

LA PROTECTION DE LA CRÉATION SUR INTERNET : LES LOIS «HADOPI»

Nos lois ne seront jamais assez souples pour s'adapter à l'immense et fluide variété des faits. Elles changent moins vite que les mœurs ; dangereuses quand elles retardent sur celles-ci, elles le sont davantage quand elles se mêlent de les précéder.

(Marguerite Yourcenar, *Mémoires d'Hadrien*)

Les Amérindiens célébraient, paraît-il, la danse du haricot : pour obtenir de bonnes récoltes, les danseurs hopis invoquaient les esprits de la pluie. En France, ce ne sont pas des haricots mais de l'argent que les grands prêtres Hadopi souhaitent amasser. Alors ils ont attaqué la danse de l'oseille mais, tout bon jardinier vous le dira, trop exposée au soleil l'oseille devient amère...

Enfin, elle est arrivée, cette fameuse récolte tant attendue par ses zéloteurs et redoutée par ses contempteurs : mi-juin a été publiée la loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet¹ – dite «Hadopi 1», d'après l'acronyme de la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet. Ce texte a fait couler beaucoup d'encre ; son adoption a connu des rebondissements dignes de Ponson du Terrail – avec une adoption tout d'abord repoussée par des députés cachés derrière un rideau – et fut achevée de manière moins rocambolesque, car prévisible, avec la censure par le Conseil constitutionnel de la partie répressive du projet de loi².

Les effets de leurs incantations n'ayant pas été suffisants, les fidèles disciples ont repris leur farandole. Malgré un tourbillon d'amendements des opposants, et après un nouveau passage devant les gardiens de la constitution³, la loi relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur Internet⁴ fut publiée fin octobre. Sous le sobriquet «Hadopi 2», elle met donc un terme à la sarabande. Provisoirement, sans doute, car une loi «Hadopi 3» serait en préparation pour favoriser le développement d'une offre culturelle légale sur Internet et assurer la rémunération des artistes. Reste à voir si toutes ces contorsions amèneront la pluie cévenole ou le crachin breton sur la culture assoiffée...

«Hadopi 1» et «Hadopi 2» prolongent la loi du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information (DADVIS)⁵, qui avait été adoptée pour renforcer les droits de la propriété intellectuelle et pour réduire le droit de copier des œuvres à titre privé. Mais ces textes, qui visent essentiellement les échanges entre internautes («peer-to-peer»), risquent d'être rapidement obsolètes en raison des modifications rapides du comportement des usagers qui se tournent actuellement vers des technologies plus discrètes et plus rapides.

Notons que la loi Hadopi 1 ne vise pas seulement le téléchargement illégal : elle contient également des mesures diverses ajoutées lors des débats parlementaires et relatives à l'exploitation des œuvres cinématographiques ou au droit d'auteur des journalistes. On peut aussi noter que, selon l'article 19 de ce même texte, les dispositions relatives à l'Hadopi devaient entrer en vigueur à la date de la première réunion de la Haute Autorité – et au plus tard ce 1^{er} novembre.

Les principales dispositions des deux lois sont présentées ici. Pour faciliter la lecture de la présente étude, seules les références des codes dans lesquels on peut retrouver les nouvelles dispositions seront mentionnées, et non l'article correspondant dans l'une ou l'autre des lois.

¹ Loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet (JO du 13 juin 2009).

² Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009.

³ Décision n° 2009-590 DC du 22 octobre 2009.

⁴ Loi n° 2009-1311 du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur Internet (JO du 29 octobre 2009).

⁵ Voir l'étude publiée dans le n° 1406 d'INC Hebdo, téléchargeable à l'adresse <www.conso.net/incdoc/1406-droits_d_auteur_324.pdf>.

I – LE TÉLÉCHARGEMENT NON AUTORISÉ

A. L'OBJECTIF DE LA LOI : UNE RÉPRESSION PÉDAGOGIQUE ?

La société de l'information soulève des questions nouvelles dont la principale semble être : comment faire en sorte que son développement soit à l'origine de ressources supplémentaires payées par les consommateurs ? Le développement des échanges de musique et de cinéma sur les réseaux « de pair à pair » (*peer-to-peer*) est-il conciliable avec les droits d'auteur ? Un consommateur peut-il télécharger ou échanger des morceaux de musique sans risquer des poursuites pénales ? Telles étaient les questions qui devaient trouver une réponse dans la loi du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information (DADVSI).

Outre le renforcement des droits d'auteur, la loi avait institué des mesures techniques de protection (MTP, ou DRM en anglais) et déroulé tout un arsenal de sanctions, sans pour autant favoriser l'accès aux œuvres. Résultat : la réponse a été jugée insuffisante et la situation insupportable, peut-être moins, d'ailleurs, pour les auteurs que pour les producteurs et les sociétés de répartition des droits. Ce sont ceux-là, d'ailleurs, qui ont poussé le gouvernement à agir.

Une large concertation de l'ensemble des professionnels concernés est amorcée dès l'été 2007 par la mission de réflexion confiée à Denis Olivennes (alors PDG de la Fnac), à la suite de laquelle sont sortis les « accords de l'Élysée » signés le 23 novembre 2007. Lors de cette concertation, quarante-deux représentants des secteurs de la musique, du cinéma, de l'audiovisuel et des fournisseurs d'accès Internet se sont mis d'accord avec les pouvoirs publics pour lutter contre le piratage et améliorer l'offre légale. Il faut souligner que les professionnels n'ont pas voulu de la « licence globale », système qui aurait légalisé l'accès et le partage de fichiers sur Internet en échange d'une rémunération mensuelle de quelques euros, reversée aux ayants droit.

