



Version du | 1.3  
11 février 2009

## Le projet de loi « Création et Internet » : inadéquat dans la lutte contre le téléchargement illégal

Richard Ying

<http://richard.ying.fr/>

[creation-internet@richard.ying.fr](mailto:creation-internet@richard.ying.fr)

## Sommaire

<b>Introduction</b> .....	<b>4</b>
<b>1. La législation actuelle sur le téléchargement illégal</b> .....	<b>6</b>
1.1. Des œuvres protégées par la propriété intellectuelle .....	6
1.2. Des exceptions qui ne sont pas un droit à la copie .....	6
1.3. Le téléchargement illégal est une contrefaçon d'œuvre .....	7
<b>2. De DADVSI aux accords de l'Elysée: les solutions envisagées</b> .....	<b>9</b>
2.1. Le projet de loi DADVSI .....	9
2.2. La mission Olivennes et les accords de l'Elysée .....	11
2.3. La commission Attali .....	13
<b>3. Le projet de loi « Création et Internet »</b> .....	<b>14</b>
3.1. Création d'une Haute Autorité pour la Diffusion des Oeuvres et la Protection des droits sur Internet .....	15
3.1.1. <i>Compétences</i> .....	15
3.1.2. <i>Composition</i> .....	16
3.1.3. <i>Organisation</i> .....	16
3.2. La riposte graduée .....	16
3.2.1. <i>Mission de protection des œuvres</i> .....	16
3.2.2. <i>Premier avertissement</i> .....	17
3.2.3. <i>Deuxième avertissement</i> .....	17
3.2.4. <i>Sanctions</i> .....	17
3.2.5. <i>Alternative à la sanction : une transaction</i> .....	18
3.3. Dispositions relatives à l'application de la riposte graduée .....	18
3.3.1. <i>Obligation de l'internaute de veiller à l'utilisation légale de son accès</i> .....	18
3.3.2. <i>Référé</i> .....	18
3.3.3. <i>Application des sanctions et transactions</i> .....	18
3.3.4. <i>Création d'un répertoire national des suspensions d'accès</i> .....	19
3.4. Autres dispositions découlant des accords de l'Elysée .....	19
3.4.1. <i>Encouragement de l'offre légale et d'observation de l'utilisation illicite d'œuvres</i> .....	19
3.4.2. <i>Spécifications des conditions d'utilisation d'une œuvre protégée</i> .....	19
3.4.3. <i>Création d'un système référençant les ressources diffusées légalement</i> .....	19
3.4.4. <i>Sensibilisation au collègue</i> .....	20
3.4.5. <i>Délais d'exploitation des œuvres cinématographiques</i> .....	20
3.4.6. <i>Interopérabilité des fichiers musicaux</i> .....	20
<b>4. Critiques</b> .....	<b>21</b>
4.1. Atteinte aux libertés fondamentales .....	21
4.1.1. <i>Atteinte à la liberté de communication et rupture des liens sociaux</i> .....	23
4.1.2. <i>Atteinte à la vie privée par collecte d'IP</i> .....	23
4.1.3. <i>Atteinte à la liberté d'expression par filtrage</i> .....	24
4.2. Création d'un droit spécifique .....	25
4.2.1. <i>Atteinte aux principes de proportionnalité</i> .....	25
4.2.2. <i>Atteinte au principe de séparation des pouvoirs</i> .....	25
4.2.3. <i>Atteinte à la présomption d'innocence</i> .....	26

4.2.4. Contournement de la gradation.....	26
4.2.5. Création d'une « double peine ».....	27
4.2.6. Responsabilité du fait d'autrui.....	27
4.3. Non-respect des accords de l'Elysée .....	28
4.3.1. Absence de développement d'une offre légale compétitive .....	28
4.3.2. Des mesures coûteuses à supporter .....	28
4.4. Critiques des fondements du texte .....	29
4.4.1. Un lien peu clair entre téléchargement illégal et baisse des ventes .....	30
4.4.2. Un texte sous influence.....	31
4.4.3. Une économie du matériel dépassée par le paradigme numérique.....	32
4.4.4. Un texte dépassé par les technologies des pirates.....	33
4.4.5. Une preuve faillible .....	34
<b>Conclusion.....</b>	<b>35</b>

## Introduction

Depuis la fin des années 1990, le développement d'Internet permet de communiquer et d'échanger peu importent les distances qui séparent deux individus. Ce réseau offre la possibilité de diffuser facilement et instantanément textes, images, sons, vidéos et bien d'autres types de données qui ne pouvaient jusqu'alors se transmettre que sur des supports matériels...

La dématérialisation est l'une des caractéristiques du paradigme numérique, mais ce qui est un avantage en termes de distribution peut être une catastrophe au niveau économique.

Les créations issues des industries créatives sont des textes, images, sons et vidéos. Elles sont aujourd'hui échangées via Internet par téléchargement par des millions d'internautes à travers le monde.

Selon une étude IPSOS de septembre 2008<sup>1</sup>, 31,5 millions de Français utilisent régulièrement Internet, soit la moitié de la population nationale. Parmi eux, l'étude dénombre 29% qui téléchargent des logiciels, 25% qui partagent des fichiers de tout genre avec d'autres internautes, 23% qui téléchargent de la musique MP3, 16% qui téléchargent des vidéos, 15% qui téléchargent des jeux... Autant d'œuvres protégées par la propriété intellectuelle, qui ne font pas toujours l'objet d'une rémunération de leurs auteurs.

Ce phénomène de téléchargement gratuit, hormis le cas des logiciels libres et autres freewares, est nommé « piratage » ou « piraterie ». C'est une forme moderne de contrefaçon des œuvres de l'esprit.

Ce phénomène serait étendu et mettrait en péril la Création, l'un des deux piliers historiques de la politique culturelle française (avec le Patrimoine). Ainsi, selon les chiffres avancés en septembre 2007 par la ministre de la Culture et de la Communication Christine Albanel<sup>2</sup>, il y eut « un milliard de fichiers piratés - films et musique - [...] en 2006. Le marché du disque s'est effondré de plus de 40% au cours des cinq dernières années, avec tout ce que cela signifie en terme d'emplois. Ce phénomène s'est encore accentué en 2007, avec une baisse de près de 20 % au cours du premier semestre par rapport à la même période de l'année précédente. Le cinéma ressent les premiers effets de ce bouleversement des usages, et le livre ne tardera pas à suivre. »

L'impact du piratage serait donc très important et fragiliserait de nombreux secteurs de la création culturelle. Aussi, des mesures ont été prises pour encadrer et réprimer ces atteintes aux droits d'auteurs.

En France, les discussions sur la loi DADVSI (Droits d'auteur et droits voisins dans la société de l'information) ont été de 2003 à 2006 une première étape pour la mise en place de mesures dissuasives et répressives du piratage et l'émergence d'une offre légale.

En 2007, la ministre de la Culture jugea que la législation actuelle n'était pas adéquate pour lutter contre la piraterie.

---

<sup>1</sup> <http://www.ipsos.fr/Canallpsos/articles/2616.asp>

<sup>2</sup> <http://www.culture.gouv.fr/culture/actualites/index-mission-olivennes.htm>

Après avoir missionné le rapport Olivennes, Christine Albanel présenta en juin 2008 le projet de loi « Création et Internet », également dit HADOPI (Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet), du nom de l'autorité qui sera chargée de piloter les mesures proposées.

Ce projet mettrait en place une riposte graduée permettant dans un premier temps de dissuader l'internaute avant de passer à la répression. Il ambitionne également de créer un milieu favorable pour « le développement d'une offre abondante d'œuvres sur Internet, qui soit à la fois respectueuse du droit des artistes et attractive pour le public. »

Actuellement en discussion, le projet de loi fait l'objet de nombreuses controverses et le déroulement de son parcours législatif provoque de fréquents remous, tant dans les assemblées, que chez les autres acteurs impliqués.

Le but de ce dossier est ainsi d'étudier le projet de loi « Création et Internet » dans le contexte de la lutte contre le téléchargement illégal et ses oppositions, qui mettent en lumière un projet contraire au droit existant et inadapté au contexte d'aujourd'hui.

# 1. La législation actuelle sur le téléchargement illégal

## 1.1. Des œuvres protégées par la propriété intellectuelle

Pour qu'une œuvre soit protégée, le Code de la propriété intellectuelle exige création de forme (art.L111-1 et L111-2) et originalité de la création.

Il énumère un certain nombre d'œuvres protégées dans l'article L112-2. « Sont considérées notamment comme œuvres de l'esprit au sens du présent Code : [...] 5° les compositions musicales avec ou sans paroles ; 6° les œuvres cinématographiques et autres œuvres consistant dans des séquences animées d'images, sonorisées ou non, dénommées ensemble œuvres audiovisuelles [...] ».

Ces deux exemples sont les plus médiatisés, mais il ne faut pas oublier que les livres, les spectacles, les photographies, les œuvres d'arts, les logiciels... sont aussi protégés par la propriété intellectuelle et ainsi concernés par le projet de loi « Création et Internet ».

L'article L112-1 CPI protège ces œuvres de l'esprit « quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination. » Ainsi, toute œuvre est protégée par la propriété intellectuelle.

L'auteur de l'œuvre (sauf cas particuliers des œuvres collectives) est défini par l'article L113-1 CPI : « la qualité d'auteur appartient, sauf preuves contraires, à celui ou à ceux sous le nom de qui, le nom de l'œuvre est divulgué. »

L'article L123-1 CPI pose que « l'auteur jouit sa vie durant du droit exclusif d'exploiter son œuvre et d'en tirer un profit pécuniaire. » L'auteur est libre de céder des droits de représentation et de reproduction à « titre gratuit ou à titre onéreux (art.L122-7).

L'auteur (ou ses ayants droits) perçoit ainsi ce qu'on appelle communément les « droits d'auteurs » lorsqu'ils vendent ou exploitent leurs œuvres. De nombreuses personnes vivent de ces rémunérations, variables en fonction des ventes.

L'article L122-1 du code de la propriété intellectuelle mentionne le droit de représentation et le droit de reproduction comme ceux faisant l'objet d'une rémunération. La représentation est « la communication de l'œuvre au public par un procédé quelconque » (art.L122-2). La reproduction est « la fixation matérielle de l'œuvre par tous procédés qui permettent de communiquer [l'œuvre] au public d'une manière indirecte » (art.L122-3).

