avant tout celui de manquer l'occasion d'une organisation positive de la contribution d'Internet à la création et à son économie.

Au-delà du délai, ce sont les bases de futures politiques qui sont mise en danger par la persistance à traiter les consommateurs et citoyens en ennemis de la culture. On risque ainsi de miner une disposition à payer qui s'affirme pourtant encore particulièrement forte chez les « téléchargeurs » dans les sondages commandés par les majors elles-mêmes.

ANNEXES

Extraits des recommandations²⁸ du Contrôleur Européen de la Protection des Données (CEPD), au sujet de la riposte graduée.

32. The proportionality principle²⁹ requires personal data collected and further processed to be adequate, relevant and not excessive in relation to the purposes for which they are collected and/or further processed. Considering: 1) the fact that such monitoring would affect *all* users, irrespective of whether they are under suspicion, 2) the potential *effects* of the monitoring, which could result in disconnection of Internet access, and 3) the fact that the entity making the assessment and taking the decision will typically be a private entity (i.e. the copyright holders or the ISP), it seems clear that these types of schemes do not comply with the proportionality principle, which is fundamental to data protection.
33. In its opinion of 18 January 2005, the Article 29 Working Party, discussing this issue,³⁰ stated that *“While any individual obviously has the right to process judicial data in the process of his/her own litigation, the principle does not go as far as permitting in depth investigation, collection and centralisation of personal data by third parties, including in particular, systematic research on a general scale such as the scanning of the Internet (...). Such investigation falls within the competence of judicial authorities.”*
34. Consistent with the Article 29 Working Party, the EDPS has already highlighted³¹ that clearly these types of monitoring schemes raise concerns about private sector (e.g. ISPs’ or copyright holders’) control over the content of telecommunications, an area that is in principle under the competence of law enforcement authorities.
35. In sum, data protection principles call for a graduated approach whereby monitoring may be lawful in the context of limited, specific, ad hoc, situations whereby well-grounded suspicions of copyright abuse, preferably at a commercial scale, exist. In such cases, the collection of information demonstrating alleged Internet abuse may be deemed necessary and proportional for the purposes of preparing the legal proceedings, including litigation. However, these principles are not respected in instances that entail widespread, systematic, proactive monitoring of the use of Internet by alleged or “would be” infringers.
36. Finally, in this context it is worth recalling the European Parliament’s resolution stressing the need for a solution in compliance with the fundamental rights of individuals, avoiding the adoption of “measures conflicting with civil liberties and human rights and with the principles of proportionality, effectiveness and dissuasiveness, such as the interruption of Internet access”.³²

28 http://www.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/Consultation/Comments/2008/08-09-02_Comments_ePrivacy_EN.pdf

29 Article 6 (1) c of the Data Protection Directive.

30 Working Party Document 104 on data protection issues related to intellectual property rights, adopted on 18 January 2005.

31 EDPS Opinion of 23 June 2008 on the Proposal for a Decision establishing a multi-annual Community programme on protecting children using the Internet and other communication technologies.

32 European Parliament resolution of 10 April 2008 on cultural industries in Europe (2007/2153(INI)).

Synthèse des observations de la Commission européenne sur la loi « Création et Internet »

La position de la Commission européenne concernant le projet de loi HADOPI se montre particulièrement critique vis-à-vis du projet de loi français et reprend de nombreuses observations soulevées par la Quadrature du Net.

Voir les observations de la Commission à cette adresse :

<http://www.latribune.fr/entreprises/communication/telecom-internet/20081127trib000314818/loi-antipiratage-sur-internet-les-observations-de-bruxelles-.html>

1- HADOPI un risque pour la vie privée et la liberté d'information ?

La Commission rappelle que, comme elle l'a fait dans le cadre de la refonte des directives du paquet télécom, la mise en place de mesures de coupure d'accès doit être envisagée avec précaution en raison des « *conséquences négatives sur la vie privée et la liberté de l'information des utilisateurs d'Internet en Europe* »

2- HADOPI une entrave à la concurrence ?

Si le projet de loi a vocation à ne s'appliquer qu'aux FAI français et pour des personnes résidant sur le territoire français, certains aspects techniques et pratiques ont été négligés notamment lorsqu'un fournisseur d'accès français offre ses services à des personnes non établies sur le territoire français de même que le cas dans lequel un FAI non français fournit un accès à un résident français. L'application de l'HADOPI pourrait être contraire au droit européen « *qui interdit aux États membres de restreindre la libre circulation des services de la société de l'information en provenance d'un autre État membre* ».

3- HADOPI et responsabilité des FAI

En mettant en place une obligation de notification des internautes dans le cas où sont suspectés des agissements illicites, le projet de loi HADOPI pourrait conduire à remettre en cause le principe non responsabilité des prestataires de l'Internet reconnu par le droit européen. Ce droit pose le principe que les hébergeurs ne sont pas responsables des contenus qu'ils hébergent et qu'ils n'ont pas d'obligation de surveiller ces contenus, cette irresponsabilité étant limitée aux cas dans lesquels l'hébergeur n'a pas été informé du caractère illicite des contenus.

4- Les moyens de sécurisation ne doivent pas conduire à une surveillance

La Commission insiste sur le fait que les moyens de sécurisation des accès proposés par l'HADOPI ne doivent en aucune manière conduire à imposer, même indirectement, au fournisseur d'accès une obligation de contrôle des contenus qu'ils font transiter, une telle obligation de surveillance étant contraire au droit européen.

5- La coupure d'accès une sanction disproportionnée ?

La commission émet 5 critiques à la coupure d'accès :

-elle serait excessive par rapport au cadre européen des télécommunications qui garantit un ensemble minimal de services, y compris un accès fonctionnel à Internet. Par ailleurs, il n'existe dans le projet français aucun mécanisme garantissant que les personnes ne feront pas l'objet d'une double sanction (déconnexion et poursuite pénale). Enfin, la Commission se pose la question de la justification du « *fait qu'un organe administratif (la Haute autorité) et non un organe judiciaire dispose du pouvoir de décider s'il y aurait violation ou non d'un droit d'auteur ou droit voisin* »

-l'Internet est désormais plus qu'un simple média d'information il est utilisé pour les démarches administratives (impôts, etc.) Il existe des politiques européennes visant à élargir les utilisations d'Internet notamment dans le domaine de la santé, pour l'assistance des personnes âgées, pour les personnes défavorisées, etc. À ce titre, la Commission précise qu'une « *coupure de leur accès à Internet pourrait porter atteinte à leur capacité d'accéder à des services qui leur sont essentiels* ».

-les offres Internet sont souvent des offres combinées (TV, téléphone, Internet,...) la coupure de l'accès ne pourra que concerner l'accès Internet dans le cas contraire la sanction serait disproportionnée;

-dans le cadre de la séparation des services offerts (TV, téléphone, etc.) il ne peut être imposé aux FAI de surveiller les flux de données;

-la mise en place d'une connexion minimale de type bas débit semble préférable plutôt que la coupure globale de l'accès;

Dans tous les cas la coupure d'accès ne devrait en aucune manière toucher les services de courrier électronique.

6- HADOPI contraire aux droits fondamentaux

Le mécanisme de notification mis en œuvre par l'HADOPI est contraire au droit à un procès équitable :

-la Commission considère que l'envoi des notifications avant coupure de l'accès et sur lesquelles aucune possibilité de recours n'est offerte n'est pas un simple rappel à la loi mais plutôt un « *acte de l'administration* » qui devrait être susceptible de faire l'objet d'une contestation.

-la Commission souligne le risque d'erreurs dans l'envoi des notifications et l'éventuelle impossibilité pour la personne mise en cause de démontrer cette erreur.

Avis de la CNIL sur l'HADOPI

Délibération n°2008-101 du 29 avril 2008 portant avis sur le projet de loi relatif à la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet (avis n°08008030)

La Commission nationale de l'informatique et des libertés,

Vu la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'homme et des libertés fondamentales, notamment son article 10 ;

Vu la Convention n° 108 du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel ;

Vu la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement de données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données ;

Vu la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, modifiée en 2004, notamment son article 1 1 4° a) ;

Vu la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, notamment son article 6 ;

Vu le Code de la propriété intellectuelle, notamment ses articles L. 331-5 et suivants ;

Vu le Code des postes et des communications électroniques, notamment son article L. 34-1 ;

Vu le décret n° 2005-1309 du 20 octobre 2005 pris pour l'application de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, modifié en 2007 et notamment son article 6 ;

Vu les décisions du Conseil constitutionnel n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004 concernant la loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et n° 96-378 DC du 23 juillet 1996 relative à la loi de réglementation de télécommunications ;

Sur le rapport de M. Emmanuel de GIVRY, commissaire et les observations de Mme Catherine POZZO DI BORGO, Commissaire du gouvernement adjoint ;

En application du 4° de l'article 11 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée en août 2004, la Commission est saisie par le ministère de la culture et de la communication d'un projet de loi relatif à la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet.