Le projet de loi présenté par le gouvernement prolongeait cette concertation. « *Faire cesser l'hémorragie des œuvres culturelles sur Internet et créer le cadre juridique indispensable au développement de l'offre légale de musique, d'œuvres et de programmes audiovisuels* », tels étaient donc les ambitions du projet de loi qui figurait dans l'exposé des motifs et qui annonçait en outre « *un dispositif essentiellement pédagogique qui a vocation, en pratique, à se substituer aux poursuites pénales actuellement encourues par les internautes qui portent atteinte aux droits des créateurs* ». L'objectif était de prévoir une « *riposte graduée* ».

En réalité, complétée par celle du 28 octobre 2009, la loi du 12 juin 2009 a une coloration négative et répressive ; la création de la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet (Hadopi) accompagne l'établissement d'un arsenal répressif, et cela sans aucune contrepartie : le développement de l'offre légale reste au niveau de l'incantation ; aucune mesure véritablement concrète en la matière n'est prévue⁶. Par ailleurs, aucune disposition sur la suppression ou la limitation des MTP sur les fichiers musicaux – ou tout au moins sur leur encadrement strict – n'est prévue.

Le Conseil constitutionnel ayant rogné les sanctions (cf. encadré en page v), la loi Hadopi 2 « *tire les conséquences* » de cette déci-

sion, ainsi que l'indique l'exposé des motifs, et que l'annonce son titre qui ne cache plus ses intentions : « *Protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur Internet* » ; ajoutons que le texte a été défendu au Parlement par le garde des Sceaux, et non plus par le ministre de la culture.

B. LA CRÉATION D'UNE HAUTE AUTORITÉ ADMINISTRATIVE INDÉPENDANTE : L'HADOPI

La loi modifie le code de la propriété intellectuelle (CPI) et crée la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet (Hadopi⁷). Cette nouvelle autorité administrative indépendante se substitue à l'Autorité de régulation des mesures techniques (ARMT) créée par la loi DADVSI.

Au sein de cette Hadopi est instituée la Commission de protection des droits (CPD), qui aura la charge d'appliquer le nouveau mécanisme de sanction des internautes contrevenants.

1. Composition de l'Hadopi (article L. 331-16 du CPI)

La Haute Autorité est composée d'un collège de neuf membres nommés par décret pour six ans non renouvelables, dont un conseiller d'État, un conseiller à la Cour de cassation, un conseiller maître à la Cour des comptes, un membre du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique (CSPLA), trois membres désignés sur proposition conjointe des ministres chargés des communications électroniques, de la consommation et de la culture, et deux membres désignés par les présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat. Le président est élu par ses membres. Le mandat de ses membres n'est pas renouvelable.

2. Missions de l'Hadopi (article L. 331-13 du CPI)

Trois missions sont confiées à la Haute Autorité : la « *protection des œuvres sur les nouveaux réseaux de communication* », l'observation de leur utilisation illicite et de l'évolution de l'offre légale, et enfin la régulation dans les domaines des mesures techniques de protection et d'identification.

1^{re} mission : Encourager le développement de l'offre légale et observer l'utilisation licite et illicite des œuvres et des objets auxquels est attaché un droit d'auteur ou un droit voisin, sur les réseaux de communications électroniques utilisés pour la fourniture de services de communication au public en ligne.

2^e mission : Protéger ces œuvres et objets à l'égard des atteintes à ces droits commises sur les réseaux de communications électroniques utilisés pour la fourniture de services de communication au public en ligne.

3^e mission : Assurer la régulation et la veille dans le domaine des mesures techniques de protection et d'identification des œuvres et des objets protégés par un droit d'auteur ou par un droit voisin.

⁶ Néanmoins, début septembre, le ministre de la culture a installé la mission « Création et Internet » présidée par le patron du label musical Naïve, Patrick Zelnick, aidé de l'ancien ministre de la justice Jacques Toubon et de Guillaume Cerutti, président de Sotheby's France. Elle est chargée de faire des propositions pour améliorer l'offre légale de musique et de films sur Internet et la rémunération des créateurs.

⁷ Une simple Autorité n'est-elle pas suffisante à rendre crédible cette nouvelle institution à l'instar de l'Autorité de la concurrence ou de l'ARCEP ? Peut-être le législateur a-t-il voulu, avec le qualificatif de « Haute », y ajouter prestige, respect et considération. Sans doute une habitude dans le domaine culturel : pour mémoire, rappelons que l'instance de régulation de l'audiovisuel créée en 1982 s'appelait à l'origine la Haute Autorité de l'audiovisuel. Par la suite, elle est devenue en 1986 la Commission nationale de la communication et des libertés (CNCL) avant de devenir en 1989 le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA).

Au titre de ces missions, la Haute Autorité :

- peut recommander toute modification législative ou réglementaire ;
- peut être consultée par le gouvernement sur tout projet de loi ou de décret intéressant la protection des droits de propriété littéraire et artistique ;
- peut également être consultée par le gouvernement ou par les commissions parlementaires sur toute question relative à ses domaines de compétence.

Chaque année, un rapport qui sera rendu public devra être remis au gouvernement et au Parlement. Il devra rendre compte non seulement des activités et des missions de l'Hadopi, mais aussi « *du respect de leurs obligations et engagements par les professionnels des différents secteurs concernés* » (article L. 331-14 du CPI). Ce dernier point excite déjà notre curiosité...