Or, le téléchargement est un acte de reproduction puisqu'un fichier est fixé sur un support matériel (disque dur, mémoire flash, DVD, CD...) et la lecture du fichier constitue une représentation de l'œuvre.

Le téléchargement doit donc être une opération autorisée par l'auteur et faire l'objet d'une rémunération fixée par l'auteur (ou ses ayants droits ou sa société de gestion de droits).

## 1.2. Des exceptions qui ne sont pas un droit à la copie

Dans la législation française, l'article 122-4 pose que « toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur [...] est illicite ».

Toutefois, l'article L122-5 du CPI<sup>3</sup> (et formulations similaires dans l'article L211-3 pour les droits voisins) prévoit diverses exceptions permettant une utilisation sans autorisation particulière, ni rémunération : les courts extraits dans un but d'information, les copies réalisées pour préserver l'exemplaire original d'une œuvre d'art...

Parmi les exceptions de l'article L122-5 fréquemment invoquées sur Internet, le 1° permet « les représentations privées et gratuites effectuées exclusivement dans un cercle de famille ». Cela signifie, sauf mention contraire, les représentations (diffusions, projections...) sont permises uniquement pour la famille proche.

Le 2° pose que « lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire [...] les copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective ». L'article L311-1 du même code prévoit en contrepartie une rémunération perçue à l'achat du « support d'enregistrement numérique ».

Il existe également d'autres cas, comme les utilisations dans un cadre pédagogique, les satires, les revues de presse... Mais la législation est très restrictive sur ces exceptions.

Elles sont souvent évoquées dans des procédures pénales visant le téléchargement, mais la frontière est parfois mince et le moindre écart peut faire basculer dans l'illégalité.

### 1.3. Le téléchargement illégal est une contrefaçon d'œuvre

L'article L335-2<sup>4</sup> pose que « toute édition d'écrits, de composition musicale, de dessin, de peinture ou de toute autre production, imprimée ou gravée en entier ou en partie, au mépris des lois et règlements relatifs à la propriété des auteurs, est une contrefaçon et toute contrefaçon est un délit. »

L'article L335-3 ajoute que sont également des contrefaçons « toute reproduction, représentation ou diffusion, par quelque moyen que ce soit, d'une œuvre de l'esprit en violation des droits de l'auteur, tels qu'ils sont définis et réglementés par la loi » ainsi que « la violation de l'un des droits de l'auteur d'un logiciel ».

La jurisprudence pose que si le téléchargement est une technique légale de transmissions de données, le stockage d'un fichier d'une œuvre numérisée sur le disque dur d'un internaute est un acte de reproduction de l'œuvre (TGI Pontoise, 2 février 2005, A.O. c/SACEM, SDRM, SPPF, SCCP<sup>5</sup>) qui peut être qualifié de contrefaçon lorsque cet acte est « réalisé au mépris des droits de l'auteur ».

Ainsi, le téléchargement d'un fichier d'une œuvre numérisée sans en avoir payé les droits ou sans en avoir un support original constitue une « contrefaçon par reproduction d'une œuvre de l'esprit ».

Considérant que la perte de droits d'auteurs engendrée par la contrefaçon est très importante, le législateur a mis en place des peines pénales.

L'alinéa 2 de l'article L335-2 pose que la contrefaçon « est punie de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende. »

En tant que délit, la prescription de la contrefaçon est de trois ans.

---

<sup>3</sup> <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006278917>

<sup>4</sup> <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?idSectionTA=LEGISCTA000006161658&cidTexte=LEGITEXT000006069414&dateTexte=20090101>

<sup>5</sup> <http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=639>

Ces peines, appropriées pour les contrefaçons d'œuvres d'art (par exemple), peuvent être considérées comme lourdes par rapport à ce que représentent les œuvres téléchargeables. Dans le souci de résoudre la crise qui touche les industries culturelles, le ministère de la Culture et les acteurs des secteurs concernés ont tenté de parvenir à un consensus sur des mesures de dissuasion, des mesures de sanction et sur la mise en place d'une offre légale.

## 2. De DADVSI aux accords de l'Élysée: les solutions envisagées

Les droits d'auteurs et droits voisins ont été un sujet de préoccupation dès l'apparition des Nouvelles Technologies de l'Information et de la Communication (NTIC). Ainsi dès le Conseil Européen de Corfou<sup>6</sup> des 24 et 25 juin 1994, un cadre juridique harmonisé a été jugé nécessaire pour les contenus créatifs « qui stimulent la mise au point et la commercialisation de nouveaux produits et services ».

Le 20 décembre 1996, l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) adopte un traité<sup>7</sup> prévoyant déjà le développement du téléchargement en son article 8.

A leur tour, le Parlement Européen et le Conseil de l'Union Européenne ont adopté le 22 mai 2001 la directive 2001/29/CE<sup>8</sup> « sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information ».

### 2.1. Le projet de loi DADVSI

Pour transposer la directive 2001/21/CE, le projet de loi n°1206<sup>9</sup> est déposé dès le 12 novembre 2003 par le ministre de la Culture de l'époque Jean-Jacques Aillagon.

Reportant de nombreuses fois l'examen du projet, le rapporteur et la Commission des lois dépassent la date du 22 décembre 2004 fixée par la directive européenne. La France est ainsi condamnée pour manquement<sup>10</sup> le 27 janvier 2005 par la Cour de Justice des Communautés européennes.

En mai 2005, la commission des lois examine enfin le projet de loi relatif au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information (DADVSI) et souligne « l'ambivalence du numérique, qui permet de considérables améliorations de l'accès aux œuvres, grâce à des gains de conservation, de stockage, de reproduction ou de fonctionnalités, avantages toutefois contrebalancés par le développement de l'internet et du téléchargement illicite de musique ou de films via les logiciels de Peer-to-Peer »<sup>11</sup>. Ce constat annonçait d'ors et déjà les difficultés des débats à venir.

Christian Paul, député PS de la Nièvre, évoquait la mise en place d'une « licence légale » de téléchargement permettant la rémunération des artistes. Une mesure jugée inapplicable « compte tenu de la difficulté déjà éprouvée pour assurer la gestion d'organisations collectives telles que les sociétés d'auteurs ». Le rapporteur Christian Vanneste, député UMP du Nord, rejettera momentanément cet amendement qui « manifeste une conception collectiviste et dépassée de la rémunération des auteurs ».

---

<sup>6</sup> <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001L0029:FR:HTML>

<sup>7</sup> [http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/wct/trtdocs\\_wo033.html](http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/wct/trtdocs_wo033.html)

<sup>8</sup> <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001L0029:FR:HTML>

<sup>9</sup> <http://www.assemblee-nationale.fr/12/projets/pl1206.asp>

<sup>10</sup> <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2005:082:0005:0005:FR:PDF>

<sup>11</sup> <http://www.assemblee-nationale.fr/12/cr-cloi/04-05/c0405037.asp>

Le 20 décembre 2005, le ministre de la Culture Renaud Donnedieu de Vabres fait entrer dans l'enceinte de l'Assemblée Nationale des représentants de la FNAC et de Virgin, ceux-ci distribuèrent aux députés des forfaits légaux de téléchargements en ligne.

La première séance d'examen du projet de loi DADVSI commence ainsi par un rappel au règlement lancé par Christian Paul estimant que « les lobbies ont pris possession de l'Assemblée nationale ».<sup>12</sup>

Cette question d'ingérence des lobbys restera présente jusqu'à la promulgation de la loi, notamment quand Bernard Carayon, député UMP du Tarn, révélât que l'Industrie du disque faisait pression sur les parlementaires<sup>13</sup>.

Au 31 janvier 2006, le point d'étape<sup>14</sup> du ministère de la Culture remarquait que « tous les acteurs du téléchargement d'œuvres par internet ne sont pas au même niveau de responsabilité dans la genèse et la diffusion du phénomène » et proposait ainsi une gradation des peines pénales selon le rôle joué dans l'acte de contrefaçon :

- le délit de contrefaçon (3 ans de prison et 300 000 € d'amende) ne réprime que la commercialisation d'œuvres illégalement copiées,
- l'orientation vers des fichiers partagés illégalement est réprimée par un délit aggravé (6 mois de prison et 30 000 € d'amende) en raison de l'effet incitatif,
- la mise à disposition massive d'œuvres protégées (plus de 3 giga-octets au cours d'une période de 24h), punie d'une amende de 3750 €,
- la violation de la chronologie des médias, punie d'une amende de 3750 €,
- la mise à disposition d'œuvres protégées en dessous du seuil de 3 giga-octets, punie d'une amende de 750 €,
- la copie illégale d'œuvres protégées, punie d'une amende de 38 €.

Ces mesures furent rapidement insérées dans le projet de loi<sup>15</sup>.

Au 21 mars 2006, la licence légale (appelée « licence globale ») est rejetée par une majorité de députés tandis que la réponse graduée est dénoncée par l'opposition dans le sens où la loi perd « sa capacité dissuasive [, banalise] paradoxalement la gratuité et alimente le budget de l'État à défaut de rémunérer les auteurs. »

Au terme de débats houleux à l'Assemblée — notamment sur l'éventuelle constitution d'une mission d'information, la licence globale, l'autorité de médiation, la copie privée, la réponse graduée et les protections techniques —, le texte passera par le Sénat et par une Commission mixte paritaire. Un texte est finalement adopté le 30 juin 2006.

---

<sup>12</sup> <http://www.assemblee-nationale.fr/12/cri/2005-2006/20060107.asp>

<sup>13</sup> <http://www.odebi.org/docs/chantage.wmv>

<sup>14</sup> <http://www.odebi.org/docs/PointDADVSI.pdf>

<sup>15</sup> <http://www.assemblee-nationale.fr/tc/tc2006-961.pdf>

Saisi par 60 députés de l'opposition, le Conseil Constitutionnel rend une décision le 27 juillet 2006<sup>16</sup>. Cette décision invalide notamment la réponse graduée instaurée par l'article 24 de la loi votée (éventuel article L335-11 du Code de la propriété intellectuelle) qui « méconnaît le principe d'égalité devant la loi pénale en instituant une différence de traitement injustifiée entre les personnes [...] selon qu'elles utilisent un logiciel de pair à pair ou un autre moyen de communication électronique ».