Emet l'avis suivant :

Le ministère de la culture et de la communication a saisi la Commission nationale de l'informatique et des libertés le 27 mars 2008 d'un projet de loi relatif à la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur l'Internet. Cette saisine s'inscrit dans le cadre de la procédure d'urgence mentionnée à l'article 6-1 du décret n°2005-1309 du 20 octobre 2005 pris pour l'application de la loi du 6 janvier 1978 précitée et ramène à un mois le délai imparti à la Commission pour se prononcer.

Afin de mieux lutter contre le téléchargement illicite sur Internet des œuvres musicales, audiovisuelles et cinématographiques, ce projet de loi vise à mettre en place un mécanisme d'avertissement et de sanction piloté par une autorité administrative indépendante : la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet (HADOPI). Il est prévu que cette Haute Autorité soit saisie par les Sociétés de perception et de répartition des droits d'auteur (SPRD) et les organismes de défense professionnelle. Ces

organismes procéderont eux-mêmes à la surveillance des réseaux et transmettront leurs constatations à la Haute Autorité qui les utilisera pour prendre des sanctions administratives à l'encontre des internautes dont le poste informatique aura servi à diffuser sur Internet des œuvres protégées par les droits d'auteur.

Le projet de loi prévoit de sanctionner les internautes concernés sur le fondement d'un « manquement à l'obligation de veiller à ce que leur connexion Internet ne soit pas utilisée à des fins contraires au droit de la propriété intellectuelle ». Cette sanction devrait cependant intervenir après une phase d'avertissement : la première fois qu'il sera constaté que leur poste a servi à diffuser des œuvres sur Internet, l'HADOPI pourra envoyer un message au titulaire de l'abonnement. En cas de récidive dans un délai de six mois, une seconde « recommandation » pourra leur être adressée, éventuellement sous la forme d'une lettre remise contre signature. La troisième fois, leur abonnement Internet pourra être suspendu entre un mois et un an. Il est prévu la création d'un fichier national des personnes responsables « d'un manquement à l'obligation de surveillance de leur connexion Internet », dont la gestion sera confiée à l'HADOPI.

Le projet de loi prévoit également que l'article L.34-1 du Code des postes et des communications électroniques (CPCE) soit modifié afin que les agents de l'HADOPI puissent demander aux opérateurs de communications électroniques de procéder à l'identification des abonnés à Internet sur la base des informations communiquées par les SPRD et les organismes de défense professionnelle. De même, ils pourront accéder aux données de trafic détenues par les opérateurs précités et les conserver pour l'exercice de leurs missions. De même, la Haute Autorité devrait avoir accès aux données permettant d'identifier les personnes responsables de la mise en ligne d'un contenu, données que les fournisseurs d'accès à Internet et d'hébergement ont obligation de conserver en application de l'article 6 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN).

Observations Liminaires

A titre liminaire, la Commission tient à rappeler que s'il n'entre pas dans ses missions d'apprécier la légitimité du dispositif proposé, il lui appartient en revanche d'examiner si, au regard des finalités poursuivies, les traitements de données personnelles envisagés sont proportionnés et si les garanties prévues pour assurer la protection des données personnelles recueillies et traitées sont de nature à préserver l'exercice des libertés constitutionnellement protégées au nombre desquelles figure la liberté individuelle dont le droit au respect de la vie privée constitue une des composantes.

La Commission observe également que les seuls motifs invoqués par le gouvernement afin de justifier la création du mécanisme confié à l'HADOPI résultent de la constatation d'une baisse du chiffre d'affaire des industries culturelles. A cet égard, elle déplore que le projet de loi ne soit pas accompagné d'une étude qui démontre clairement que les échanges de fichiers via les réseaux « pair à pair » sont le facteur déterminant d'une baisse des ventes dans un secteur qui, par ailleurs, est en pleine mutation du fait notamment, du développement de nouveaux modes de distribution des œuvres de l'esprit au format numérique.

Observations relatives à la création d'une nouvelle sanction administrative

L'article L. 336-3 du projet de loi dispose que le titulaire d'un accès à des services de communication au public en ligne a l'obligation de veiller à ce que cet accès ne fasse pas l'objet d'une utilisation qui méconnaît les droits de propriété littéraire et artistique. Le second alinéa de cet article, assortit cette obligation d'une sanction en prévoyant que le fait, pour l'abonné, d'y manquer de manière répétée peut donner lieu à la suspension de son abonnement pour une durée d'un an assortie de l'impossibilité de souscrire un autre contrat auprès d'un autre opérateur. Enfin, le dernier alinéa prévoit trois clauses d'exonération : la mise en œuvre par l'internaute de moyens de sécurisation efficaces de son poste, le contournement par un tiers du procédé de sécurisation ou en cas de force majeure.

Sur l'obligation mise à la charge des abonnés et les cas d'exonération

La Commission relève que s'il incombe effectivement aux internautes de prendre toutes précautions utiles afin d'empêcher que des tiers aient accès à leur poste informatique, il importe également, pour ne pas rendre cette obligation disproportionnée et excessive, de mettre à leur disposition les dispositifs appropriés pour assurer, sans contrainte excessive, la sécurisation de leur poste et de mettre en œuvre les actions d'information et

d'accompagnement techniques nécessaires.

A cet égard, la Commission relève avec intérêt que le projet de loi prévoit que l'HADOPI établira une liste de ces outils de sécurisation. Elle estime cependant que pour garantir expressément aux internautes la fiabilité de ces outils, il importe que ceux-ci fassent l'objet d'une procédure d'évaluation certifiée.

De même, elle prend acte d'une part, que selon les informations communiquées par le ministère de la culture, ces outils seront labellisés par l'HADOPI, d'autre part, qu'un décret en Conseil d'Etat précisera les procédures d'instruction des demandes d'exonération et de labellisation desdits outils de sécurisation.

La Commission relève qu'aux termes de l'article 22 du projet de loi qui modifie le I de l'article 6 de la 2004-575 du 21 juin 2004, les Fournisseurs d'Accès à Internet (FAI) auraient l'obligation d'informer leurs clients des outils de sécurisation disponibles ; elle estime qu'ils devraient fournir à leurs clients, dans les mêmes conditions que les logiciels de contrôle parental visé à l'article 6 de la loi précitée, les outils de sécurisation dont la liste sera préalablement établie par l'HADOPI.

Enfin, elle considère que la liste des exonérations prévues par le projet de loi est trop restrictive en ce qu'elle ne permet pas d'appréhender les cas où l'internaute pourrait légitimement mettre à disposition un fichier protégé par les droits d'auteur, par exemple, parce qu'il est lui-même titulaire des droits sur l'œuvre.

Sur la possibilité d'accepter une transaction

L'article L. 336-3 doit également être examiné à la lumière de l'article L. 331-27 du projet de loi qui offre la possibilité à l'HADOPI de proposer aux internautes une transaction qui, s'ils l'acceptent, permet de réduire la durée pendant laquelle leur abonnement sera suspendu.

Néanmoins, aucune précision n'est apportée sur les critères et les modalités pratiques de mise en œuvre de cette procédure.

En conséquence, la Commission estime que les critères et les modalités selon lesquels l'HADOPI sera amenée à proposer une transaction devraient être précisés dans le décret en Conseil d'Etat pris après avis de la CNIL visé à l'article L. 331-35 portant création des traitements mis en œuvre par l'HADOPI dans le cadre de ses missions.

Sur le périmètre de la sanction prononcée

L'article L. 336-3 est aussi complété par un article L. 331-29 qui précise que la suspension de l'abonnement n'affecte pas le versement du prix de l'abonnement au FAI et qu'elle doit s'appliquer strictement et limitativement à l'accès à des services de communication au public en ligne. Ainsi, lorsque l'abonné dispose d'une offre composite (ou « triple play ») comprenant, en plus de l'accès à Internet, un service de téléphonie ou de télévision, la suspension prononcée par l'HADOPI doit se limiter au seul service d'accès à Internet.

La Commission prend acte qu'en aucun cas la sanction adoptée par l'HADOPI ne saurait aboutir à suspendre les services de téléphonie et de télévision dont l'abonné bénéficie dans le cadre du contrat qu'il a conclu avec son FAI.

Sur la nature des personnes concernées par l'obligation de surveillance

Il résulte de la rédaction actuelle de l'article L. 336-3 que l'obligation de sécurisation d'une connexion Internet concerne tant les personnes physiques que les personnes morales.