La mission d'encouragement de l'offre légale

L'une des missions de l'Hadopi est d'encourager le développement de l'offre légale, qu'elle soit ou non commerciale, payante ou gratuite, et d'observer l'utilisation, licite ou non, des œuvres protégées sur les réseaux de communication électronique.

À ce titre, l'article L. 331-23 du CPI explicite les activités de l'Hadopi qui :

- publie chaque année des indicateurs dont la liste sera fixée par décret ;
- rend compte du développement de l'offre légale dans son rapport annuel ;
- attribue aux offres légales un label permettant d'en identifier clairement le caractère légal. Les conditions d'attribution seront définies par décret ;
- veille à la mise en place et à l'actualisation d'un portail de référencement des œuvres légales ainsi qu'à sa « mise en valeur ».

Sur le plan technique, l'Hadopi :

- évalue les expérimentations conduites dans le domaine des technologies de reconnaissance des contenus et le filtrage par les concepteurs de ces technologies ;
- rend compte des principales évolutions constatées dans son rapport annuel ;
- identifie et étudie les modalités techniques permettant l'usage illicite des œuvres et des objets protégés par un droit d'auteur ou un droit voisin. Dans son rapport annuel, elle propose, le cas échéant, des solutions permettant d'y remédier.

À noter : l'Hadopi peut, pour les intérêts dont elle a la charge, demander son avis au Conseil de la concurrence sur les questions de concurrence au même titre que les collectivités territoriales, les organisations professionnelles ou syndicales, les organisations de consommateurs... (article L. 462-1 al. 2 du code de commerce). Cette disposition a été adoptée pour permettre la saisie de l'autorité compétente en matière de concurrence si l'Hadopi constate des pratiques concurrentielles qui freinent le développement de l'offre légale.

3. Moyens de l'Hadopi

L'article L. 331-19 du CPI précise que l'Hadopi dispose de services placés sous l'autorité de son président. Un secrétaire général est chargé de la coordination des services, et les rapporteurs chargés de l'instruction des dossiers sont nommés par le président.

Par ailleurs, la Haute Autorité peut faire appel à des experts et peut également solliciter, en tant que de besoin, l'avis d'autorités administratives, d'organismes extérieurs ou d'associations représentatives des utilisateurs des réseaux de communications électroniques. Elle peut être consultée pour avis par ces mêmes autorités ou organismes.

La loi ne précise pas combien cette institution va coûter aux contribuables, mais la Haute Autorité propose, lors de l'élaboration du projet de loi de finances de l'année, les crédits nécessaires à l'accomplissement de ses missions. Ses comptes sont soumis au contrôle de la Cour des comptes.

4. Création d'un fichier de données à caractère personnel des « pirates » (article L. 331-37 du CPI)

La loi prévoit la possibilité pour l'Hadopi de mettre en œuvre un traitement automatisé de données à caractère personnel portant sur les personnes faisant l'objet de la procédure de « riposte graduée » précitée, sans toutefois que la Commission nationale de l'informatique et des libertés (Cnil) n'intervienne à aucun moment. Ce fichier est censé « *faciliter* » la mise en œuvre des sanctions des « *récidivistes* ». Un décret en Conseil d'État en précisera les modalités d'application. La loi Hadopi 2 précise la finalité du traitement automatisé afin d'accélérer les procédures de transmission des procès-verbaux à l'autorité judiciaire d'une part, et les notifications aux fournisseurs d'accès Internet (FAI) des ordonnances pénales transmises par l'autorité judiciaire d'autre part.

C. LA COMMISSION DE PROTECTION DES DROITS

(articles L. 331-24 et L. 331-38 du CPI)

Au sein de l'Hadopi, la Commission de protection des droits (CPD) est chargée des mesures nécessaires pour mettre fin au manquement du titulaire de l'accès Internet quant à son obligation de veiller à ce que cet accès ne serve pas à télécharger illicitement des œuvres protégées – en d'autres termes, de mettre en œuvre la « riposte graduée », c'est-à-dire le mécanisme d'avertissement et de sanctions.

1. Composition de la Commission (article L. 331-17 du CPI)

Contrairement à ce que l'on aurait pu supposer, la CPD n'est pas composée de membres de l'Hadopi. Elle comprend trois membres dont le président, nommés pour six ans : un membre du Conseil d'État, un membre de la Cour de cassation et un membre de la Cour des comptes.

2. Saisine de la Commission (article L. 331-24 du CPI)

La CPD est saisie par des agents assermentés et agréés par le ministre chargé de la culture et désignés par :

- les organismes de défense professionnelle régulièrement constitués ;
- les sociétés de perception et de répartition des droits ;
- le Centre national de la cinématographie.

La CPD peut également agir sur la base d'informations qui lui sont transmises par le procureur de la République.

3. Rôle de la Commission (article L. 331-17 du CPI)

La CPD est « *chargée de prendre les mesures prévues à l'article L. 331-26* » ; en clair, il s'agit de la « riposte graduée » (voir p. v).

4. Moyens de la Commission

Pour fonctionner, la CPD disposera d'agents publics assermentés habilités par le président de l'Hadopi dans des conditions fixées par décret (article L. 331-21 du CPI).

Ils pourront, pour les nécessités de la procédure, obtenir tous documents ou copie de documents, quel qu'en soit le support, y compris les données conservées et traitées par les opérateurs de communications électroniques, les FAI et les hébergeurs.