Renaud Donnedieu de Vabres regrettera par voie de communiqué « que la saisine des députés de l'opposition ait eu pour conséquence de rétablir les peines de prison pour les internautes. » La législation régissant le téléchargement illégal est ainsi restée la même depuis 2006 : toute atteinte est punie d'un maximum de 3 ans de prison et de 300 000 € d'amende.

Le texte est publié au Journal officiel le 3 août 2006. De cette façon, la directive européenne est enfin appliquée, mais le communiqué du ministre de la Culture montre que la question des sanctions des atteintes aux droits d'auteur n'est pas résolue.

## 2.2. La mission Olivennes et les accords de l'Elysée

Jugeant les condamnations pas assez nombreuses et dissuasives, le Président de la République Nicolas Sarkozy prend position le 1<sup>er</sup> août 2007 sur la nécessité de lutter contre le piratage en adressant une lettre de mission à la ministre de la Culture Christine Albanel.

Le 5 septembre 2007, la ministre de la Culture confie donc à Denis Olivennes une mission « sur la lutte contre le téléchargement illicite et le développement des offres légales d'œuvres musicales, audiovisuelles et cinématographiques<sup>17</sup>. » Elle a officiellement pour but de « favoriser la conclusion d'un accord entre professionnels, permettant le développement d'offres légales attractives d'œuvres en ligne et dissuadant le téléchargement illégal de masse<sup>18</sup>. »

Malgré les nombreuses oppositions à l'implication de Denis Olivennes, à l'époque PDG de la FNAC, dans le marché de la vente en ligne et les possibles conflits d'intérêts sur le sujet, la mission sera menée à terme et donnera lieu à une présentation des résultats en novembre 2007.

Les mesures proposées tiennent en 13 points<sup>19</sup> :

1. Réduire la chronologie des médias, en particulier sur les Vidéos à la demande (VoD)
2. Abandonner les DRM.
3. Subordonner les aides à la production du Centre national de la cinématographie à l'engagement que le film soit rendu disponible en VOD.
4. Généraliser le taux de TVA réduit à tous les produits et services culturels, et répercuter cette baisse dans le prix public.

---

<sup>16</sup> <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>

<sup>17</sup> <http://www.culture.gouv.fr/culture/actualites/index-mission-olivennes.htm>

<sup>18</sup> <http://www.culture.gouv.fr/culture/actualites/conferen/albanel/lmOlivennes.pdf>

<sup>19</sup> <http://www.culture.gouv.fr/culture/actualites/conferen/albanel/rapportolivennes231107.pdf>

5. Prélever une taxe sur les abonnements internet alimentant des fonds de financement de la création et de la diversité musicales.
6. Publier un indicateur de piratage.
7. Regrouper les ayants droit en une agence unique chargée de lutter globalement contre le piratage.
8. Généraliser les techniques de filtrage des contenus pirates via une technologie d'empreintes.
9. Expérimenter les techniques de filtrage des fichiers pirates par les FAI.
10. Simplifier et clarifier la circulaire adressée au Parquet pour l'application de la loi DADVSI<sup>20</sup>.
11. Créer par décret des juridictions spécialisées dans la lutte contre la contrefaçon numérique, et faire appliquer l'article L336-2 du code de la propriété intellectuelle obligeant les FAI à sensibiliser leurs abonnés.
12. Faire autoriser par la Commission nationale de l'informatique et des libertés la mise en place d'un fichier permettant la recherche et la constatation des actes de contrefaçon sur internet.
13. Mettre en place soit une politique ciblée de poursuites (comme la réponse graduée), soit un mécanisme d'avertissement et de sanction allant jusqu'à la suspension et la résiliation du contrat d'abonnement (riposte graduée). Eventuellement, créer une autorité indépendante.

Le 23 novembre 2007, un accord pour le développement et la protection des œuvres et programmes culturels sur les nouveaux réseaux<sup>21</sup> est signé par 46 entreprises et organisations représentatives du monde de la Culture (cinéma, musique, audiovisuel) et de l'Internet (fournisseurs d'accès).

Les accords dits « de l'Élysée » sont une application des recommandations de la mission Olivennes. Concernant le point 13, au lieu de choisir la réponse graduée qui a déjà été rejetée par le Conseil Constitutionnel, l'accord part sur le principe de la riposte graduée.

Toutefois, Xavier Niel, fondateur du fournisseur d'accès à Internet Free et représentant de l'Association des Fournisseurs d'Accès et de services Internet (AFA), dénoncera ces accords<sup>22</sup> : « j'ai signé une feuille blanche, dans laquelle tout le monde croit qu'il a signé des choses différentes. Nous avons été à l'Élysée et nous avons une feuille avec les noms de tout le monde. La veille, nous avons vu monsieur Olivennes et des conseillers du ministère de la Culture. [...] On nous faisait une lecture [du texte] sans copie et on disait est-ce que c'est bon ou ce n'est pas bon. Puis tout le monde disait "on veut modifier ça". On pensait le lendemain avoir une version condensée puis lorsqu'on est arrivés à l'Élysée, on nous a dit "non, mais vous l'aurez l'après-midi". On l'a finalement découvert dans le communiqué de presse du soir même. Donc tout le monde a signé un document différent. »

---

<sup>20</sup> <http://www.juriscom.net/documents/circulaire-DAVDSI.pdf>

<sup>21</sup> <http://www.culture.gouv.fr/culture/actualites/conferen/albanel/accordolivennes.htm>

<sup>22</sup> <http://www.pcinpact.com/actu/news/45610-free-filtrage-xavier-niel-hadopi.htm>

### 2.3. La commission Attali

Le 23 janvier 2008, le rapport de la commission pour la libération de la croissance française<sup>23</sup> juge par sa décision 57 qu'une politique de « contrôle des usages individuels constituerait un frein majeur à la croissance. [...] Même sous le contrôle d'une autorité indépendante ou d'un juge, ces mécanismes introduiraient une surveillance de nature à porter atteinte au respect de la vie privée et aux libertés individuelles, tout à fait contraire aux exigences de la création et à la nature réelle de l'économie numérique. [...] La rémunération des artistes doit être assurée par des mécanismes d'abonnement et par les vrais bénéficiaires du téléchargement: les fournisseurs d'accès Internet. »

La commission Attali s'oppose ainsi à l'orientation choisie par les Accords de l'Elysée et propose de « faire verser par les fournisseurs d'accès Internet une contribution aux ayants droit auprès des différentes sociétés de gestion collective des droits d'auteur, sous la forme d'une rémunération assise sur le volume global d'échanges de fichiers vidéo ou musicaux. ». C'est le retour de l'idée d'une licence globale.

La ministre de la Culture Christine Albanel a toutefois repoussé cette éventualité lors de son discours au MIDEM du 27 janvier 2008<sup>24</sup> :

« Cette proposition n'a fait l'objet d'aucune concertation préalable avec mon ministère ni, que je sache, avec les professionnels. Je tiens à souligner devant vous, sans aucune ambiguïté, qu'elle nous égare, une fois de plus, sur une fausse piste. [...]

J'insiste en revanche sur le fait que les acteurs de la culture et de l'Internet sont en train de faire émerger, dans un cadre purement contractuel, une multitude de modèles économiques innovants. [...] Le tout est de préserver l'accord des artistes et des entreprises et leur rémunération, selon des modalités qui stimulent la création.

La licence globale en revanche ne manquerait pas de décourager ces efforts d'adaptation, d'innovation et d'amélioration de l'offre légale : en effet, la rémunération ne serait plus liée aux stratégies qualitatives et quantitatives portant sur les contenus mais au nombre d'abonnés des fournisseurs d'accès à Internet.

Je proposerai au président de la République de ne pas retenir cette proposition, dont la simplicité a pu séduire dans un contexte où l'offre légale était déficiente, mais qui apparaît désormais en décalage total avec le dynamisme dont font preuve les acteurs économiques.»

Christine Albanel continuera donc ses réflexions conduisant au projet de loi « Création et Internet ».

---

<sup>23</sup> <http://www.liberationdelacroissance.fr/files/rapports/rapportCLCF.pdf>

<sup>24</sup> <http://www.culture.gouv.fr/culture/actualites/conferen/albanel/dpomidem08.pdf>

### 3. Le projet de loi « Création et Internet »

Pendant près de six mois, discours et fuites vont permettre de dessiner les contours de la future autorité et de la riposte graduée.

L'Assemblée générale du Conseil d'Etat rendra finalement le 12 juin 2008 un avis favorable<sup>25</sup> sur le projet de loi « Création et internet » qui devra « soutenir le développement de la création dans l'univers numérique »

Le projet de loi est ainsi présenté en Conseil des ministres puis déposé au Sénat le 18 juin 2008.

Le 22 juin puis le 9 juillet 2008, 52 interprètes et compositeurs<sup>26</sup> et 31 cinéastes<sup>27</sup> lancent un appel et défendent le projet de loi dans les colonnes de deux quotidiens.

Au Sénat, Michel Thiollière, député UMP de la Loire, est nommé rapporteur<sup>28</sup> au nom de la commission des affaires culturelles. Bruno Retailleau, député MPF de la Vendée, est rapporteur pour avis<sup>29</sup> au nom de la commission des affaires économiques.

Les deux documents qui en découlent concluent qu'il ne s'agit que d'une réponse partielle au piratage, mais qu'il ne faut « pas laisser le piratage se développer en toute impunité. »

Pour accélérer l'adoption du texte, le Gouvernement déclare l'urgence sur ce projet de loi le 23 octobre 2008, le texte ne sera donc examiné qu'une seule fois par chacune des chambres.

Depuis le texte n°405 déposé au Sénat<sup>30</sup>, de nombreux amendements ont été déposés, en tenant compte des critiques adressées au projet.

La mention d'un filtrage des contenus, massivement attaquées par les acteurs de l'Internet, a ainsi été supprimée<sup>31</sup>. De fait, le filtrage est encore sous-entendu comme le laisse présumer le rapport Thiollière qui préconisait de « supprimer la référence explicite au filtrage des contenus ».

Le projet amendé est finalement adopté le 30 octobre 2009 à l'unanimité par le Sénat, exception faite des abstentions. Le texte portant le n°1240 est renvoyé devant la commission des lois de l'Assemblée nationale où Franck Riester, député UMP de Seine-et-Marne, est nommé rapporteur. L'examen en commission est prévu pour les 16 et 17 février prochains.