A cet égard, la Commission estime qu'au-delà des conséquences économiques et sociales que pourrait engendrer la suspension de l'abonnement Internet d'une entreprise ou d'une collectivité locale, le respect, par l'employeur, de l'obligation de sécurisation des postes informatiques des employés comporte un risque de surveillance individualisé de l'utilisation d'Internet et appelle en conséquence des garanties particulières sur les

conditions de mise en œuvre effective de cette obligation vis-à-vis des employés concernés.

Observations relatives aux compétences, à la composition et à l'organisation de l'HADOPI

Le projet de loi prévoit que l'HADOPI sera composée d'un collège et d'une commission de protection des droits. Cette commission sera chargée d'adresser les messages d'avertissement, de sanctionner les internautes en cas de récidive et de gérer le fichier national des personnes dont l'abonnement est suspendu. Cette commission sera composée de magistrats qui ne pourront recevoir d'instruction d'aucune autorité.

Sur les pouvoirs et les modalités d'habilitation des agents de l'HADOPI

L'article L. 331-20 du projet de loi dispose que les saisines adressées par les représentants des ayants droit seront exclusivement reçues et traitées par des agents publics, spécialement habilités à cet effet par le président de l'HADOPI dans les conditions fixées par décret. Cet article prévoit également que ces agents :

- procèdent à l'instruction des saisines (examen des faits) et constatent la matérialité des manquements à l'obligation de sécurisation du poste informatique ;
- peuvent accéder à tous documents y compris aux données de trafic conservées par les opérateurs de communications électroniques au titre de l'article L. 34-1 du CPCE ainsi qu'aux données permettant d'identifier les personnes responsables de la mise en ligne d'un contenu conservées en application de l'article 6 de la LCEN.

Sur le premier point, la Commission s'interroge sur la nature exacte des traitements de données personnelles susceptibles d'être mis en œuvre par les agents de l'HADOPI, s'agissant en particulier des recueils d'informations nécessaires pour constater la matérialité des manquements à « l'obligation de sécurisation » posée à l'article L. 336-3 précité. A cet égard, elle estime que le fait de mettre à disposition des agents précités les données de trafic ainsi que les données permettant d'identifier les personnes responsables de la mise en ligne d'un contenu, paraît porter une atteinte excessive à la protection des données à caractère personnel.

Sur le second point, elle considère que compte tenu des pouvoirs dévolus à l'HADOPI, le projet de loi devrait prévoir que les agents en charge de l'instruction des saisines seront habilités dans des conditions équivalentes à celles des agents de l'ARCEP telles que prévues par l'article L. 5-9 du CPCE qui dispose que les enquêtes sont menées par des agents habilités à cet effet par le ministre et assermentés dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat.

Observations relatives à la mission de protection des œuvres et objets protégés par un droit d'auteur ou par un droit voisin

Sur le respect des droits de la défense et le recours au filtrage

L'article L. 331-22 du projet de loi attribue à l'HADOPI une compétence actuellement dévolue par l'article L. 332-1 du CPI au président du tribunal de grande instance statuant sur requête, de prendre à l'encontre des intermédiaires techniques (fournisseur d'accès à Internet et d'hébergement) toute mesure propre à faire cesser ou à prévenir une atteinte aux droits d'auteur. Cette compétence s'exercera sous le contrôle de la cour d'appel de Paris devant laquelle un recours pourra être introduit. Les modalités d'application de cet article sont renvoyées à un décret en Conseil d'Etat.

La Commission relève qu'une telle disposition comporte un risque d'atteinte aux libertés individuelles, au rang desquelles figure la liberté d'expression, dans la mesure où elle donnerait la possibilité à l'HADOPI de demander à un intermédiaire technique de procéder au filtrage de contenus considérés comme portant atteinte aux droits d'auteur.

De même, la Commission observe que dans sa décision 96-378 DC du 23 juillet 1996 relative à la loi de réglementation des télécommunications, le Conseil constitutionnel indique « qu'il appartient au législateur d'assurer la sauvegarde des droits et des libertés constitutionnellement garantis ; que s'il peut déléguer la mise en œuvre de cette sauvegarde au pouvoir réglementaire, il doit toutefois déterminer lui-même la nature des

garanties nécessaires ». A cet égard, elle note que l'article L. 331-22 ne fait pas état des garanties nécessaires à la protection de la liberté d'expression, telles que par exemple la possibilité pour les intermédiaires techniques, dans un délai déterminé, de demander de cantonner les effets des mesures prises ou l'assurance que lesdites mesures se limiteront aux seuls contenus portant atteinte aux droits d'auteur.

La Commission propose que le projet de loi prévoie que la compétence de la Haute Autorité se limite à pouvoir saisir le président du tribunal de grande instance qui serait alors amené à statuer dans les conditions actuelles définies au 4° de l'article L. 332-1 du CPI.

A défaut d'une telle modification, la Commission :

- prend acte que, selon l'exposé des motifs et les informations communiqués par le ministère de la culture, le recours effectué devant la Cour d'appel de Paris sera suspensif ;
- demande que le projet de loi précise les modalités d'application de l'article L. 332-1 du CPI sans les renvoyer à un décret en Conseil d'Etat.

Sur le choix de la procédure et de l'opportunité des poursuites

L'article L. 331-23 du projet de loi dispose que l'HADOPI agit sur saisine des SPRD et des organismes de défense professionnelle, pour des faits ne remontant pas à plus de six mois.

Il en résulte que sur la base de procès-verbaux constatant un même fait, la mise à disposition sur Internet d'œuvres protégées par les droits d'auteur, les SPRD et les organismes de défense professionnelle pourront librement choisir de saisir :

- l'HADOPI pour un « manquement à l'obligation de sécurisation du poste informatique » ;
- le juge civil, pour un acte de contrefaçon en application de l'article L. 331-1 du CPI ;
- le juge pénal, pour un acte de contrefaçon en application des articles L. 335-2 et L. 335-3 du CPI.

La Commission observe que le projet de loi, en plus de donner le choix entre différentes procédures aux SPRD et aux organismes de défense professionnelle, leur permet également de procéder à la qualification juridique des faits constatés en fonction de critères qu'il leur appartiendra seuls de déterminer. En effet, des faits identiques - la mise à disposition d'œuvres en méconnaissance des droits d'auteur pourront passer du statut de « manquement » associé à une sanction administrative - à celui de délit de contrefaçon associé à une sanction pénale potentiellement assortie d'une peine de privation de libertés.

La Commission considère ainsi ne pas être en mesure de s'assurer de la proportionnalité d'un tel dispositif dans la mesure où il laissera aux seuls SPRD et organismes de défense professionnelle le choix de la politique répressive à appliquer sur la base d'un fondement juridique dont les contours sont mal définis.

Sur ce dernier point, la Commission souligne que l'exposé des motifs indique que le projet de loi a pour objet la mise en œuvre d'un « mécanisme de prévention et de sanction du piratage », ce qui permet, là encore, de considérer que la frontière entre les notions de « piratage » et de « manquement à l'obligation de surveillance de sa connexion Internet » n'est pas clairement établie.

Sur la réalité de la gradation des mesures

L'article L. 331-25 du projet de loi dispose qu'une fois saisie, l'HADOPI peut envoyer à l'abonné, par l'intermédiaire de son FAI, une recommandation lui rappelant l'obligation de surveiller l'usage qui est fait de sa connexion Internet et l'avertissant des sanctions encourues. En cas de renouvellement des faits, dans un délai de six mois à compter de l'envoi de la première « recommandation », elle peut envoyer un nouveau message d'avertissement. L'article L. 331-26 prévoit ensuite qu'en cas de manquements répétés sur une période d'un an, l'HADOPI peut ordonner la suspension de l'accès Internet pendant un an. Elle peut toutefois proposer une transaction aux abonnés afin de réduire la période de suspension.

Les articles précités instituent non une obligation mais une possibilité pour l'HADOPI d'adresser des messages d'avertissement puis de proposer une transaction avant d'aboutir à une sanction.

La Commission estime que l'article L. 331-26 du projet de loi devrait être complété afin de prévoir une procédure de mise en demeure préalable à la décision de sanction.