Ils pourront, notamment, obtenir des opérateurs de communications électroniques l'identité, l'adresse postale, l'adresse électronique et les coordonnées téléphoniques de l'abonné dont l'accès à des services de communication au public en ligne a été utilisé à des fins de reproduction, de représentation, de mise à disposition ou de communication au public d'œuvres ou d'objets protégés sans l'autorisation des titulaires des droits.

Ces pouvoirs ont été renforcés dans la loi Hadopi 2 : les membres de la CPD et les agents assermentés pourront constater les faits susceptibles de constituer des infractions ; ils pourront aussi recueillir leurs observations et, si les personnes concernées le demandent, les convoquer et les entendre (article L. 331-21-1 du CPI).

Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 10 juin 2009, avait censuré le pouvoir de constat des membres de la CPD et des agents, notamment parce qu'ils n'étaient pas investis du pouvoir de surveiller ou d'intercepter des échanges ou des correspondances privées (considérant 30). La loi Hadopi 2 rétablit ce pouvoir en précisant qu'ils seront désormais assermentés devant l'autorité judiciaire et qu'ils pourront constater les faits qui sont susceptibles de constituer des infractions. Dans sa décision du 22 octobre 2009, le Conseil constitutionnel indique que les autorités judiciaires compétentes apprécieront au cas par cas si un supplément d'enquête ou d'instruction est nécessaire ou si les éléments de preuve rassemblés suffisent à établir la culpabilité de la personne mise en cause (considérant 6).

La loi précise, en outre, que la personne entendue à sa demande pourra être assistée « d'un conseil de son choix » ; cette terminologie a provoqué l'ire du Conseil national des barreaux (CNB), qui estime que les exigences de protection du mis en cause imposent l'assistance d'un avocat. Et de rappeler que l'assistance du mis en cause ne peut relever du domaine de la consultation ou de la rédaction des actes juridiques tel qu'organisé par les articles 54 et suivants de la loi du 31 décembre 1971 – qui permet, par exemple, à une association de consommateurs de donner à ses membres des consultations juridiques relatives aux questions se rapportant directement à leur objet⁸. Enfin, le CNB souligne que l'assistance devant les juridictions, et les organismes juridictionnels ou disciplinaires, de quelque nature que ce soit, relève du dispositif de l'article 4 de la loi de 1971 qui réserve, sauf disposition particulière en vigueur à la date de publication de ladite loi, cette activité aux avocats.

5. Procédure et instruction des dossiers (article L. 331-38 du CPI)

Les règles relatives à la procédure et à l'instruction des dossiers devant le collège et la CPD seront fixées par décret en Conseil d'État.

D. LES OBLIGATIONS, PILIERS DE LA RÉPRESSION

La loi renforce l'obligation de veille du titulaire de l'accès Internet et parallèlement, afin que nul n'en ignore, elle développe

les obligations d'information et d'avertissement pour les services de communication en ligne et les FAI. C'est le non-respect de ces obligations qui sera sanctionné pénalement.

1. Obligation de surveillance pour les abonnés

La loi renforce l'obligation pour les abonnés à Internet de veiller à ce que l'accès Internet dont ils sont titulaires ne serve pas à télécharger illicitement des œuvres protégées ou à échanger illégalement des fichiers. Déjà, la loi DADVSI du 1^{er} août 2006 (article 25) avait introduit une disposition imposant au titulaire du contrat passé avec le FAI une obligation de surveillance. Il devait veiller « à ce que cet accès ne soit pas utilisé à des fins de reproduction ou de représentation d'œuvres de l'esprit sans l'autorisation des titulaires des droits prévus » (ancien article L. 335-12 du CPI). Cette obligation est désormais reprise à l'article L. 336-3 du CPI : « La personne titulaire de l'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 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 I^{er} et II lorsqu'elle est requise. »

Le champ d'application de cette obligation est donc plus large puisque, au-delà de la reproduction et de la représentation, sont également visées la mise à disposition et la communication au public des œuvres protégées. Ajoutons que le Conseil constitutionnel a souligné que la méconnaissance de cette obligation est distincte du délit de contrefaçon.

Enfin, l'article L. 336-3 al. 2 du CPI précise que le manquement à cette obligation de surveillance n'a pas pour effet d'engager la responsabilité pénale de l'intéressé, sous réserve des sanctions introduites par la loi Hadopi 2 – suspension de l'accès Internet et contravention pour négligence caractérisée. En d'autres termes, il ne pourra pas être poursuivi pour contrefaçon de ce fait.

2. Obligation d'information des utilisateurs pour les services de communication en ligne (article L. 336-4 du CPI)

Pour bien préciser l'étendue de cette obligation de surveillance, la loi impose également aux services de communication au public en ligne une obligation d'information des utilisateurs. Les caractéristiques essentielles de l'utilisation autorisée d'une œuvre ou d'un objet protégé doivent être portées à la connaissance de l'utilisateur d'une manière facilement accessible. Notamment les limites à la copie privée par la mise en œuvre de moyens techniques de protection.

Cette obligation d'information repose notamment sur le principe général d'information précontractuelle du code de la consommation (article L. 111-1).