En janvier 2009, le projet de rapport sur l'application de la directive 2001/21/CE du député espagnol du PSOE Manuel Medina Ortega apporte un soutien inattendu au projet de loi notamment en favorisant « la création dans les différents États membres d'autorités

---

<sup>25</sup> <http://www.culture.gouv.fr/culture/actualites/index-olivennes231107.htm>

<sup>26</sup> [http://www.lejdd.fr/cmc/culture/200825/ne-pillez-pas-nos-oeuvres\\_127441.html](http://www.lejdd.fr/cmc/culture/200825/ne-pillez-pas-nos-oeuvres_127441.html)

<sup>27</sup> [http://www.lemonde.fr/opinions/article/2008/07/08/culture-ne-rime-pas-avec-gratuite\\_1067617\\_3232.html](http://www.lemonde.fr/opinions/article/2008/07/08/culture-ne-rime-pas-avec-gratuite_1067617_3232.html)

<sup>28</sup> <http://www.senat.fr/rap/108-053/108-05310.html>

<sup>29</sup> <http://www.senat.fr/rap/a08-059/a08-059.html>

<sup>30</sup> <http://www.senat.fr/leg/pjl07-405.html>

<sup>31</sup> <http://www.lasic.fr/spip.php?article37>

administratives chargées de veiller, sur saisine des ayants droit et avec une approche graduée, au respect du droit d'auteur sur Internet. »<sup>32</sup>

Souhaitant que « la Culture soit la réponse de la France à la crise mondiale », le Président de la République Nicolas Sarkozy souhaite « faire d'Internet un fantastique lieu de création et d'échange et non une jungle sauvage où il serait permis de piller les œuvres des créateurs ». Le 2 février dernier, il promet ainsi un vote définitif en mars 2009<sup>33</sup>. La discussion du texte par les députés est ainsi prévue à partir du 4 mars<sup>34</sup>.

### 3.1. Création d'une Haute Autorité pour la Diffusion des Oeuvres et la Protection des droits sur Internet

La Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet ne sera pas entièrement nouvelle. Selon les dispositions de l'article 1 du projet de loi, elle se substituera à l'Autorité de régulation des mesures techniques créée par la loi DADVSI en 2006.

L'article 2 du projet de loi<sup>35</sup> détermine le statut et l'organisation de la future HADOPI en insérant de nouveaux articles dans le code de la propriété intellectuelle.

#### 3.1.1. Compétences

La Haute Autorité est une autorité administrative indépendante, dotée de la personnalité morale (art. L331-12).

La Haute Autorité assure (art. L331-13) :

« 1° Une mission d'encouragement au développement de l'offre commerciale légale et d'observation de l'utilisation illicite ou licite des œuvres [sur les réseaux de communication électronique] ;

2° Une mission de protection de ces œuvres et objets à l'égard des atteintes à ces droits commises sur [les réseaux de communication électronique tels qu'Internet] ;

3° Une mission de régulation et de veille dans le domaine des mesures techniques de protection [NDR : les DRM] et d'identification des œuvres [NDR : les marquages] [...]. »

Ainsi, la future HADOPI aura un pouvoir de recommandation législative ou réglementaire et de consultation auprès du Gouvernement ou des commissions parlementaires sur les questions relatives à ses domaines de compétence.

Elle pourra avoir un rôle de représentation « dans les négociations internationales dans le domaine de la protection des droits de propriété littéraire et artistique sur les réseaux numériques. »

Ses activités et l'état des secteurs concernés feront l'objet d'un rapport annuel public (art. L331-13-1).

---

<sup>32</sup> <http://www.europarl.europa.eu/oeil/file.jsp?id=5636962&noticeType=null&language=fr>

<sup>33</sup> <http://www.elysee.fr/webtv/index.php?intChannelId=3&intVideoId=957>

<sup>34</sup> <http://www.assembleenationale.fr/agendas/conference-blanc.asp>

<sup>35</sup> <http://www.assemblee-nationale.fr/13/projets/pl1240.asp>

### **3.1.2. Composition**

La Haute Autorité est composée d'un collège et d'une commission de protection des droits (art. L331-14). Le collège assumerait la majorité des missions confiées à l'HADOPI tandis que la commission gérerait l'application de la riposte graduée (art. L331-16).

Le collège est composé de 9 membres (art. L331-15), la commission de protection des droits de 3 membres (art. L331-16), tous nommés pour six ans par décret.

Les fonctions de membre du collège et de membre de la commission de protection des droits sont incompatibles.

Ces membres ne peuvent exercer, ou avoir exercé au cours des 3 dernières années, pour une société de droits d'auteur, une société de production d'œuvres protégées, une entreprise de communication audiovisuelle, une entreprise de distribution ou un fournisseur d'accès à un réseau électronique (art. L331-17).

Les membres de la Haute Autorité ne peuvent, directement ou indirectement, détenir d'intérêts dans une entreprise exerçant une des activités ci-dessus.

Toujours de façon à garantir l'impartialité des décisions, un membre qui aurait exercé dans une des entreprises mentionnées ne pourrait prendre part à une décision la concernant.

### **3.1.3. Organisation**

La Haute Autorité dispose de services placés sous l'autorité de son président (art. L331-18) et dirigés par un secrétaire général.

Le président de l'HADOPI nomme les rapporteurs chargés d'instruire des dossiers.

La Haute Autorité peut faire appel à des experts. Elle peut également solliciter l'avis d'autorités administratives, d'organismes extérieurs ou d'associations représentatives des utilisateurs, et elle peut être consultée pour avis par ces mêmes organismes.

Son budget est prévu par la loi de finances de l'année, ses comptes sont soumis au contrôle de la Cour des comptes.

La Haute Autorité dispose d'agents publics assermentés qui reçoivent les saisines adressées à la commission en cas de piratage. Ils procèdent à l'examen des faits et constatent les utilisations illégales des accès à Internet (art. L331-20).

Dans ce but, ils peuvent obtenir tous documents, quel qu'en soit le support, chez des fournisseurs d'accès à Internet, des opérateurs de réseaux électroniques ou des hébergeurs de services.

Ils peuvent, notamment, obtenir l'identité, l'adresse postale, l'adresse électronique et les coordonnées téléphoniques de l'abonné dont l'accès a servi au piratage d'œuvres.

## **3.2. La riposte graduée**

### **3.2.1. Mission de protection des œuvres**

La commission de protection des droits agit sur saisine d'agents assermentés désignés par les organismes de défense, les sociétés de perception et de répartition des droits et le Centre national de la cinématographie. La commission peut également agir sur la base d'informations qui lui sont transmises par le procureur de la République.

L'HADOPI ne peut agir sur les faits remontant à plus de 6 mois (art. L331-22).

Les mesures prises par la commission doivent être limitées à ce qui est nécessaire pour mettre un terme à l'atteinte (art. L331-23).

### **3.2.2. Premier avertissement**

La commission pourra envoyer un courriel à l'abonné, lui rappelant ses obligations et l'avertissant des sanctions encourues en cas de renouvellement de l'atteinte (art. L331-24).

Ce message sensibilisera aux dangers pour la création artistique du téléchargement et de la mise à disposition illicites.

Il ne comportera pas d'indication sur les fichiers téléchargés ou partagés.

### **3.2.3. Deuxième avertissement**

En cas de renouvellement, dans un délai de six mois, de faits susceptibles de constituer un manquement, la commission peut adresser un nouveau courriel d'avertissement.

En plus de ce message électronique, la commission peut envoyer une lettre recommandée remise contre signature permettant d'établir la preuve de la date de réception par l'abonné. Comme le message électronique, ce recommandé ne comportera pas d'indication sur les fichiers téléchargés ou partagés (art. L331-24).

Ces messages et les faits ayant déclenché leur envoi ne pourront être contestés que si une procédure de sanction est engagée.

### **3.2.4. Sanctions**

Si l'abonné a récidivé dans l'année suivant la réception d'une lettre recommandée, la commission peut, après une procédure contradictoire, prononcer des sanctions en fonction de la gravité des faits (art. L331-25).

Ces sanctions peuvent être :

1° La suspension de l'accès à Internet pour une durée comprise entre un mois et un an accompagnée de l'impossibilité, pour l'abonné, de souscrire pendant la même période un autre contrat d'accès ;

1° bis La limitation de l'accès à Internet, de façon à ce qu'un renouvellement de l'atteinte soit impossible. Dans l'esprit du législateur, il s'agit de ne fournir que les services de base comme la consultation de pages Web et des courriers électroniques ;

2° Une injonction de prendre des mesures de protection de l'accès au service, avec une éventuelle publication de la décision.

Suite à une sanction, la commission notifie à l'abonné la sanction prise à son encontre, l'informe des voies et délais de recours, et son éventuelle inscription à un répertoire des personnes faisant l'objet d'une suspension d'abonnement.

Tout recours contre une décision serait pris devant les juridictions judiciaires.

Au cours de l'examen du projet au Sénat, un amendement de la commission des affaires économiques a proposé le remplacement des suspensions d'abonnement par des amendes. Il a été rejeté par 297 voix contre 15.<sup>36</sup>

### **3.2.5. Alternative à la sanction : une transaction**

Avant d'engager une procédure de sanction, la commission de protection des droits peut proposer une transaction à l'abonné passible de sanction (art. L331-26). Il s'agit pour l'abonné de reconnaître sa culpabilité et ainsi d'atténuer la sanction.

Cette transaction peut comporter les mesures suivantes :

1° Une suspension de l'accès à Internet pendant un à trois mois, accompagnée de l'impossibilité de souscrire pendant la même période un autre contrat [...];

1° bis Une limitation de l'accès au service, de façon à ce qu'un renouvellement de l'atteinte soit impossible ;

2° Une obligation de prendre des mesures de protection de l'accès au service.

En cas d'inexécution d'une transaction, du fait de l'abonné, la commission peut prononcer l'une des sanctions (art. L331-27).

## **3.3. Dispositions relatives à l'application de la riposte graduée**

### **3.3.1. Obligation de l'internaute de veiller à l'utilisation légale de son accès**

L'article 6 du projet de loi créé pour tout abonné à Internet « l'obligation de veiller à ce que [son accès] ne fasse pas l'objet d'une utilisation à des fins » de piratage, avec pour sanctions celles prévues dans la riposte graduée.