Sur la mise en œuvre d'un traitement de suivi des procédures engagées par l'HADOPI et de la gestion d'un fichier national mutualisé d'exclusion

L'article L. 331-33 du projet de loi dispose que l'HADOPI établit un répertoire national des personnes dont l'accès à Internet a été suspendu. Il prévoit également que les FAI vérifieront, à l'occasion de la conclusion de tout nouveau contrat, si le nom du cocontractant figure sur ce répertoire. Cet article est complété par l'article L. 331-35 qui autorise plus largement la création d'un traitement automatisé de données à caractère personnel ayant pour finalités la gestion de l'envoi des recommandations, des propositions de transaction, des sanctions ainsi que la tenue du répertoire national précité. Enfin, il est prévu que les modalités d'application de cet article soient précisées par un décret en Conseil d'Etat, pris après avis de la CNIL.

En premier lieu, la Commission relève que les traitements visés à l'article L. 331-35 sont autorisés par dérogation aux dispositions du chapitre IV de la loi « informatique et libertés ». A cet égard, elle prend acte de l'engagement du Gouvernement de lui adresser, en même temps que le projet de décret, un dossier de formalités préalables conforme aux prescriptions de l'article 30 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée, comportant notamment des annexes techniques décrivant l'architecture et la sécurisation des traitements.

En second lieu, la Commission souhaite obtenir des garanties concernant les modalités de mise en œuvre des traitements prévus par le projet de loi afin, notamment, que seuls des incidents présentant une gravité certaine et prédéterminée pourront faire l'objet d'une inscription. Elle estime ainsi nécessaire que le projet de loi :

- précise que le décret en Conseil d'Etat pris après avis de la CNIL comporte l'indication de la nature et de la forme des informations remises par les SPRD et les organismes de défense professionnelle ainsi que les critères sur la base desquels ils saisiront l'HADOPI ;
- indique que seuls les employés des opérateurs ou des fournisseurs d'accès prestataires, individuellement désignés et spécialement habilités à traiter les suspensions de contrats, auront accès au répertoire national géré par la Haute Autorité ;

Enfin, dans le but d'encadrer plus strictement les conditions d'accès des FAI au répertoire national, la Commission propose que l'article L. 331-35 soit modifié de la manière suivante : « [...] ce traitement a pour finalité la mise en œuvre, par la commission de protection des droits, des mesures prévues à la présente sous-section et la prise de tous les actes de procédure afférents, ainsi que du répertoire national des personnes dont l'accès à un service de communication au public en ligne a été suspendu. Il doit également permettre aux personnes dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public en ligne de procéder à la vérification prévue à l'article L. 331-33 sous la forme d'une simple interrogation [...]».

Sur la mission d'observation de l'offre légale et de l'utilisation illicite d'œuvres et d'objets protégés par un droit d'auteur ou par un droit voisin sur Internet

Le projet de loi comporte un article L. 331-36 qui dispose qu'au titre de sa mission d'observation de l'offre légale et de l'utilisation illicite des œuvres, l'HADOPI publiera chaque mois un indicateur mesurant, par échantillonnage, les volumes de téléchargement et de mise à disposition illicite d'œuvres protégées.

La Commission relève que, dès lors qu'ils reposeront sur la mise en œuvre de traitements de données à caractère personnel, ceux nécessaires à la publication de l'indicateur précité devront faire l'objet des formalités prévues au chapitre IV de la loi 78-17 du 6 janvier 1978 modifiée en août 2004.

Observations relatives aux modifications de l'article L. 34-1 du CPCE et à l'accès aux données conservées au titre de l'article 6 de la LCEN

Sur les modifications de l'article L. 34-1 du CPCE

La modification apportée par le projet de loi a pour objet de permettre aux agents de l'HADOPI :

- d'avoir accès, pour les besoins de la recherche, de la constatation et de la poursuite d'un manquement à l'obligation de surveillance visée à l'article L. 336-3, aux données de trafic conservées pendant un an par les opérateurs de communications électroniques ;
- de solliciter des opérateurs de communications électroniques l'identité du titulaire de l'abonnement utilisé à des fins illicites ;
- de conserver les données techniques pour la durée strictement nécessaire à l'exercice des compétences qui leur sont confiées au titre de la lutte contre le piratage et de la réalisation des statistiques et, au plus tard, lorsque la suspension de l'abonnement est arrivée à son terme.

Dans sa décision n°2004-499 DC du 29 juillet 2004 concernant la loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel, le Conseil constitutionnel a estimé que l'article 9-4° de la loi du 6 janvier 1978 modifiée en août 2004, permettant aux SPRD et aux organismes de défense professionnelle de traiter des données relatives aux infractions, était de nature à assurer, entre le respect de la vie privée et les autres droits et libertés, une conciliation qui n'était pas manifestement déséquilibrée notamment, car : « les données ainsi recueillies ne pourront, en vertu de l'article L. 34-1 du code des postes et des communications électroniques, acquérir un caractère nominatif que dans le cadre d'une procédure judiciaire et par rapprochement avec des informations dont la durée de conservation est limitée à un an » ;

Or la Commission relève que la modification de l'article L. 34-1 du CPCE introduite dans le projet de loi permettra à l'HADOPI de recueillir et de traiter, sous une forme nominative, les données de trafic, hors donc de toute procédure judiciaire, garantie cependant jugée essentielle par le Conseil constitutionnel. Elle estime dès lors que le projet de loi ne comporte pas en l'état les garanties nécessaires pour assurer un juste équilibre entre le respect de la vie privée et le respect des droits d'auteur.

Sur l'accès aux données conservées au titre de l'article 6 de la LCEN

Comme indiqué précédemment, l'article L. 331-20 du projet de loi dispose que les agents de l'HADOPI peuvent se faire communiquer les données conservées et traitées par les fournisseurs d'accès Internet et d'hébergement en application de l'article 6 de la LCEN.

La Commission relève que le projet de loi attribue à des agents des compétences que jusqu'à présent le II de l'article 6 de la loi précitée réservait uniquement aux autorités judiciaires agissant dans le cadre d'une procédure judiciaire.

Elle estime dès lors que le projet de loi ne comporte pas en l'état les garanties nécessaires pour assurer un juste équilibre entre le respect de la vie privée et le respect des droits d'auteur.

Alex TÜRK

Analyse juridique détaillée

Le projet de loi se pose pour objectif de prévenir et décourager l'échange illégal de fichiers afin de protéger la création. Après avoir exposé l'ensemble des dispositions pénales³³ susceptibles de venir sanctionner le délit de contrefaçon – auquel est associé l'échange de fichier illégal, le projet expose vouloir « *sortir de cette situation, dangereuse pour les internautes et dramatique pour les industries culturelles françaises.* »³⁴

Le projet de loi entend donc instituer un mécanisme par lequel la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet (ci-après l'HADOPI) alerterait la personne titulaire de l'accès à des services de communication au public en ligne (ci-après la personne concernée) de la contrariété de son comportement avec son obligation, nouvellement instituée,

« de veiller à ce que cet accès ne fasse pas l'objet d'une utilisation à des fins de reproduction, de représentation, de mise à disposition ou de communication au public d'œuvres ou d'objets protégés par un droit d'auteur ou par un droit voisin sans l'autorisation des titulaires des droits prévus aux livres Ier et II lorsqu'elle est requise. » (Article L. 336-3 du code de la propriété intellectuelle)

Ce mécanisme d'alerte peut être décomposé en trois temps. Il consiste en l'envoi de deux courriers rappelant tous deux l'obligation énoncée ci-dessus et avertissant l'utilisateur des possibles sanctions qui pourraient venir, en un troisième temps, s'appliquer à son comportement. Parmi ces sanctions figure la possible privation de l'accès à des services de communication au public en ligne.

Sur la contrariété du dispositif des articles L.331-24 et s. avec l'article 6 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (CEDH)

Aujourd'hui, rien n'empêche les pouvoirs législatifs et exécutifs français d'adopter une procédure contraire à l'article 6 de la CEDH. Ceci étant, cette procédure pourra difficilement éviter de faire l'examen d'un contrôle de conventionalité par le juge. Celui-ci devra se pencher sur la compatibilité de la procédure ici mise en cause avec le droit à un procès équitable garanti par la CEDH.

Car l'article 6 de la CEDH qui stipule comme suit est bien voué à s'appliquer à la procédure décrite aux articles X et s. tels qu'établis par l'article 2 du projet de loi.

33 Jusqu'à 300 000 euros d'amende et trois ans d'emprisonnement d'après l'alinéa second de l'article L. 335-2 du code de la propriété intellectuelle

34 Projet de loi initial, p.4

Article 6 Droit à un procès équitable

« 1 Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. (...)

« 2 Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie.

« 3 Tout accusé a droit notamment :

- a être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui ;
- b disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense ;
- c se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent ;
- d interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge ;
- e se faire assister gratuitement d'un interprète, s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience. »

Sur l'applicabilité de l'article 6 de la CEDH à la procédure décrite aux articles L. 324 et s. tels qu'établis par l'article 2 du projet de loi

Le dispositif visé entre dans le champ matériel de la CEDH en tant qu' « accusation en matière pénale ».