3. Obligation d'information des abonnés pour les FAI

La loi avait imposé aux FAI d'informer leurs abonnés de l'existence de moyens techniques permettant de restreindre l'accès

⁸ Article 63 de la loi du 31 décembre 1971 : « Les associations reconnues d'utilité publique, ou dont la mission est reconnue d'utilité publique conformément au code civil local d'Alsace-Moselle, les fondations reconnues d'utilité publique, les associations agréées de consommateurs, les associations agréées exerçant leur activité dans les domaines de la protection de la nature et de l'environnement et de l'amélioration du cadre de vie et du logement, les associations habilitées par la loi à exercer les droits de la partie civile devant la juridiction pénale, les associations familiales et les unions d'associations familiales régies par le code de la famille et de l'aide sociale, les groupements mutualistes régis par le code de la mutualité peuvent donner à leurs membres des consultations juridiques relatives aux questions se rapportant directement à leur objet. »

à certains services ou de les sélectionner, et de leur proposer au moins un de ces moyens (article 6-I-1 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique). Désormais, en application de l'article L. 331-35 du CPI, ils devront en outre :

- faire figurer dans les contrats l'obligation de surveillance qui pèse sur le titulaire de l'accès, et les mesures qui peuvent être prises par la Commission de protection des droits ainsi que les sanctions prévues en cas de violation des droits d'auteur et des droits voisins ;
- informer les nouveaux abonnés sur l'offre légale de contenus culturels en ligne et les moyens de sécurisation permettant de prévenir les manquements à l'obligation de surveillance. Par ailleurs, ils devront attirer leur attention « *sur les dangers pour le renouvellement de la création artistique et pour l'économie du secteur culturel des pratiques ne respectant pas le droit d'auteur et les droits voisins* ». Toutes ces informations doivent être réitérées lors du renouvellement du contrat d'abonnement.

La décision du Conseil constitutionnel du 10 juin 2009

Dans sa décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, portant sur la loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet (Hadopi 1), le Conseil constitutionnel affirme le principe selon lequel l'accès à Internet est une composante de la liberté d'expression : « *Considérant qu'aux termes de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : "La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi" ; qu'en l'état actuel des moyens de communication et eu égard au développement généralisé des services de communication au public en ligne ainsi qu'à l'importance prise par ces services pour la participation à la vie démocratique et l'expression des idées et des opinions, ce droit implique la liberté d'accéder à ces services* » (considérant 12).

S'agissant de la liberté d'expression, la Commission de protection des droits, qui n'est pas une juridiction, ne peut restreindre ou empêcher l'accès à Internet : « *Eu égard à la nature de la liberté garantie par l'article 11 de la Déclaration de 1789, le législateur ne pouvait, quelles que soient les garanties encadrant le prononcé des sanctions, confier de tels pouvoirs à une autorité administrative dans le but de protéger les droits des titulaires du droit d'auteur et de droits voisins* » (considérant 16).

Le Conseil constitutionnel rappelle le principe de la présomption d'innocence. Le texte de la loi Hadopi 1 instituait un renversement de la charge de la preuve en présumant l'abonné responsable. Pour s'exonérer des sanctions prévues, ce dernier devait établir que l'atteinte aux droits d'auteur procédait de la faute d'un tiers. « *Considérant, en outre, qu'en vertu de l'article 9 de la Déclaration de 1789, tout homme est présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable ; qu'il en résulte qu'en principe le législateur ne saurait instituer de présomption de culpabilité en matière répressive ; que, toutefois, à titre exceptionnel, de telles présomptions peuvent être établies, notamment en matière contraventionnelle, dès lors qu'elles ne revêtent pas de caractère irréfragable, qu'est assuré le respect des droits de la défense et que les faits induisent raisonnablement la vraisemblance de l'imputabilité* » (considérant 17).

E. LA RIPOSTE GRADUÉE

Le téléchargement non autorisé peut entraîner des sanctions. Elles seront prises par un juge, mais auparavant le « délinquant » doit être averti.

1. Les avertissements (article L. 331-26 du CPI)

Premier avertissement, pour information

Lorsqu'elle est saisie de faits susceptibles de constituer un manquement à l'obligation définie à l'article L. 336-3 du CPI, la Commission de protection des droits peut envoyer à l'abonné, sous son timbre et pour son compte, par la voie électronique et par l'intermédiaire de la personne dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public en ligne (FAI, opérateur télécoms...), ayant conclu un contrat avec l'abonné, une recommandation lui rappelant les dispositions de l'article L. 336-3, lui enjoignant de respecter l'obligation qu'elles définissent et l'avertissant des sanctions encourues en application des articles L. 335-7 et L. 335-7-1 du CPI.

Cette recommandation contient également une information de l'abonné sur l'offre légale de contenus culturels en ligne, sur l'existence de moyens de sécurisation permettant de prévenir les manquements à l'obligation définie à l'article L. 336-3 du CPI, ainsi que sur les dangers pour le renouvellement de la création artistique et pour l'économie du secteur culturel des pratiques ne respectant pas le droit d'auteur et les droits voisins.

Deuxième avertissement, solennel

Une nouvelle recommandation, comportant les mêmes informations que la première, peut être envoyée par la CPD en cas de renouvellement de manquements à l'obligation de surveillance dans un délai de six mois à compter de l'envoi de la première recommandation. Cette recommandation peut être accompagnée d'une lettre remise contre signature ou de tout autre moyen propre à établir la preuve de la date d'envoi de cette recommandation.

Les recommandations ainsi adressées mentionnent la date et l'heure auxquelles les faits susceptibles de constituer un manquement à l'obligation définie à l'article L. 336-3 du CPI ont été constatés. En revanche, elles ne divulguent pas le contenu des œuvres ou objets protégés concernés par ce manquement. Elles indiquent les coordonnées téléphoniques, postales et électroniques où leur destinataire peut adresser, s'il le souhaite, des observations à la Commission de protection des droits et obtenir, s'il en formule la demande expresse, des précisions sur le contenu des œuvres ou objets protégés concernés par le manquement qui lui est reproché.