### **3.3.2. Référé**

En cas de procédure de référé, le Tribunal de Grande Instance 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. (art. L336-2)

### **3.3.3. Application des sanctions et transactions**

En cas de suspension de l'accès à Internet, l'abonné continue de payer l'abonnement et ne peut exiger de son fournisseur une obligation de service.

En cas de couplage de l'accès à d'autres services (notamment téléphone et télévision dans les offres *Triple Play*), seul l'accès est suspendu (art. L331-28).

Le fournisseur d'accès doit suspendre l'abonnement sous 15 jours à partir de la notification de la décision. En cas de manquement, le fournisseur pourra se voir infliger une sanction pécuniaire d'un montant maximal de 5 000 € (art. L331-29).

Les moyens de sécurisation d'un accès exonérant le titulaire d'un accès de sa responsabilité sont fixés par la Haute Autorité (art. L331-30).

---

<sup>36</sup> <http://www.culture.gouv.fr/nav/index-dossiers.html>

### **3.3.4. Création d'un répertoire national des suspensions d'accès**

Un *répertoire national des personnes qui font l'objet d'une suspension en cours de leur accès à un service de communication au public en ligne* est créé pour appliquer les mesures de suspension d'accès.

Ce répertoire automatisé de données à caractère personnel est créé après avis par la CNIL<sup>37</sup>. Ces données sont conservées jusqu'à la fin de la suspension d'accès (art.L331-33).

Le fournisseur d'accès doit consulter ce répertoire avant toute nouvelle souscription pour s'assurer que le demandeur n'est pas interdit d'abonnement. En cas de manquement à cette vérification, le fournisseur pourra se voir infliger une sanction pécuniaire d'un montant maximal de 5 000 € (art. L331-31).

Les données du répertoire ne peuvent être exploitées par les fournisseurs d'accès.

Les fournisseurs d'accès doivent informer leurs abonnés des dangers pour la création artistique du téléchargement et de la mise à disposition illicites (art. L331-32).

### **3.4. Autres dispositions découlant des accords de l'Elysée**

A côté de la riposte graduée, les accords de l'Elysée prévoyaient en contrepartie des mesures permettant le développement d'une offre légale. Seule une partie de cette objectif est assurée par la future Haute Autorité.

#### **3.4.1. Encouragement de l'offre légale et d'observation de l'utilisation illicite d'œuvres**

La Haute Autorité publiera régulièrement des indicateurs sur le développement des offres légales et l'utilisation illicite d'œuvres (art. L331-36).

La Haute Autorité attribue aux fournisseurs de services un label permettant aux usagers d'identifier clairement le caractère légal de ces offres.

Elle évalue les expérimentations conduites par les professionnels concernés dans le domaine des technologies de reconnaissance des contenus et de filtrage et rend compte des principales évolutions constatées.

#### **3.4.2. Spécifications des conditions d'utilisation d'une œuvre protégée**

Un titulaire de droits devra fournir les conditions d'utilisation de l'œuvre via « un moyen immédiatement accessible et associé à cette œuvre. » Il précise ainsi sur quels supports et dans quelles conditions (durée, nombre de représentations...) il accepte de diffuser son œuvre.

#### **3.4.3. Création d'un système référençant les ressources diffusées légalement**

Selon l'article 7bis du projet de loi, « le Centre national de la cinématographie est chargé d'élaborer, avant le 30 juin 2009, un système de référencement, par les logiciels permettant de trouver des ressources sur les réseaux de communication électronique, favorable au

---

<sup>37</sup> <http://www.cnil.fr/index.php?id=2221>

développement des offres légales d'œuvres et d'objets protégés par un droit d'auteur ou des droits voisins. »

Le CNC devra ainsi créer une liste des offres légales de téléchargement ou de streaming sur Internet.

#### **3.4.4. Sensibilisation au collègue**

Dans le cadre du brevet informatique et internet, les collégiens et professeurs seront sensibilisés aux « 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. »

#### **3.4.5. Délais d'exploitation des œuvres cinématographiques**

La chronologie des médias est rendue modifiable par décret. La vidéo à la demande doit être prévue et sa mise à disposition est ajoutée à la chronologie par décret.

#### **3.4.6. Interopérabilité des fichiers musicaux**

Dans un délai de 6 mois à partir de la promulgation de la loi, les organisations professionnelles du secteur du phonogramme doivent mettre en place des mesures assurant l'interopérabilité des fichiers musicaux et commercialiser des catalogues de musique en ligne sans DRM.

## 4. Critiques

Comme ce qu'il s'est passé avec l'examen de la loi DADVSI, les critiques au projet de loi ont été nombreuses, à tous les stades de sa conception.

Ainsi, dès septembre 2007 dans son projet de rapport sur les industries culturelles<sup>38</sup>, Guy Bono, député européen français du PSE, attirait l'attention « sur le fait que la criminalisation des consommateurs pour combattre le piratage numérique n'est pas la bonne solution » tout en rappelant que les produits culturels « doivent être protégés contre le piratage. »

Les critiques continuent aujourd'hui, notamment via la pétition en ligne lancée par la rédaction du magazine d'informatique SVM<sup>39</sup> (plus de 38 400 signataires) et la veille d'actualités exercée par l'association La Quadrature du Net.

Les opposants se retrouvent aujourd'hui à tout niveau du secteur de la Culture : consommateurs, internautes, fournisseurs d'accès, associations,... mais surtout institutions de la République, des Communautés Européennes, et même des artistes et leurs producteurs.

Chacun a apporté des arguments contre le projet avec parfois en effet contraire un renforcement du dispositif prévu par le projet de loi. C'est ainsi que des mesures (comme l'infraction pour manquement à la surveillance des activités d'un accès ou la suspension des obligations de services des fournisseurs d'accès) ont été ajoutées tandis que des mentions (comme le filtrage des connexions jugé contraire au droit à la vie privée) ont été retirées au projet initial pour aboutir à un texte plus « convenable ».

Ces controverses n'ont toutefois pas empêché une conciliation entre les quatre principaux majors d'Irlande et l'opérateur Eircom devant le *High Court* (juridiction avec les compétences d'un Tribunal de Grande Instance, d'un Tribunal Correctionnel et d'une Cour d'Appel). L'accord prévoit une riposte graduée nommée « Three Strikes and You're Out » où c'est l'opérateur (et non l'Etat) qui intervient dans le processus de sanction<sup>40</sup>.

### 4.1. Atteinte aux libertés fondamentales

Sur l'atteinte aux libertés fondamentales, le Parlement Européen et la Commission Européenne ont généré de nombreux débats contradictoires.

Si la Commission Européenne a dans un premier temps soutenu des mesures de filtrage et d'interruption de connexion, la Parlement n'a pas tardé à rappeler le droit à la vie privée et la liberté d'expression.

Le 10 avril 2008, à l'initiative des députés européens suédois Christofer Fjellner (EPP-ED) et français Michel Rocard (PSE) et suite au rapport de Guy Bono, le Parlement européen a pris position<sup>41</sup> sur la riposte graduée.

---

<sup>38</sup> <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=COMPARL&mode=XML&language=FR&reference=PE393.988>

<sup>39</sup> [http://www.svmlemag.fr/petition\\_riposte\\_graduee](http://www.svmlemag.fr/petition_riposte_graduee)

<sup>40</sup> <http://www.irishtimes.com/newspaper/frontpage/2009/0129/1232923373331.html>

<sup>41</sup> <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2008-0123+0+DOC+XML+V0//FR&language=FR>

Tout en attirant « l'attention sur le fait que la criminalisation des consommateurs qui ne cherchent pas à réaliser des profits ne constitue pas la bonne solution pour combattre le piratage numérique », il a invité les Etats membres de l'UE « à éviter l'adoption de mesures allant à l'encontre des droits de l'homme, des droits civiques et des principes de proportionnalité, d'efficacité et d'effet dissuasif, telles que l'interruption de l'accès à Internet ».

Le Parlement Européen a ainsi considéré que les premières ébauches du projet allaient à l'encontre de libertés fondamentales. Le droit à la vie privée et la liberté d'expression seraient ainsi bafoués par l'avant-projet notamment via la surveillance des réseaux, la constitution d'un répertoire des usagers et la suspension de l'accès Internet.

Le 24 septembre 2008, l'amendement 138 à la proposition de directive<sup>42</sup> relative aux « réseaux et services de communications électroniques » (dite « Paquet Télécom ») est adopté par 573 voix pour et 74 contre « en appliquant le principe selon lequel aucune restriction ne peut être imposée aux droits et libertés fondamentaux des utilisateurs finaux sans décision préalable des autorités judiciaires. »

Les députés européens allemand Ivo Belet (EPP-ED) et nord-irlandaise Bairbre de Brún (EUL-NGL) écriront notamment<sup>43</sup> pour justifier leur vote qu'« il est important que les consommateurs soient bien informés de ce que l'on peut ou ne peut pas faire sur le net, mais l'accès à l'internet ne doit en aucun cas être refusé. » « Dans le monde hautement connecté et globalisé d'aujourd'hui, le respect de la vie privée et la protection des données personnelles devraient être prioritaires pour chacun d'entre nous. Il ne faut pas mettre en danger le respect de la vie privée [...]. Il ne revient pas à un organe national ou européen de contrôler de façon intrusive l'utilisation que les gens font de l'internet. [...] La protection des droits de propriété intellectuelle ne peut servir d'excuse permettant à des organes irresponsables d'accéder à des données personnelles et privées. »

La ministre de la Culture Christine Albanel donnera une autre interprétation du texte<sup>44</sup> : « cet amendement se bornait à rappeler des principes très généraux de procédure avec lesquels le projet de loi Création et Internet est parfaitement compatibles, contrairement à l'interprétation qui en était donnée par les groupes de pression qui s'opposent à la défense des droits des créateurs et menacent l'emploi dans les différentes filières des industries culturelles. » Un contre-sens total au vu des interprétations écrites par les députés européens lors du vote.

Retiré le 28 novembre 2008 par le Conseil de l'Union Européenne au motif que « le Paquet Télécom ne traite pas du contenu mais des contenants » (alors même que d'autres articles traitent de contenus<sup>45</sup>), l'amendement 138 devrait être réintroduit par des députés européens dans le Paquet Télécom pour sa seconde lecture en séance plénière (prévue en avril 2009).