La notion d'accusation en matière pénale

La nature pénale du manquement de l'article L. 336-3 et de la procédure des articles L. 331-24 et s.

La notion de « *matière pénale* » est une notion autonome du droit de la CEDH. A l'exemple de l'arrêt *Oztürk* du 21 février 1984, la Cour procède à l'examen de la sanction visée, administrative en l'espèce, afin de savoir si cette sanction n'est pas une sanction pénale au sens de la Convention (point 50 de l'arrêt). Elle le fait au regard de critères alternatifs.

Ainsi, la Cour se réfère dans un premier temps et sans que cette étape soit déterminante à examiner si l'Etat en cause a entendu faire de cette sanction une sanction rattachée au droit pénal. L'exposé des motifs nous indique que la volonté des initiateurs du projet est au contraire de détourner l'usager du risque de sanction pénale. Ceci étant, comme nous l'avons vu le risque de sanction pénale n'est pas disséminé.

Pis encore, le manquement visé par la procédure des articles L. 331-24 et s. correspond en tout point au délit de contrefaçon. Il existe donc une connexité entre le manquement de l'article L. 336-3 et le délit de contrefaçon.

Dans un second temps, la Cour procède à une appréciation « *de plus grand poids* » (point 52 de l'arrêt). Elle met ainsi en rapport la nature même de l'infraction avec la sanction correspondante. A cet égard, la Cour précise que

« le caractère général de la norme et le but, à la fois préventif et répressif, de la sanction suffisent à établir, au regard de l'article 6 de la Convention, la nature pénale de l'infraction litigieuse. » (point 52 de l'arrêt)

Enfin, dans un troisième temps, la Cour précise généralement qu'il convient d'exclure tout lien de dépendance entre la gravité et le caractère pénal de l'infraction. (point 52 de l'arrêt)

A titre préalable, il pourra être fait mention de l'importance des droits d'auteurs et des droits voisins ainsi que de leur garantie dans une société démocratique qui, comme la France, a toujours mis en avant la création. Il pourra aussi être fait mention du caractère délictueux connexe au manquement. Mais surtout il devra être relevé que **l'obligation de l'article L. 336-3 est bien une norme de caractère général et (ii) que la sanction qui lui est associée a bien un caractère essentiellement répressif et accessoirement préventif.**

Les initiateurs du projet de loi ont voulu mettre en avant le caractère préventif du dispositif des articles. Deux remarques méritent d'être apportées à cet égard.

D'une part, ce mécanisme doit être pris comme un tout en ce que l'efficacité du premier courrier électronique est dépendante de la sanction potentielle qui s'infligerait à l'utilisateur réfractaire au point que ce courrier se réfère aux possibles sanctions à venir. Réciproquement, le troisième temps de la sanction est dépendant des premier et deuxième courriers puisqu'elle ne peut prendre place qu'après réception de ceux-ci. Le fait que le « bien-fondé [des deux premières recommandations ne puisse être] contesté qu'à l'appui d'un recours dirigé contre une décision de sanction prononcée en application de l'article L. 331-25 » vient confirmer ce constat.

Les deux premières étapes du dispositif des articles L.331-24 et s. sont donc parties au dispositif de sanction tout autant que la troisième. Elles sont parties à la sanction.

D'autre part, ce dispositif a une nature répressive certaine. Tout d'abord parce qu'il ne fait qu'intervenir **une fois l'infraction commise**. Un mécanisme préventif serait un mécanisme d'information et d'alerte sur la légalité ou l'illégalité d'une offre donnée. Et si ce système doit être considéré comme préventif, ce ne sera qu'en ce qu'il cherche à prévenir la mise en œuvre du dernier stade de la sanction (quand bien même ces alertes n'auraient qu'une efficacité limitée comme il a été démontré plus haut).

Du caractère général de l'obligation de l'article L. X et du but essentiellement répressif et accessoirement préventif de la sanction prononcée, il doit être déduit que l'infraction litigieuse est bien une infraction pénale.

Afin de déterminer l'applicabilité de l'article 6 de la CEDH à la procédure visée, il reste donc à savoir si les communications faites à la personne concernée sont bien des accusations.

Les communications de l'article L. 331-24 sont bien des accusations.

« Au sens de l'article 6, l' « accusation » peut en général se définir « comme la notification officielle, émanant de l'autorité compétente du reproche d'avoir accompli une infraction pénale », encore qu'elle puisse dans certains cas prendre « la forme d'autres mesures impliquant un tel reproche et entraînant elles aussi des répercussions importantes sur la situation du suspect. »

Cette définition correspond en tous points avec la procédure ici mise en cause.

Les notifications du manquement aux obligations de l'article L. 336-3 est bien officielle car envoyée par la « *commission de protection des droits* » (article L. 331-24 1^{er} alinéa) qui en l'espèce est bien l'autorité compétente. Ces notifications contiennent bien par ailleurs le reproche d'avoir manqué à l'obligation de l'article L. 336-3 et les sanctions dont est passible l'utilisateur concerné.

De la sorte, l'article 6 de la CEDH trouve bien à s'appliquer au dispositif ici discuté. Et quand bien même l'HADOPI ne serait qu'un organe non juridictionnel, elle se trouve soumise aux exigences impératives d'un procès équitable.

La soumission au principe du procès équitable

Parmi ces exigences, figurent le principe de l'égalité des armes, le respect des droits de la défense, le droit à un recours effectif ainsi que le droit d'être informé, dans le plus court délai et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée.

« Avec la Commission, la Cour considère que dans les litiges opposant des intérêts privés, "l'égalité des armes" implique l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause - y compris ses preuves - dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire.

*« Il revient aux autorités nationales de veiller, dans chaque cas, au respect des conditions d'un "procès équitable". » (Arrêt *Dombo Beheer B. V.* du 27 octobre 1993, point 33)*

Dans la procédure telle que décrite, **à aucun moment la personne concernée n'obtient d'informations sur le contenu des éléments téléchargés ou mis à disposition**. La question qui se pose est donc de savoir comment, une personne mise en cause pour un comportement donné peut présenter une défense raisonnable si elle ne peut se faire aucune idée du contenu de son comportement.

Une simple affirmation de manquement ne peut suffire pour reprocher à une personne d'avoir manqué à une des ses obligations. Une question plus essentielle qui se pose encore est de savoir ce qu'un défendeur pourra présenter face à une affirmation vide de tout contenu. On peut imaginer que l'heure et le logiciel ou le site concernés soient eux aussi communiqués mais ces informations ne suffisent en aucun cas à établir qu'il y a eu un manquement à l'obligation de l'article L. 336-3. *A fortiori*, ces informations ne permettent pas de présenter une défense suffisante.

La raison en est simple : les logiciels ou sites mis en cause peuvent être utilisés pour échanger tous types de contenus, légaux ou non. **Le seul élément qui permettrait d'établir le manquement et qui ouvrirait dès lors la voie à une défense respectueuse de l'article 6 de la CEDH serait la communication du contenu téléchargé ou mis à disposition.**

Ceci vaut d'ailleurs aussi pour le recours qui peut être intenté devant une juridiction. Comment ce recours peut-il être considéré comme effectif si la personne concernée n'est pas en mesure de savoir ce qu'elle doit contester ? Nous rejoignons ici l'exigence d'être informé de la nature et de la cause de l'accusation portée de l'article 6 de la CEDH.

Une remise en cause du mécanisme des articles L. 331-24 et s. devra donc être envisagée afin de garantir la pleine protection de la quantité importante de personnes qui risquent d'être mises en cause du fait de l'indétermination des obligations à respecter, du manque d'information des usagers et des défaillances techniques d'un tel système.

Un dispositif contraire à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi

Le dispositif instauré par le projet de loi est contraire à un élément fondamental du bloc de constitutionnalité. Il s'agit là de l'« objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi »³⁵ qui fut détaillé en 1999 par le Conseil constitutionnel et dans les termes suivants :

« l'égalité devant la loi énoncée par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et " la garantie des droits " requise par son article 16 pourraient ne pas être effectives si les citoyens ne disposaient pas d'une connaissance suffisante des normes qui leur sont applicables ; qu'une telle connaissance est en outre nécessaire à 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 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 »³⁶

35Décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999

36Ibid.

Le projet de loi tel que déposé va de manière évidente à l'encontre de cet objectif. Pire, de par la contradiction flagrante qui résulte de la confrontation (i) de l'exposé des motifs, (ii) des nouvelles dispositions proposées et (iii) des dispositions inchangées du code de la propriété intellectuelle, il crée une situation où les personnes concernées se trouvent détournées de la réalité de l'environnement juridique dans lequel elles peuvent agir.