2. Les sanctions

Après les avertissements, les sanctions.

Paradoxalement, l'intervention du Conseil constitutionnel avait renforcé les peines en cas de téléchargement illicite : la suspension de l'abonnement qui pouvait être prononcée par l'Hadopi comme sanction principale est devenue une sanction accessoire au **délit de contrefaçon** (articles L. 335-2 à 4 du CPI) ; mais en contrepartie, compte tenu des difficultés des recours sur le fondement de la contrefaçon, on pouvait supposer qu'elle serait moins fréquente.

C'est la raison pour laquelle la loi Hadopi 2 du 28 octobre 2009 a institué une **contravention de cinquième classe sanctionnant la « négligence caractérisée »** du titulaire de l'abonnement Internet qui laisse se commettre des téléchargements illégaux par le biais de son accès Internet, malgré les avertissements de l'Hadopi (article L. 335-7-1 du CPI). Pour qu'il y ait négligence caractérisée, il faut que les faits aient été commis moins d'un an après

la réception de l'avertissement solennel de mettre en œuvre un moyen de sécurisation.

L'article L. 335-7 du CPI ouvre la possibilité au juge de prononcer à l'égard des internautes pirates une **suspension de l'accès au service** pour une durée maximale d'un an, assortie de l'interdiction de souscrire pendant la même période un autre contrat d'abonnement. Ces peines complémentaires, qui peuvent aussi être prononcées à titre principal, sont appliquées à la contrefaçon et aux délits d'atteinte aux mesures de protection des œuvres qui avaient été institués par la loi DADSVI du 1^{er} août 2006.

En cas d'offre groupée, la suspension concerne exclusivement l'accès Internet et non le téléphone ou le service de télévision. En outre, la loi précise que les abonnés dont l'accès aurait été suspendu ne sont pas dégagés de verser le prix de leur abonnement au fournisseur du service. Sur ce point, le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 22 octobre 2009, estime qu'il ne s'agit pas d'une peine ou d'une sanction ayant le caractère d'une punition ; cette disposition, qui trouve son fondement dans le fait que l'inexécution du contrat est imputable à l'abonné, n'est donc pas contraire à la Constitution (considérant 22).

Cette peine de suspension peut aussi être encourue en cas de « négligence caractérisée », mais elle est alors limitée à un mois (article L. 335-7-1 al. 3 du CPI).

Le non-respect de la suspension par l'internaute

La sanction prévue en cas de violation de l'interdiction de souscrire un nouvel abonnement renvoie à l'article 434-41 du code pénal sanctionnant les atteintes à l'autorité de la justice pénale (deux ans d'emprisonnement et 30 000 € d'amende).

Pour les contraventions de « négligence caractérisée », le non-respect de l'interdiction de souscrire un autre contrat d'abonnement pendant la période de suspension est puni d'une amende de 3 750 € (article L. 335-7-1 du CPI).

La non-exécution de la suspension

Le fait pour un fournisseur d'accès Internet de ne pas mettre en œuvre la peine de suspension qui lui a été notifiée est puni d'une amende de 5 000 € (article L. 335-7 al. 6 du CPI).

3. Les procédures simplifiées et rapides

Afin de « *prévenir le pillage des œuvres sur Internet, dont l'ampleur dans notre pays sape les fondements mêmes de la diversité culturelle*⁹ », les lois Hadopi ont prévu des procédures simplifiées et accélérées.

Procédure simplifiée au pénal

Les articles 398-1 et 495-6 du code de procédure pénale (CPP) sont complétés en étendant aux délits de contrefaçon sur Internet le recours à la procédure du juge unique et aux ordonnances pénales. Jusqu'à présent, une telle procédure simplifiée était réservée aux délits routiers et de transports terrestres. C'est une procédure non contradictoire : le juge statue sous forme d'ordonnance pénale à la suite de la transmission d'un dossier par le parquet. Le prévenu peut faire opposition à l'ordonnance. En l'absence d'opposition, l'ordonnance produit les effets d'un jugement passé en force de chose jugée. Néanmoins – et c'est important de le souligner –, elle n'a pas l'autorité de la chose jugée pour l'action civile en réparation (article 495-5 du CPP).

Par ailleurs, le Conseil constitutionnel dans sa décision du 22 octobre 2009 a censuré le deuxième alinéa de l'article 495-6-1 du CPP, qui prévoyait que la victime de contrefaçon pouvait demander au juge, par la même ordonnance pénale, de se prononcer sur la constitution de partie civile. En effet, ce texte ne fixait pas les formes de la demande d'indemnisation, ne précisait pas les effets de l'éventuelle opposition de la victime et ne garantissait pas le droit du prévenu de limiter son opposition aux seules dispositions civiles ou aux seules dispositions pénales de l'ordonnance (considérant 14).

Référé pour faire cesser le trouble

En présence d'une atteinte à un droit d'auteur ou à un droit voisin occasionnée par le contenu d'un service de communication au public en ligne, le tribunal de grande instance, statuant le cas échéant en la forme des référés, peut ordonner toutes mesures propres à prévenir ou à faire cesser une telle atteinte à un droit d'auteur ou un droit voisin, à l'encontre de toute personne susceptible de contribuer à y remédier (article L. 336-2 du CPI).