---

<sup>42</sup> <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P6-TA-2008-0449&language=FR&ring=A6-2008-0321>

<sup>43</sup> <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=CRE&reference=20080902&secondRef=ITEM-010&language=FR&ring=A6-2008-0321>

<sup>44</sup> <http://www.culture.gouv.fr/culture/actualites/conferen/albanel/2008-06-18-Art-Creation-et-Internet.html>

<sup>45</sup> [http://www.laquadrature.net/files/20081208\\_LaQuadrature\\_lettre-rapporteurs-pt-deuxieme-lecture\\_FR.pdf](http://www.laquadrature.net/files/20081208_LaQuadrature_lettre-rapporteurs-pt-deuxieme-lecture_FR.pdf)

Le droit communautaire primant sur le droit national, toute décision européenne pourrait avoir un effet sur l'application de la loi « Création et Internet ».

#### **4.1.1. Atteinte à la liberté de communication et rupture des liens sociaux**

La mesure de suspension de l'accès à Internet concentre les critiques des opposants au texte. Elle impliquerait une "mort sociale électronique" de l'internaute en lui supprimant la possibilité de communiquer.

« La résiliation de l'abonnement Internet est déjà prévue dans tous les contrats passés par les fournisseurs d'accès avec leurs abonnés, pour les cas où ceux-ci ne s'acquittent pas de leurs factures ou se livrent à un usage inapproprié. Pas besoin, pour mettre en œuvre cette résiliation, du juge, ni même de l'autorité administrative ! Une simple mise en demeure suffit... » Quand Christine Albanel a réfuté cette thèse au MIDEM 2009<sup>46</sup>, la ministre omettait de mentionner que l'abonné pouvait immédiatement se réabonner chez un autre fournisseur d'accès quand un contrat était rompu, ce qui n'est pas le cas des suspensions.

Pour l'Association des Services Internet Communautaires<sup>47</sup>, « bannir, même temporairement, des internautes de la société de l'information, ce n'est pas seulement les empêcher de télécharger des contenus illicites, c'est aussi et surtout leur interdire l'utilisation à un vecteur communication et d'expression devenu indispensable. »

En Suède, la ministre de la Culture Lena Adelsohn Liljeroth et la ministre de la Justice Beatrice Ask ont rejeté la proposition d'un rapport de la juge Cecilia Renfors<sup>48</sup> : « 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 [...] les lois sur le copyright ne doivent pas être utilisées pour défendre de vieux modèles commerciaux ».

#### **4.1.2. Atteinte à la vie privée par collecte d'IP**

L'identification de l'internaute se fait par l'adresse IP de l'accès utilisé par l'internaute. Or, cette adresse IP constitue une donnée à caractère personnel. Pour identifier nommément l'abonné, il faudra ensuite passer par les fichiers clients des fournisseurs d'accès Internet.

Avec la législation actuelle, l'accès aux informations non anonymisées n'est possible que dans le cadre d'une enquête judiciaire ; ces dernières sont exclusivement destinées au juge et cet accès nécessite l'avis préalable du Conseil d'Etat et de la CNIL (art. 34-1 II du Code des Postes et des Communications Electroniques).

Selon les-Avocats.com<sup>49</sup>, « le projet de loi propose donc de modifier le CPCE afin de permettre l'accès aux données aux futurs agents assermentés de la Haute Autorité. C'est donc une nouvelle catégorie de personnes, hormis le juge, qui auront accès à ces informations, hors de toute procédure judiciaire, ce qui pose déjà un problème, le juge étant considéré par l'article 2

---

<sup>46</sup> <http://www.culture.gouv.fr/culture/actualites/communiq/albanel/dpomidem09.pdf>

<sup>47</sup> <http://www.lasic.fr/spip.php?article30>

<sup>48</sup> <http://paigrain.debatpublic.net/?p=128>

<sup>49</sup> [http://les-avocats.com/index2.php?goto=dossier&cat\\_id=6&dossier\\_id=8](http://les-avocats.com/index2.php?goto=dossier&cat_id=6&dossier_id=8)

de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen comme le garant de nos libertés individuelles. [...] Ce projet de loi permet à une autorité non judiciaire d'avoir accès à des données nominatives reflétant l'ensemble de l'activité d'une personne sur internet, en dehors de toute infraction pénale, sans aucune assurance que cette personne est effectivement l'auteur des faits reprochés et ce, sans lui offrir les garanties dont disposent les justiciables dans le procès pénal. Il semble exister dès lors une réelle disproportion entre le respect des droits d'auteur et le respect de la vie privée. »

La décision n°2008-101 du 29 avril 2008<sup>50</sup>, publiée seulement le 3 novembre 2008 dans la presse, conforte ces craintes sur l'atteinte à la vie privée. La CNIL y « 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. »

Toujours dans cet avis, la CNIL « 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. » Confirmant l'analyse de les-avocats.com, cet avis met en garde contre une possible inconstitutionnalité du texte.

Toutefois, dans son avis du 12 juin 2008 sur le projet de loi initial, le Conseil d'Etat enjoindra la CNIL à autoriser cette collecte au prétexte qu'elles « ne sont pas des données à caractère personnel », une justification contraire à la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes.

#### **4.1.3. Atteinte à la liberté d'expression par filtrage**

En octobre 2008, la mention explicite de mesures de filtrage a été supprimée par le Sénat sur amendement du sénateur Bruno Retailleau et préconisé par le rapport Thiollière. Ainsi, le juge peut ordonner « toutes mesures propres à prévenir ou à faire cesser une telle atteinte à un droit d'auteur ou un droit voisin » au lieu de « toute mesure de suspension ou de filtrage des contenus portant atteinte à un droit d'auteur ou un droit voisin, ainsi que toute mesure de restriction de l'accès à ces contenus ».

Si cet amendement permet de garantir la neutralité du net, la CNIL « 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. »

Si « toute mesure » peut être ordonnée, les contenus transitant par un réseau sont susceptibles d'être surveillés et filtrés, atteignant ainsi à la liberté d'expression et à la vie privée.

---

<sup>50</sup> <http://www.latribune.fr/entreprises/communication/telecom--internet/20081103trib000305843/loi-antipiratage-le-gouvernement-critique-par-la-cnil-.html>

La CNIL estime ainsi qu'en entreprise « 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. »

## 4.2. Création d'un droit spécifique

« La loi existe pour condamner les pirates, simplement les maisons de disque se refusent de la mettre en œuvre », affirma Xavier Niel, fondateur de Free.

Les opposants au projet de loi soutiennent qu'en plus d'atteindre aux libertés fondamentales, le texte crée un droit spécifique au lieu d'adapter les principes actuels, qui permet aux ayants droits d'économiser sur des frais de procédure au détriment des contribuables.

En comparaison, au Royaume-Uni, le Secrétariat d'Etat à la Culture ne préférerait mettre en place que des notifications par mails<sup>51</sup>. Plutôt que de prendre des sanctions, l'Agence des Droits (Rights Agency) qui serait créée facilitera les actions des ayants droits en se basant sur la législation existante.

### 4.2.1. Atteinte aux principes de proportionnalité

Dans sa résolution du 10 avril 2008 sur les industries culturelles en Europe, le Parlement Européen<sup>52</sup> a mis en garde contre des « mesures allant à l'encontre [...] des principes de proportionnalité [...], telles que l'interruption de l'accès à Internet. »

Selon SVM<sup>53</sup>, « la suspension de l'abonnement avec fichage n'existe pas dans des cas plus graves comme l'atteinte aux personnes ou l'escroquerie. Mais elle s'appliquerait en cas de téléchargement d'une chanson. » La rédaction souligne aussi que rien ne permet de déterminer des seuils ou des équivalences permettant d'établir dans sanctions proportionnelles aux atteintes.

Pour la Quadrature du Net<sup>54</sup>, « la dérogation permettant à l'anti-terrorisme d'accéder aux données de connexion sans contrôle de l'autorité judiciaire à des fins préventives est une mesure d'exception temporaire que le Conseil Constitutionnel a accepté car elle concernait des crimes parmi les plus réprimées du code pénal. Il n'y a aucune possibilité d'étendre cette mesure à une délinquance ne mettant pas en danger la sécurité nationale, qui plus est à des fins de répression par une autorité administrative indépendante. Ce serait une violation du principe de proportionnalité et du principe de séparation des pouvoirs. »

### 4.2.2. Atteinte au principe de séparation des pouvoirs

Par l'amendement 138 à la proposition de directive<sup>55</sup> relative aux « réseaux et services de communications électroniques », la mention de « décision préalable des autorités judiciaires » accrédite l'argument de certains défenseurs selon lequel la Haute Autorité se substitue au rôle d'un juge.

---

<sup>51</sup> [http://www.culture.gov.uk/what\\_we\\_do/broadcasting/5631.aspx](http://www.culture.gov.uk/what_we_do/broadcasting/5631.aspx)

<sup>52</sup> <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2008-0123+0+DOC+XML+V0//FR&language=FR>

<sup>53</sup> [http://www.svmlemag.fr/dossier/02938/mobilisation\\_contre\\_la\\_loi\\_sur\\_le\\_telechargement/page-2](http://www.svmlemag.fr/dossier/02938/mobilisation_contre_la_loi_sur_le_telechargement/page-2)

<sup>54</sup> <http://www.laquadrature.net/fr/riposte-graduee>

<sup>55</sup> <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P6-TA-2008-0449&language=FR&ring=A6-2008-0321>

Constitutionnellement, l'autorité judiciaire est la seule apte à instruire et juger en matière pénale. Or, la contrefaçon et donc le piratage relèvent du pénal. En tant qu'autorité administrative, l'HADOPI ne respecterait donc pas la séparation des pouvoirs.

Autre problème, à défaut de l'accord de la CNIL, les agents assermentés chargés de relever les piratages de fichiers auront le rôle d'auxiliaires de justice.

#### **4.2.3. Atteinte à la présomption d'innocence**

Les agents assermentés ne pourront différencier un piratage d'œuvres d'un manquement à l'obligation de sécurisation d'un accès.

Selon la Quadrature du Net, « un relevé informatique n'est pas un élément de preuve suffisante : comme le signalait le professeur Jean Cedras, agrégé de droit pénal et ancien avocat général à la Cour de cassation, dans un rapport<sup>56</sup> que le ministère de la culture a tenté d'enterrer, quelles qu'en soient l'ampleur ou la gravité, l'imputabilité des actes à un internaute particulier, condition essentielle de sa responsabilité pénale ou civile, est impossible à établir sans la visite de son disque dur. »

Les agents ne peuvent donc pas qualifier d'une façon ou d'une autre l'utilisation illicite d'un accès Internet, la sanction serait donc prise sans mesure des faits.