Une obligation inintelligible

Rappelons que l'obligation des personnes concernées consiste dans le fait de veiller à ce qu'aucune atteinte ne soit portée, à partir de l'accès aux services de communication en ligne dont elles sont titulaires, aux droits d'auteur et aux droits voisins.

Tant dans sa version initiale que dans sa version modifiée par le Sénat, le projet de loi vise à introduire au sein du code de la propriété intellectuelle un article L. 331-32 formulé comme suit :

« Les personnes dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public en ligne font figurer, dans les contrats conclus avec leurs abonnés, la mention des dispositions de l'article L. 336-3 et des mesures qui peuvent être prises par la commission de protection des droits en application des articles L. 331-24 à L. 331-31 »

Cette disposition est au cœur d'une double insécurité gravement préjudiciable aux personnes concernées.

Tout d'abord et pour agir dans le respect des droits d'auteurs et des droits voisins, l'utilisateur ne dispose au moment de la conclusion de son contrat d'aucune autre information que celles que lui donne l'article L.336-3. Sans le conseil d'une personne avertie sur le contenu des droits concernés d'auteurs et des droits voisins ou encore sur les possibles autorisations d'échanges de fichiers, l'utilisateur demeure incapable de discerner le comportement légal du comportement illégal.

Même après avoir reçu deux avertissements, la personne concernée demeure incapable de distinguer le comportement légal du comportement illégal et ce du fait de l'information lacunaire qui lui est fournie.

Dans le texte du projet de loi tel que déposé, ce n'est qu'après avoir partagé ou téléchargé illégalement un contenu que la personne concernée pourrait éventuellement être informée de l'illégalité de son comportement. Mais l'information reçue à cette occasion n'est que fragmentaire. L'utilisateur n'apprend qu'une seule chose : le téléchargement qu'il a effectué à un moment donné d'un contenu d'ailleurs non-communicé sur un site donné était illégal. Rien ne lui permet de savoir si d'autres téléchargements sur d'autres sites et à d'autres moments seront eux illégaux. Rien ne le prévient donc de commettre un autre acte délictueux.

A aucun moment, il n'était fait mention dans le projet de loi initial de l'information du public sur la réalité complexe des droits d'auteurs et des droits voisins et de leur implication pour l'utilisateur. A aucun moment, il n'était prévu d'informer qui que ce soit sur la conformité de ces comportements sur les réseaux avec les droits concernés. Tant le droit des artistes et de acteurs de la création que celui de la contrefaçon devait rester de l'ordre de l'inaccessible.

Dans son étude du projet de la loi, le Sénat a introduit des modifications de deux ordres allant vers plus d'intelligibilité de l'environnement juridique dans lequel s'inscrivent les oeuvres, les acteurs de la création et la contrefaçon. **Si aucune d'elle n'est réellement satisfaisante, elle ont au moins le mérite de pointer du doigt les défaillances du projet de loi tel qu'il a été conçu et transmis à l'Assemblée nationale.**

Il s'agit en premier lieu de l'intégration au sein de l'article L. 312-9 du code de l'éducation de l'alinéa suivant par l'article 9 bis du projet de loi modifié :

« Dans ce cadre [les enseignements de technologie et d'informatique], ils [tous les élèves] reçoivent une information, notamment dans le cadre du brevet informatique et internet des collégiens, sur les risques liés aux usages des services de communication au public en ligne, sur les dangers du téléchargement et de la mise à disposition illicites d'œuvres culturelles pour la création artistique, ainsi que sur les sanctions encourues en cas de manquement à l'obligation définie à l'article L. 336-3 du code de la propriété intellectuelle et de délit de contrefaçon. Les enseignants sont également sensibilisés. »

De manière générale, cette démarche va vers une meilleure connaissance des droits concernés, une meilleure compréhension du droit et dès lors une plus grande intelligibilité de la loi. En intervenant par le biais d'enseignements destinés à tous les élèves de troisième, elle offre une accessibilité certaine à la loi.

Ceci étant, il ne faut pas croire que l'ensemble des personnes concernées par les échanges de fichiers illégaux sur internet se limite aux seuls collégiens. **Seule une information généralisée à l'ensemble des utilisateurs de services en ligne pourra constituer un préalable nécessaire bien que non encore suffisant au respect de l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité du droit.**

Un cumul de sanctions dissimulé

Au moment de la conclusion de son contrat avec le fournisseur d'accès le futur usager n'est informé au titre de l'article L.331-32 que « *des mesures qui peuvent être prises par la commission de protection des droits en application des articles L. 331-24 à L. 331-31* ». **Aucune mention n'est faite des sanctions pénales de l'article L. 335-2 qui demeurent pourtant applicables au partage illégal de fichiers toujours assimilable au délit de contrefaçon. L'usager est donc induit en erreur et la sécurité de sa situation juridique en pâtit.**

Il en est de même en ce qui concerne le corps même des avertissements qui seront éventuellement transmis aux personnes concernées. Rien ne garantit que l'usager sera réellement informé de l'ensemble des sanctions dont est passible son comportement. Les avertissements ne semblent concerner que la violation de l'obligation de l'article L. 336-3 et non pas le délit de contrefaçon qui n'est pourtant que l'autre facette d'une même pièce.

De la sorte, le dispositif proposé est source d'une grande confusion autour des droits, obligations et possibles sanctions qui forment l'environnement juridique des titulaires d'accès aux services de communications en ligne et va clairement à l'encontre de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi.

Un dispositif en contrariété avec les libertés d'établissement et de prestation des services des articles 43 et 49 du traité instituant la Communauté Européenne

L'obligation pour un fournisseur d'accès de prendre part à la coupure de l'accès aux services de communication au public en ligne est de nature à décourager les fournisseurs d'accès aux services de communication au public en ligne de proposer leurs services et de s'établir sur le territoire français. Cette obligation représente en effet une contrainte qui est vouée à peser sur les fournisseurs d'accès. Cette obligation étant à ce jour unique en Europe, il est clair qu'elle serait de nature à décourager les fournisseurs d'accès établis dans un autre État membre que la France de venir s'établir ou fournir ses services aux personnes résidant sur le territoire français.

Eu égard à l'importance donnée aux libertés de circulation par la Cour de justice des Communautés européennes et son interprétation extensive de la notion d'entrave, cette obligation serait donc à qualifier comme telle.

Cette entrave pourrait être justifiée par des objectifs d'intérêt général visant à protéger les droits dont sont titulaires les personnes participant à la création et à la diffusion d'œuvres.

Ceci étant et comme le rappelle régulièrement la Cour de justice des Communautés européennes, des justifications à des entraves peuvent être avancées par les États si celles-ci ne contreviennent ni au principe général de droit communautaire de sécurité juridique ni au principe de proportionnalité.³⁷

Concernant le principe de proportionnalité, il est bien évident ici qu'ajouter un mécanisme de sanction, aussi progressif qu'il soit aux peines prévues l'article L. 335-2 du code de propriété intellectuelle n'a rien de proportionné.

La CNIL a déjà fait part dans un avis confidentiel de sa position à ce sujet :

« La Commission observe que le projet de loi, en plus de donner le choix entre différentes procédures aux SPRD et aux organismes de défense professionnelle, leur permet également de procéder à la qualification juridique des faits constatés en fonction de critères qu'il leur appartiendra seuls de déterminer. En effet, des faits identiques - la mise à disposition d'œuvres en méconnaissance des droits d'auteur pourront passer du statut de « manquement » associé à une sanction administrative - à celui de délit de contrefaçon associé à une sanction pénale potentiellement assortie d'une peine de privation de libertés.