Information relative au téléchargement à l'école

Des enseignements artistiques obligatoires sont dispensés dans les écoles élémentaires et les collèges ainsi que dans les classes correspondantes des établissements d'éducation spéciale, des lycées professionnels maritimes et des établissements d'enseignement agricole. Dorénavant, dans le cadre de ces enseignements, les élèves devront recevoir une information sur les dangers du téléchargement et de la mise à disposition illicites d'œuvres ou d'objets protégés par un droit d'auteur ou un droit voisin pour la création artistique (articles L. 312-6 et L. 312-9 du code de l'éducation).

Après l'éducation à la prévention routière, aux dangers des drogues et aux maladies sexuellement transmissibles, les petits Français vont apprendre à se préserver des « *dangers* » du téléchargement... Il est vrai que c'est contagieux ! Sur la Toile, sortez couverts !

⁹ Exposé des motifs de la loi Hadopi 2.

II – DISPOSITIONS DIVERSES

La loi Hadopi 1 du 12 juin 2009 contient aussi des dispositions ayant un rapport plus ou moins lointain avec la question du téléchargeement non autorisé. Elles concernent essentiellement le cinéma et le droit d'auteur des journalistes.

MESURES RELATIVES AU CINÉMA

Les parlementaires ont ajouté des dispositions propres au cinéma.

1. Délais d'exploitation des œuvres cinématographiques

Pour améliorer l'attrait de l'offre légale et ainsi lutter contre les copies non autorisées (le « *piratage* »), la loi raccourcit la durée d'interdiction de commercialisation (vente ou location) du film sous forme vidéo : quatre mois à compter de sa sortie en salles. Avec une dérogation délivrée par le Centre national de la cinématographie, ce délai peut encore être réduit – mais pas en deçà de quatre semaines.

En revanche, un délai supérieur à quatre mois peut être prévu par le contrat d'acquisition des droits pour cette exploitation.

2. Captation d'images en salle

Désormais, toute captation totale ou partielle d'une œuvre cinématographique ou audiovisuelle en salle de cinéma constitue un délit de contrefaçon (article L. 335-3 al. 3 du CPI). L'objectif affiché de cet amendement parlementaire est de faciliter la ré-préhension de ces actes de « *camcording* », en donnant aux propriétaires de salles une base juridique claire. En réalité, c'est un texte inutile puisque le fait de filmer un film en salle était déjà assimilé à la contrefaçon ; il s'agit d'un effet d'annonce de nature à faire passer le message, peut être, mais est-ce le rôle de la loi ?

3. Portail de référencement pour offre légale

Le Centre national de la cinématographie est chargé d'initier ou d'élaborer la mise en place d'un portail de référencement des offres légales, destiné à favoriser le développement de ces offres légales d'œuvres cinématographiques françaises ou européennes.

MESURES RELATIVES À LA PRESSE

Suite aux états généraux de la presse écrite, un « livre vert » a été remis au ministre de la culture en janvier 2009. Parmi les sujets abordés, le cadre juridique des droits d'auteur des journalistes et la création d'un statut d'éditeur de presse en ligne permettant de définir un cadre juridique adapté aux enjeux de l'avenir. Des propositions sont reprises par voie d'amendement parlementaire dans la loi Hadopi 1 du 12 juin 2009. Le code de la propriété intellectuelle comporte désormais une section relative aux droits d'exploitation des œuvres des journalistes (articles L. 132-35 et suivants).

Droit d'exploitation des œuvres journalistiques

Avec le développement de la société de l'information, les éditeurs de journaux et les journalistes sont confrontés à une situation nouvelle : un même article se retrouve sur différents supports : publié dans un journal papier, mis en ligne sur le web, il est aussi archivé ou compilé. Rémunérés dans le cadre d'un contrat de travail pour une publication déterminée, les journalistes ont signé des contrats de cession avec les éditeurs – leurs employeurs – prévoyant la cession de leurs droits d'auteur pour d'autres publications de leurs articles. Cependant, une incer-

titude juridique demeurait sur la valeur de ces accords. En effet, « *la cession globale des œuvres futures est nulle* » (article L. 131-1 du CPI).

Désormais, dans le code de la propriété intellectuelle a été introduit un régime particulier du droit d'exploitation des œuvres des journalistes, prévoyant une cession automatique dans le cadre du titre de presse. En dehors, c'est le droit commun qui s'applique. La notion de « titre de presse » fait, elle, l'objet d'une définition large mais précise.

Définition du titre de presse (article L. 132-35 du CPI)

Pour l'exploitation des œuvres des journalistes, on entend par « titre de presse » l'organe de presse à l'élaboration duquel le journaliste professionnel a contribué, ainsi que l'ensemble des déclinaisons du titre, quels qu'en soient les supports, les modes de diffusion et de consultation (Internet, téléphone, etc.). En sont exclus les services de communication audiovisuelle (radios, TV).

En outre, est assimilée à la publication dans le titre de presse la diffusion de tout ou partie de son contenu par un tiers si l'une ou l'autre des conditions suivantes est remplie :

- elle est faite sous le contrôle éditorial du directeur de la publication dont le contenu diffusé est issu ;
- elle figure dans un espace dédié au titre de presse dont le contenu diffusé est extrait.

Enfin, la loi élargit encore la notion de titre de presse à la diffusion de tout ou partie du contenu par un service de communication au public en ligne édité par l'entreprise de presse ou par le groupe auquel elle appartient, la mention dudit titre de presse devant impérativement figurer (par exemple, les informations publiées par le portail d'un fournisseur d'accès Internet).