Par ailleurs, le texte actuel ne permet de contester les faits qu'en recours, donc après la notification d'une sanction (art. L335-25 CPI), rendant impossible pour un abonné la formation de preuves de son innocence hors des juridictions judiciaires.

L'Association des Fournisseurs d'Accès s'interroge<sup>57</sup> : « que se passe-t-il en cas d'erreur de transmission ? d'erreur dans la saisine initiale par les organismes de défense et représentation des ayants droits ? [...] Aucun dispositif d'accueil des internautes "avertis" n'est par ailleurs prévu pour répondre à leurs questions, demandes ou contestations. »

Selon l'UFC Que Choisir<sup>58</sup>, « l'inversion de la charge de la preuve porte atteinte au principe de la présomption d'innocence. [...] La procédure de sanction prévue par le projet de loi ne respecte pas les conditions énoncées par le Conseil constitutionnel : elle enfreint le principe du contradictoire, qui est un droit de la défense, mais en outre, les moyens techniques ne sont pas aujourd'hui suffisamment fiables pour faire induire raisonnablement la vraisemblance de l'imputabilité. »

#### **4.2.4. Contournement de la gradation**

Comme l'a à nouveau souligné SVM, « la notion de riposte graduée, tellement mise en avant par l'industrie de la culture pour sa valeur éducative, a disparu du texte du projet. »

En effet, la formulation de la loi prévoit les courriels et le recommandé d'avertissement comme des possibilités et non comme des effets obligatoires d'une constatation d'atteinte.

Cette situation a été signalée par la CNIL dans son avis du 29 avril 2008, les articles concernés « instituent non une obligation mais une possibilité pour l'HADOPI d'adresser des messages

---

<sup>56</sup> [http://www.laquadrature.net/files/rapport\\_cedras.pdf](http://www.laquadrature.net/files/rapport_cedras.pdf)

<sup>57</sup> [http://www.afa-france.com/p\\_20080624.html](http://www.afa-france.com/p_20080624.html)

<sup>58</sup> <http://www.quechoisir.org/Position.jsp?id=Ressources:Positions:C29FD4D7405B3A5CC12574F1006D7B15&categorie=NoeudPCLassement:7343F606A77D3C16C12573D0003FC7A6&catcss=MUL200>

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. »

Comme la sanction ne peut être décidée qu'après réception d'un recommandé et sans les courriels d'avertissement, cela fait que le premier échelon (courriel) de la riposte graduée peut disparaître au profit d'un riposte en deux étapes : recommandé et procédure de sanction.

Dans l'éventuel article L335-26 du code de la propriété intellectuelle, la transaction pourra même être proposée sans l'envoi d'un recommandé (puisque ce dernier n'est pas requis par la procédure).

Cette formulation avait été dénoncée par l'AFA dès le 24 juin 2008 : « La gradation des mesures avec des étapes successives (avertissement, lettre recommandée, sanction) doit être la règle et non soumise à la bonne volonté de l'instance administrative créée par la loi, qui n'est pas obligée de respecter toutes ces différentes étapes pour prendre des sanctions. »

D'autre part, le projet de loi prévoit par la procédure de référé devant un Tribunal de Grande Instance de court-circuiter les avertissements et la transaction en passant directement à une sanction, voire à une peine. (art. L336-2 CPI)

#### **4.2.5. Création d'une « double peine »**

L'article L. 331-23 du projet de loi dispose que l'HADOPI agit sur saisine des sociétés de perception et de répartition des droits (SPRD) et des organismes de défense professionnelle. Dans son avis du 29 avril 2008, la CNIL constate que « 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 [leur] donner le choix entre différentes procédures [...], leur permet également de procéder à la qualification juridique des faits constatés en fonction de critères qu'il leur appartiendra seuls de déterminer. [...]

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. »

Comme le fait remarquer Numérama, les personnes morales disposant du pouvoir de saisine pourront à la fois saisir l'HADOPI et mener une procédure devant des juridictions judiciaires, entraînant une sanction administrative et une réparation civile et/ou pénale pour un même fait reproché.

Les opposants rappellent fréquemment qu'un amendement empêchant la « double peine » a été rejeté par le Sénat.

#### **4.2.6. Responsabilité du fait d'autrui**

Le site Numérama<sup>59</sup> dénonce l'obligation de veiller à ce qu'un accès Internet ne soit pas utilisé pour un piratage d'œuvre. Il y aurait création d'une responsabilité du fait d'autrui « qui serait une première dans le système juridique français. L'article 1384 du code civil prévoit bien la responsabilité du fait d'autrui, mais uniquement dans des cas où le tiers coupable est jugé incapable (les mineurs par exemple), ou est placé dans une situation de subordination par rapport à son responsable. »

Dans sa délibération du 29 avril 2008, la CNIL reconnaît toutefois qu'« il incombe effectivement aux internautes de prendre toutes précautions utiles », rejetant cette supposée responsabilité du fait d'autrui.

Mais elle considère également « 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. » Ce qui revient à limiter la liberté d'expression...

### 4.3. Non-respect des accords de l'Elysée

La fragilité juridique du texte est aisément exploitable selon les adversaires de la loi « Création et Internet », mais ce que sous-entend ce texte serait aussi critiquable.

#### 4.3.1. Absence de développement d'une offre légale compétitive

L'Association des Fournisseurs d'Accès signalait le 24 juin 2008 que « la signature des accords de l'Elysée par les fournisseurs d'accès supposait en échange que les internautes aient accès à des offres légales compétitives, les dissuadant de pirater. Or, les négociations avec les ayants droits, tant sur la chronologie des médias que sur l'ouverture des catalogues, restent suspendues à l'adoption de la loi et le temps passe sans que rien n'évolue. »

Si la situation s'est améliorée récemment avec l'annonce de l'abandon des DRM par Sony, Universal Music, EMI et Warner<sup>60</sup>, l'offre légale n'est pas devenue plus compétitive. Au contraire, la boutique en ligne iTunes de Apple facture aujourd'hui ses titres 30 centimes plus chers à 1,29€ (au lieu de 0,99€).

Le SNEP tente toutefois de rassurer les consommateurs et promet une opération de baisse des prix sur la musique numérique d'ici juin 2009, si la loi est adoptée.

#### 4.3.2. Des mesures coûteuses à supporter

Les fournisseurs d'accès à Internet se plaignent aussi des coûts que va engendrer la loi.

L'AFA signale que « la mise en place du dispositif de suspension des « services de communication électronique » ne correspondant à aucun processus existant : le développement spécifique nécessaire prendra du temps. Il est indispensable qu'une certaine souplesse soit introduite quant à son contour précis pour tenir compte des contraintes techniques. [...] Le projet de loi reste muet quant à la prise en charge financière des frais supportés par les opérateurs, alors que les sanctions financières appliquées aux fournisseurs d'accès pour chaque manquement à leurs obligations sont très élevées (jusqu'à 5000 euros

---

<sup>59</sup> <http://www.numerama.com/magazine/9854-10-bonnes-raisons-de-dire-NON-a-la-loi-Hadopi.html>

<sup>60</sup> <http://www.01net.com/editorial/401426/le-disque-en-crise-attend-la-loi-de-la-derniere-chance/>

par acte). [...] En multipliant les charges, les pouvoirs publics prennent le risque d'affaiblir la capacité des acteurs [du secteur de l'Internet] à investir dans des projets d'équipements numériques essentiels qui rendront la France innovante et compétitive. »

D'autre part, dans sa délibération du 29 avril 2008, la CNIL estime « 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. »

Si la loi s'est adaptée à ce cas de figure, l'état de l'art rend impossible la suspension d'Internet sans la suspension des services de télévision et de téléphonie.

En effet, la télévision et le téléphone transitent par des protocoles circulant sur Internet. La mise en place d'un dispositif alternatif nécessite donc de la part des FAI une recherche de nouvelles solutions techniques, avec un coût financier à assumer.

Si le budget annuel de l'HADOPI de 6,7 millions d'euros est bien pris en charge par la loi de Finances<sup>61</sup>, les Fournisseurs d'Accès à Internet reprochent qu'on leur attribue « le coût du repérage des actes de piratage et de leur signalement à l'HADOPI et celui de l'identification des internautes responsables. » Une situation d'autant plus inacceptable pour eux que, lors du MIDEM 2009, la ministre de la Culture a exigé<sup>62</sup> d' « anticiper dès à présent le traitement des requêtes qui lui seront adressées par la Haute Autorité. »

Avant de prendre toute initiative, les FAI rappellent donc que selon la jurisprudence constitutionnelle<sup>63</sup>, « l'Etat doit prendre en charge les dépenses réalisées à sa demande par les opérateurs privés pour la sauvegarde de l'ordre public. »

Le site Numérama<sup>64</sup> a calculé le coût de ces opérations si l'article R.213-1 du code de procédure pénale (qui prévoit une indemnisation forfaitaire de 8,50€) est correctement appliqué.

En partant du nombre de 10 000 messages d'avertissements par jour, le coût annuel s'élèverait à 31 millions d'euros. Numérama estime donc que le budget de l'HADOPI est sous-dimensionné et devra être compensé par autant de recettes fiscales chaque année par l'augmentation supposée des ventes sur les plateformes légales. « Pour aller à l'équilibre, il faudrait que les Français achètent environ 194 millions de titres par an en plus de ceux qu'ils achètent déjà - ce qui suppose au passage qu'ils n'achètent pas sur iTunes, où la TVA bénéficie au Luxembourg. A titre de comparaison, les ventes de musique sur Internet en France au premier trimestre 2008 ont rapporté à l'industrie moins de 7 millions d'euros HT. »

Avec l'estimation de « 3 000 lettres recommandées d'avertissement par jour » de Christine Albanel, le coût des envois de courriels et de recommandé sera de 9,3 millions d'euros, qui ne sont plus dans le budget de fonctionnement de l'HADOPI...