« La Commission considère ainsi ne pas être en mesure de s'assurer de la proportionnalité d'un tel dispositif dans la mesure où il laissera aux seuls SPRD et organismes de défense professionnelle le choix de la politique répressive à appliquer sur la base d'un fondement juridique dont les contours sont mal définis. »³⁸

37 Voir sur ce point et parmi d'autres l'arrêt du 30 novembre 1995, *Gebhard*, C-55/94, Rec. p. I-4165

38 La Tribune, *Loi antipiratage : le gouvernement critiqué par la CNIL*, édition du 3 novembre 2008

La Commission européenne a elle aussi fait part de ses doutes au sujet de la proportionnalité du texte ici proposé. Citée par le journal « Le Monde », la Commission a, dans une lettre adressée au gouvernement, indiqué qu'il serait plus conforme « *aux exigences de proportionnalité de prévoir une sanction qui (...) consisterait à restreindre uniquement l'accès par un abonné responsable à l'Internet à haut débit, sans empêcher un accès à bas débit.* »³⁹

Cette exigence a apparemment été entendue par le Sénat qui a proposé d'intégrer un 1° bis au sein de l'article L. 331-25 dont la formulation est la suivante :

« 1° bis (nouveau) En fonction de l'état de l'art, la limitation des services ou de l'accès à ces services, à condition que soit garantie la protection des œuvres et objets auxquels est attaché un droit d'auteur ou un droit voisin »

En voulant garantir une certaine proportionnalité dans les sanctions potentielles, le Sénat n'a fait que rajouter une insécurité supplémentaire, une insécurité qui ne fera que s'ajouter à celles exposées ci-dessus. **L'atteinte au principe de sécurité juridique que comporte le projet de loi va alors croissant.**

Qui sera apte à juger ce que l'état de l'art permet ? Dans quelle mesure sera-t-il procédé une limitation de service ? À quoi réfère précisément cette condition de « garantie la protection des œuvres et objets auxquels est attaché un droit d'auteur ou un droit voisin » ? Les incertitudes et confusions ne sont que grandissantes et ne font qu'accroître l'incompatibilité du texte proposé avec le droit communautaire.

Dès lors, **l'ouverture d'une procédure en manquement paraît inévitable.** La Commission a déjà fait part au gouvernement de ses observations et laisse par là pressentir l'ouverture d'une procédure au titre de l'article 226 du traité instituant la Communauté européenne.

Un accès disproportionné aux données personnelles

La preuve de la non sécurisation repose sur les données collectées par les opérateurs de télécommunication dans le cadre de l'article 34-1 du Code des postes et télécommunications électroniques.

Une fois mise en place et d'après les dispositions du projet de loi en l'état, l'HADOPI peut, **sans contrôle de l'autorité judiciaire, obtenir copie de ces informations collectées à l'origine à des fins de lutte contre le terrorisme.**

À ce sujet, la CNIL relève dans son avis :

39 Le Monde, *La Commission européenne critique le projet de loi création et Internet*, édition du 27 novembre 2008

« la Commission relève que la modification de l'article L. 34-1 du CPCE introduite dans le projet de loi permettra à l'HADOPI de recueillir et de traiter, sous une forme nominative, les données de trafic, hors donc de toute procédure judiciaire, garantie cependant jugée essentielle par le Conseil constitutionnel. Elle estime dès lors que le projet de loi ne comporte pas en l'état les garanties nécessaires pour assurer un juste équilibre entre le respect de la vie privée et le respect des droits d'auteur.

.../...

La Commission relève que le projet de loi attribue à des agents des compétences que jusqu'à présent le II de l'article 6 de la loi précitée réservait uniquement aux autorités judiciaires agissant dans le cadre d'une procédure judiciaire.

Elle estime dès lors que le projet de loi ne comporte pas en l'état les garanties nécessaires pour assurer un juste équilibre entre le respect de la vie privée et le respect des droits d'auteur. »

Conclusion : des ordres juridiques en concurrence

L'ensemble de ces considérations fait apparaître un fait simple : ce texte qui se voulait un texte de consensus et d'équilibre est devenu un objet de défiance, un texte dépourvu de pertinence et qui plus est un texte contraire au droit.

Il est bon de rappeler une réalité qui s'impose à tous : les ordres juridiques sont aujourd'hui en concurrence et font partie d'un environnement qui peut ou non favoriser les investissements et la croissance. À l'heure de son passage au tout numérique, la France ne peut pas se permettre de perdre des points en créant un environnement juridique source de défiance et d'incertitudes.

Comme le résume M. Kosciusko-Morizet, « *Internet est un média global, mondial, il faut faire attention quand on fait une loi, au mieux ça ne marchera pas, au pire les entreprises s'en vont à l'étranger poursuivre leurs activités.* »⁴⁰

Article de la revue Dalloz sur la loi « Création et Internet »

40 Le Parisien Economie, *Un jour avec Pierre Kosciusko-Morizet*, édition du lundi 19 janvier 2009, p. 27

Etudes et commentaires

Point de vue
Internet

DADVSI 2, HADOPI, « création et internet »... De bonnes questions ? De mauvaises réponses ¹

« L'éviction du juge est sans doute
l'un des éléments les plus déroutants
du projet »

1 - Le dispositif du projet - A la suite de la mission Olivettes et de l'accord conclu à l'Élysée le 23 novembre 2007, le gouvernement a adopté le 18 juin dernier un projet de loi « favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet », auparavant dénommé projet de loi « HADOPI » du nom de la « Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet » dont la loi proposée instaure la création.

L'objet du projet est le suivant : prévoir, indépendamment des procédures civiles ou pénales de contrefaçon, un mécanisme présenté comme préventif, organisé autour de l'HADOPI chargée de sanctionner tout manquement à une obligation de surveillance mise à la charge du titulaire d'un accès à internet. En effet, selon le projet d'article L. 336-3 nouveau du code de la propriété intellectuelle, remplaçant l'article L. 335-12, le titulaire d'un tel accès a « l'obligation de veiller à ce que cet accès ne fasse pas l'objet d'une utilisation à des fins de reproduction, de représentation, de mise à la disposition ou de communication au public d'œuvres ou objets protégés par un droit d'auteur ou un droit voisin sans l'autorisation des titulaires des droits (...) lorsqu'elle est requise ».

L'HADOPI, à qui est confiée la mise en œuvre du dispositif prévu par le projet de loi, est une nouvelle autorité administrative indépendante qui vient

remplacer l'éphémère Autorité de régulation des mesures techniques (ARMT) créée par la loi du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information. Au sein de l'HADOPI doit siéger une « commission de protection des droits » composée d'un conseiller d'Etat, d'un magistrat de la Cour de cassation et d'un membre de la Cour des comptes. C'est à cette commission qu'appartient le pouvoir d'adresser des recommandations aux internautes et de prononcer des sanctions à leur encontre.

La commission de protection des droits est saisie par des agents assermentés de « faits susceptibles de constituer un manquement à l'obligation de surveillance ». Elle peut adresser à l'abonné potentiellement fautif des avertissements sous forme de courrier électronique. Si les agissements dénoncés persistent à partir de cet accès, la commission peut ensuite adresser à l'abonné une mise en demeure par lettre recommandée avec accusé de réception. Si les agissements dénoncés persistent encore, la commission peut, après une procédure contradictoire, suspendre et interdire tout accès à internet pendant une durée de trois mois à un an. Elle peut aussi, s'agissant principalement des entreprises, notifier une injonction de prendre « des mesures de nature à prévenir le renouvellement du manquement constaté », le cas échéant sous astreinte. Une transaction entre la commission et l'abonné peut intervenir pour limiter la durée de la suspension d'accès en contrepartie d'une obligation de prendre des mesures de nature à éviter le renouvellement du manquement constaté.

La responsabilité du titulaire de l'accès ne pourra être retenue s'il a mis en œuvre les « moyens de sécurisation regardés comme efficaces » pour prévenir les manquements à l'obligation de surveillance créée par l'article L. 336-3, ou en cas de force majeure ou d'action frauduleuse d'un tiers dont il n'est pas responsable.

(1) Par **Carine Bernault** (maître de conférence à l'Université de Nantes), **Olivier Brillanceau** (directeur général de la SAI), **Stéphanie Carre** (maître de conférence à l'Université Robert Schuman de Strasbourg), **Mélanie Clément-Fontaine** (maître de conférence à l'Université de Versailles - Saint-Quentin), **Christophe Geiger** (maître de conférence et directeur du CEPI - Université Robert Schuman de Strasbourg), **Antoine Gilton** (avocat), **Jean Yves Kerbourc'h** (professeur à l'Université de Haute Alsace), **Christophe Pascal** (avocat), **Gilles Vercken** (avocat), **Jean Vincent** (avocat), **Michel Vivant** (professeur à Sciences Po)

2 - Des auteurs absents? - Les signataires des présentes observations, tous théoriciens et praticiens du droit de la propriété littéraire et artistique, et auteurs à l'occasion, sont profondément attachés à la protection de la création.

Ils observent que les parties concernées par le respect de ces droits n'ont pas toujours le même avis sur les priorités à suivre dans leur mise en œuvre, selon qu'ils sont auteur, artiste-interprète, producteur indépendant, ou qu'ils sont une entreprise commercialisant à grande échelle des contenus créatifs.

La plupart des auteurs et des artistes-interprètes ne souhaitent manifestement pas stigmatiser les internautes du fait de pratiques non marchandes qui sont rendues possibles par des techniques et des équipements accessibles et offerts à tous. Ils ont pour objectif principal que leurs créations et interprétations soient diffusées auprès du plus grand nombre, mais en contrepartie d'une juste rémunération leur permettant de continuer à vivre de leur métier.