Cession automatique et accord collectif d'entreprise (articles L. 132-36 à L. 132-38 du CPI)

La convention liant un journaliste professionnel et l'employeur emporte, sauf stipulation contraire, cession à titre exclusif à l'employeur des droits d'exploitation des œuvres du journaliste réalisées dans le cadre de ce titre, qu'elles soient ou non publiées. Désormais, l'exploitation de l'œuvre du journaliste sur les différents supports du titre de presse (défini ci-dessus) a pour seule contrepartie le salaire.

La loi ne précise pas la durée de la cession mais renvoie sa fixation à un accord d'entreprise ou, à défaut, à tout autre accord collectif qui doit prendre en considération la périodicité du titre de presse et la nature de son contenu. Au-delà de la période prévue, l'exploitation de l'œuvre dans le titre de presse est rémunérée, sous forme de droits d'auteur ou de salaire complémentaire.

Accord collectif de groupe (article L. 132-39 du CPI)

Lorsque la société éditrice ou la société qui la contrôle édite plusieurs titres de presse, un accord d'entreprise peut prévoir la diffusion de l'œuvre par d'autres titres de cette société ou du groupe auquel elle appartient, à condition que ces titres et le titre de presse initial appartiennent à une même famille cohérente de presse. Cet accord définit la notion de « famille cohérente de presse » ou fixe la liste de chacun des titres de presse concernés. Ces exploitations hors du titre de presse donnent lieu à rémunération, sous forme de droits d'auteur ou de salaire, dans des conditions déterminées par l'accord d'entreprise.

L'accord collectif peut prévoir aussi de confier la gestion des droits d'auteur à une société de perception et de répartition des droits.

Exploitation hors du titre initial ou du groupe (article L. 132-40 du CPI)

Toute cession de l'œuvre en vue de son exploitation hors du titre de presse initial ou d'une famille cohérente de presse est soumise à l'accord exprès et préalable de son auteur exprimé à titre individuel ou dans un accord collectif, sans préjudice, dans ce deuxième cas, de l'exercice de son droit moral par le journaliste. Ces exploitations donnent lieu à rémunération sous forme de droits d'auteur, dans des conditions déterminées par l'accord individuel ou collectif.

La loi crée une commission paritaire, présidée par un représentant de l'État et composée de représentants des organisations professionnelles de la presse et de représentants des organisations syndicales de journalistes professionnels. Elle est chargée de déterminer les modes et bases de rémunération dues en contrepartie des droits d'exploitation, notamment en l'absence d'accords collectifs.

Cas des dessinateurs et photographes professionnels

Si l'auteur d'une image est journaliste professionnel et collaborateur occasionnel d'un titre de presse, la cession automatique des droits évoquée plus haut ne s'applique que si cette œuvre a été commandée par l'entreprise de presse.

ALLÈGEMENT DE LA RESPONSABILITÉ DU DIRECTEUR DE PUBLICATION

La loi a introduit des dispositions allégeant la responsabilité du directeur de publication de service de communication en ligne mettant à la disposition du public des espaces de contributions personnelles (« web 2.0 ») en ajoutant un cinquième alinéa à l'article 93-3 de la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle.

En principe, lorsqu'une infraction de presse (injure, diffamation...) est commise, c'est le directeur de publication qui est poursuivi comme auteur principal, le journaliste ou celui qui écrit n'est poursuivi que comme complice. Ce principe est aussi valable pour les publications par Internet.

Désormais s'agissant du « web 2.0 » et du contenu d'un message adressé par un internaute, le directeur ou codirecteur de publication ne peut plus voir sa responsabilité pénale engagée comme

auteur principal s'il est établi qu'il n'avait pas connaissance du message avant sa mise en ligne. En revanche, sa responsabilité d'hébergeur demeure. Dès lors, les dispositions de la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique s'appliquent : sitôt que le directeur de la publication a connaissance d'un contenu délictueux, il a l'obligation de le retirer promptement.

Rappelons que la partie éditoriale ou journalistique du site reste de sa responsabilité à titre d'auteur principal de l'infraction de presse.

BIBLIOTHÈQUES ET REPRODUCTION DES ŒUVRES À DES FINS DE RECHERCHE

La copie est à l'origine du développement des connaissances et de la culture depuis des siècles. Mais, du point de vue des droits d'auteur, elle n'est envisagée que comme exception. La loi DAD-VSI du 1^{er} août 2006 est venue augmenter les exceptions aux droits d'auteur ; en apparence seulement, car l'objectif était au contraire de les restreindre en les encadrant mieux. Ainsi, elle a autorisé les reproductions¹⁰ des œuvres à des fins de conservation ou pour préserver les conditions de consultation dans les bibliothèques, musées et archives (sous réserve que ces établissements n'en tirent aucun avantage commercial). Mais cette possibilité n'était cependant pas accompagnée d'une autorisation de diffuser la copie ainsi réalisée. Seul l'exemplaire original de l'œuvre pouvait donc être communiqué au public et non sa copie, ce qui pouvait présenter des risques pour l'intégrité de l'œuvre en cas de fragilité ou de détérioration matérielle. Dans le cas d'un support ou format informatique obsolète, sa consultation pouvait s'avérer impossible. Désormais, l'auteur ne pourra s'opposer à la consultation de ces copies à des fins de recherche ou d'études privées par des particuliers.

Jean-Michel Rothmann

¹⁰ Plus exactement, l'auteur ne peut interdire les copies, reproductions... (article L. 122-5 du CPI).