Il est symptomatique, de ce point de vue, que l'HADOPI puisse être saisie exclusivement par les organismes de défense professionnelle, les sociétés de perception et de répartition des droits et... « les bénéficiaires valablement investis à titre exclusif, conformément aux dispositions du livre II, d'un droit exclusif d'exploitation appartenant à un producteur de phonogrammes ou de vidéogrammes ». En revanche, cette faculté n'est offerte ni aux auteurs ni aux artistes-interprètes individuellement. Ceux-ci se trouveraient donc livrés, pour la mise en œuvre de ce dispositif, à la volonté de certains organismes professionnels et à celle des producteurs ou de leurs cessionnaires.

Les auteurs et les artistes-interprètes seraient-ils paradoxalement les grands absents de ce projet de loi?

3 - Des enjeux ignorés? - Cela serait d'autant plus regrettable que, depuis l'émergence des réseaux numériques de communication des œuvres au public, auteurs et artistes-interprètes sont confrontés aux pratiques de nouveaux acteurs, souvent dotés d'une puissance financière importante qui est mise au service d'ambitions multinationales.

Ces nouveaux acteurs sont essentiellement issus du monde de l'informatique et des télécoms. En général, ils ne sont pas des producteurs de contenus créatifs. La concurrence entre eux étant particulièrement vive et mettant en jeu des investissements importants, il n'est pas exagéré de soutenir que l'intérêt des auteurs et des artistes est loin d'être pour eux une priorité.

Or, les régimes d'exercice des droits de propriété littéraire et artistique et de responsabilité des opérateurs (hébergeurs, fournisseurs d'accès, éditeurs de moteurs de recherche) méritent selon nous d'être mieux adaptés, dans cet environnement, à la double problématique des échanges non commerciaux entre particuliers et des modèles commerciaux dits « participatifs » (c'est-à-dire de modèles fondés sur la mise à la disposition du public de contenus créatifs apportés directement par le public, comme sur Youtube ou Dailymotion).

Il apparaît par ailleurs que favoriser à une échelle de masse le développement de modèles commerciaux de téléchargement de millions d'œuvres, avec pour seule contrepartie un paiement forfaitaire mensuel de faible montant, est de nature à dévaloriser les contenus artistiques dès lors que le prix payé forfaitairement est déconnecté de l'utilisation faite de chaque œuvre et que la rémunération des artistes n'est plus fonction de cette utilisation.

Le projet de loi ici commenté ne prend pas la mesure de ces enjeux et ne contient aucune solution propre à endiguer le très fort déficit actuel de rémunération des artistes dont le travail est exploité sur les réseaux. Il faut espérer que ce n'est pas délibéré.

4 - Une procédure troublante - Si la présentation de ce projet par le ministre de la Culture et de la Communication comporte une précision de taille, à savoir que la Haute Autorité n'exercera aucune surveillance généralisée des réseaux numériques, on peut légitimement se demander alors comment sera effectivement déclenchée la procédure visant à prévenir le piratage de masse et surtout à sanctionner les internautes qui ne respecteraient pas l'obligation à laquelle ils seront tenus en vertu de l'article L. 336-3 du code de la propriété intellectuelle.

Le projet de loi ne répond que très partiellement à cette question et est source d'interrogations notamment quant au respect d'un principe essentiel du point de vue processuel, à savoir la séparation des fonctions de poursuite et d'instruction.

Il ressort en effet de la lecture du projet, dont les dispositions concernées ne paraissent pas satisfaire les exigences de lisibilité et d'accessibilité des textes de loi, que la Commission sera saisie par des agents publics habilités par le président de la Haute Autorité. Ces agents reçoivent eux-mêmes les « saisines adressées à la commission de protection des droits » par des agents assermentés de droit privé et les informations transmises par le procureur de la République. Ni l'internaute ni l'intermédiaire concerné ne pourront donc à cette étape de la procédure faire valoir leurs droits : la loi ne prévoit même pas l'information du titulaire de l'accès internet.

Le projet confère par ailleurs aux agents assermentés de larges pouvoirs d'investigation qui nécessitent une modification de l'actuel article L. 34-1 du code des postes et des communications électroniques. Ce texte ne permet aujourd'hui la conservation des données techniques relatives au trafic que *pour les besoins de la recherche et de la poursuite des infractions pénales* et seulement à destination du juge.

L'opportunité d'une telle modification législative peut être questionnée dès lors que le dispositif est présenté comme ayant une finalité pédagogique et qu'il était possible de laisser au juge la compétence pour statuer sur la violation d'une obligation légale.

5 - Le Juge écarté - Car, au vrai, l'instauration même de l'HADOPI et de sa commission de protection des droits suscite la perplexité.

De façon générale, la multiplication incontrôlée des autorités administratives indépendantes a été amplement critiquée, notamment par l'Office parlementaire d'évaluation de la législation dans un rapport publié en 2006. Souvent présentée comme une solution miracle, la méthode consistant à créer systématiquement une autorité administrative à l'apparition de chaque nouveau problème est en réalité loin d'être satisfaisante. Une fois épuisé l'effet d'annonce, elle dénote souvent une véritable démission du législateur - que l'on aimerait parfois plus courageux - en même temps qu'une évidente défiance à l'égard du pouvoir judiciaire.

Précisément, l'éviction du juge est sans doute l'un des éléments les plus déroutants du projet de loi ici commenté.

Point de vue

Le juge judiciaire est le gardien naturel des libertés individuelles et du droit de propriété.

En outre, l'exposé des motifs du projet de loi a beau asséner à la manière d'une formule incantatoire que le texte devrait avoir des vertus essentiellement préventives, il est impossible d'ignorer la réalité fortement répressive de celui-ci qui met en place un jeu de sanctions sévères.

Dans ces conditions, il est hors de doute que le juge judiciaire est techniquement le mieux placé et institutionnellement le plus légitime pour les mettre en œuvre. Peu importe qu'il puisse y avoir des précédents contraires tout aussi critiquables.

Les libertés publiques sont en jeu.

On observera, d'ailleurs, qu'en tout état de cause le juge demeure compétent pour se prononcer sur l'action en contrefaçon - civile ou pénale - qui peut être déclenchée en même temps que les mesures prévues par le projet de loi. En effet, contrairement à ce que suggère l'exposé des motifs qui vise « un dispositif (...) qui a vocation, en pratique, à se substituer aux poursuites pénales actuellement encourues par les internautes » ou une tribune parue dans la presse « une alternative crédible aux peines fortes aujourd'hui encourues », le cumul des procédures administrative et pénale resterait évidemment possible. Il est d'ailleurs permis de s'interroger sur les conséquences qui résulteraient d'un jugement statuant sur une action en contrefaçon et contredisant les décisions prises par la Commission. Mais conférer à la Commission de protection des droits des attributions concurrentes n'est-il pas le meilleur moyen de générer incohérences et chicanes? Au demeurant,

peut-on sérieusement imaginer que cette Commission, organe unique composé de trois personnes qui exercent en parallèle d'autres fonctions, va réussir à freiner dans des proportions sensibles le piratage sur internet dont le caractère massif n'est plus à démontrer?

6 - Un projet porteur de risques - De tout ce qui précède, il résulte que le projet de loi ne peut que susciter les plus grandes réserves. Dans le prolongement de la loi « DADVSI » du 1^{er} août 2006, il emprunte une mauvaise direction en désignant à nouveau l'internaute comme seul responsable des maux des industries culturelles, d'autant qu'il porte en germe la condamnation de toute formule de réseaux ouverts.

Ce faisant, il risque d'accentuer le malaise existant entre le public et les artistes, alors que notre droit de la propriété intellectuelle connaît un grave déficit de compréhension, voire d'acceptation, par le public. Mais comment pourrait-il en être autrement si le message des réformes qui viennent « s'empiler » les unes sur les autres vise toujours à protéger des marchés plutôt qu'à défendre les intérêts des créateurs, alors pourtant que rien ne s'oppose à ce que ces deux finalités se complètent?

A la vérité, ce projet de loi s'inscrit dans le droit-fil d'une évolution inquiétante qu'il faut endiguer en réintroduisant le créateur au centre du droit d'auteur et le public dans sa dimension positive de destinataire des contenus culturels. Des solutions existent pour cela et mériteraient d'être débattues. Mais pour que de bonnes réponses soient apportées, il faudrait encore que de justes questions soient posées, ce qui suppose - au préalable - une juste et sereine appréhension des choses. ■