#### 4.4. Critiques des fondements du texte

---

<sup>61</sup> <http://www.culture.gouv.fr/culture/actualites/conferen/albanel/budget2009.pdf>

<sup>62</sup> <http://www.pcinpact.com/actu/news/48577-hadopi-cout-anticipation-sacem-budget.htm>

<sup>63</sup> <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/depuis-1958/decisions-par-date/2000/2000-441-dc/decision-n-2000-441-dc-du-28-decembre-2000.460.html>

<sup>64</sup> <http://www.numerama.com/magazine/9854-10-bonnes-raisons-de-dire-NON-a-la-loi-Hadop.html>

La fragilité juridique et contractuelle du texte est aisément exploitable selon les adversaires de la loi « Création et Internet », mais d'après les adversaires du projet, ses fondements seraient critiquables.

#### **4.4.1. Un lien peu clair entre téléchargement illégal et baisse des ventes**

« De nombreux salariés de la filière musicale ont perdu leur emploi, de nombreux jeunes artistes ne trouvent plus et ne vont plus trouver de producteurs qui puissent soutenir le développement de leur carrière. Bientôt, si rien n'est fait, le renouvellement et la diversité de la création musicale seront compromis, au détriment certes de la filière musicale mais aussi du public, et de tous ceux qui aiment la musique. Si le téléchargement illégal de fichiers musicaux n'est pas efficacement combattu, seuls les artistes déjà établis pourront vivre de ce métier. »

Cet extrait du site de la SCPP<sup>65</sup> irait à l'encontre de réalités constatées scientifiquement. Pour les adversaires au projet, les données sur lesquels se basent les partisans de la loi HADOPI sont fausses.

Première preuve avancée. Le ministre de la Culture se réfère actuellement aux chiffres issus d'une étude commandée par des ayants droits au cabinet GfK (un milliard de fichiers piratés, 833 280 000 titres de musique, et 235 200 000 titres de vidéo en 2007). Or, un responsable de GfK, Laurent Donzel, a reconnu qu'il pouvait y avoir « des failles »<sup>66</sup> : « On fait appel à la mémoire de l'intéressé, et les interviewés minimisent souvent le poids réel du téléchargement. Ils ne veulent pas l'avouer. [...] Pour compenser, on extrapole et on multiplie les résultats par douze. »

Dans sa délibération du 29 avril 2008, la CNIL elle-même remarque 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'affaires 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. »

En réponse à cette critique, un rapport Hadopi<sup>67</sup> a été commandé auprès des cabinets Tera Consultants et Equancy pour établir cette causalité. Le document conclut à des pertes de 10 000 emplois (directs et indirects) et de 1,2 milliards d'euros de chiffre d'affaires à imputer à la copie illégale.

Mais le sérieux de cette étude est mis en doute par Fabrice Epelboin<sup>68</sup> qui note qu'aucun organisme scientifique n'a cautionné ce rapport. Il relève même que Laurent Benzoni,

---

<sup>65</sup> <http://www.scpp.fr/SCPP/Home/LUTTEANTIPIRATERIE/QuestionsR%E9ponses/tabid/162/Default.aspx>

<sup>66</sup> [http://www.lemonde.fr/technologies/article/2008/11/07/un-rapport-non-diffuse-reliance-les-critiques-sur-la-loi-antipiratage\\_1116088\\_651865.html](http://www.lemonde.fr/technologies/article/2008/11/07/un-rapport-non-diffuse-reliance-les-critiques-sur-la-loi-antipiratage_1116088_651865.html)

<sup>67</sup> [http://www.ecrans.fr/IMG/pdf/Equancy-Tera-Rapport\\_Hadopi.pdf](http://www.ecrans.fr/IMG/pdf/Equancy-Tera-Rapport_Hadopi.pdf)

<sup>68</sup> <http://fr.readwriteweb.com/2008/11/18/a-la-une/rapport-hadopi/>

fondateur de Tera Consultants, est collègue, au sein de l'École Nationale Supérieure des Télécommunications, d'un chercheur qui trouve des effets économiques positifs au piratage. Le docteur en macroéconomie Patrick Waelbroeck montrerait ainsi à partir d'échantillons représentatifs de la population universitaire française que « le piratage de films aurait tendance à faire augmenter la consommation légale de films<sup>69</sup>, que parmi les vilains téléchargeurs de mp3, se cachent bon nombre d' "explorateurs"<sup>70</sup> qui achètent bien plus du fait de leur trouvailles, que le piratage pourrait être, en réalité, une aubaine pour l'industrie du disque<sup>71</sup> » selon les termes de Fabrice Epelboin.

Autre étude scientifique, Felix Oberholzer-Gee, de la Harvard Business School montre<sup>72</sup> lui aussi qu' « il n'y a pas de preuve que le téléchargement illégal de musique érode les ventes de disques et qu'au contraire, il aide les ventes des hits. »

Au Canada, une étude fédérale arrive à la même conclusion <sup>73</sup>: « Les études économétriques existantes dont nous avons fait un survol donnent à penser que le partage de fichiers poste à poste tend à faire diminuer les ventes en musique. Toutefois, nous arrivons à une conclusion contraire, à savoir que le partage de fichiers poste à poste tend plutôt à faire augmenter les ventes de musique. »

En décembre 2008, Sylvain Dejean, Thierry Pénard et Raphaël Suire de l'université Rennes-1, membres du centre de recherche en économie et management (UMR 6211) du CNRS ont montré<sup>74</sup> à partir d'un échantillon de 2000 personnes représentatives de la population bretonne que « Les individus qui ont déclaré avoir déjà téléchargé un bien culturel sur un réseau P2P consomment en moyenne plus de contenu audiovisuel payant ».

Selon un rapport publié<sup>75</sup> dernièrement par le gouvernement néerlandais<sup>76</sup>, les effets du « piratage » profiteraient bien plus aux petits groupes de musiciens peu connus qu'aux stars, ce qui au final profite à la création culturelle. Les auteurs du rapport auraient par ailleurs montré que les « pirates » n'achètent pas moins de produits culturels que les autres, ils auraient même tendance à fréquenter plus assidûment les concerts.

Ainsi, pour de nombreux opposants, si une incidence négative du téléchargement apparaît sur des études économétriques, la macroéconomie — qui décrit le phénomène de façon plus globale — montrerait le contraire. Le téléchargement illégal rentrerait ainsi dans le modèle de la destruction créatrice de Schumpeter.

#### 4.4.2. Un texte sous influence

---

<sup>69</sup> [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1144313](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1144313)

<sup>70</sup> [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=739284](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=739284)

<sup>71</sup> [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=628961](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=628961)

<sup>72</sup> <http://hbswk.hbs.edu/item/4206.html>

<sup>73</sup> <http://www.ic.gc.ca/eic/site/ippd-dppi.nsf/fra/ip01457.html>

<sup>74</sup> [http://www.marsouin.org/article.php3?id\\_article=250](http://www.marsouin.org/article.php3?id_article=250)

<sup>75</sup> [http://tno.nl/content.cfm?context=markten&content=publicatie&laag1=182&laag2=1&item\\_id=473](http://tno.nl/content.cfm?context=markten&content=publicatie&laag1=182&laag2=1&item_id=473)

<sup>76</sup> <http://fr.readwriteweb.com/2009/01/20/a-la-une/rapport-gouvernement-hollandais-conclu-impact-positif-p2p-economie/>

L'Internet Society France émet l'idée<sup>77</sup> sous-entendue par beaucoup d'opposants que cette loi est « prise dans l'intérêt d'un petit groupe de personnes qui, 10 ans après, n'a toujours pas compris où se situait la force d'Internet et pense qu'il faut transformer le Réseau en un "outil efficace et moderne de distribution commerciale". »

De nombreux opposants se sont donc efforcés de démontrer l'ingérence exagérée des ayants droits dans la constitution de la loi, au détriment des autres parties prenantes.

Le 16 janvier dernier, les opposants ont ainsi dénoncé la tenue du colloque « Quel avenir pour la création dans l'âge du numérique ? » destiné à sensibiliser les députés au sein même de l'Assemblée Nationale. Organisé par l'agence de communication Aromates, elle a eu pour partenaires des ayants droits<sup>78</sup>.

Selon les informations du Figaro<sup>79</sup>, « la Fédération Française des Télécoms, qui représente la plupart des fournisseurs d'accès Internet réunis au sein de l'AFA, n'était pas non plus présente. Raison officielle : invitation trop tardive, et emploi du temps trop chargé. Raison officieuse : la fédération n'a pas souhaité faire de la figuration dans cette réunion, où elle n'avait pas la liberté de défendre son point de vue. » Du côté des consommateurs, « l'UFC Que Choisir ne veut pas servir de caution à ce colloque, où l'on ne nous demande pas de débattre mais d'adhérer. Nous n'avons pas vocation à donner une crédibilité à un colloque qui en manque manifestement. »

Dans une interview du 23 janvier 2009<sup>80</sup>, Edouard Barreiro de l'UFC Que Choisir affirmera que « avec une contribution de 7 euros, on pourrait redistribuer 1,5 milliard d'euros par an (17,845 millions d'abonnés sur 12 mois x 7€, selon les derniers chiffres de l'ARCEP), ce qui représente environ 6 fois les sommes redistribuées chaque année au titre de la vente directe aux consommateurs pour la musique, mais aussi le cinéma et les jeux. Voilà ce que perdent de manière annuelle, depuis dix ans, les artistes et les créateurs. C'est peut-être pour cette raison qu'un certain nombre d'organismes collecteurs, comme l'ADAMI, la SPEDIDAM<sup>81</sup>, militent pour la licence globale. Pour être clair, cette loi est faite, du côté de l'industrie de la musique, pour les maisons de disque et la SACEM. »

#### **4.4.3. Une économie du matériel dépassée par le paradigme numérique**

Selon l'UFC que Choisir, « seules quelques grandes maisons de disques, parce qu'elles refusent de s'adapter au monde du numérique, souffrent réellement. [...] Seule la vente de support souffre, soit le CD, une technologie obsolète, et les fichiers numériques, vendus selon des formules peu attractives (prix élevé, DRM, etc.). [Le cinéma] se porte plus que bien ! Les entrées en salle progressent, la vidéo à la demande (VOD) a été adoptée par le consommateur et les abonnements aux bouquets satellites, tels ceux de Canal Plus, qui participent au financement du cinéma, se portent bien ! Bref, seule la vente de DVD semble souffrir. Mais avec l'arrivée de la HD et du Blu-ray, on ne peut douter qu'il existe encore un vrai potentiel commercial pour la vente de support. »

---

<sup>77</sup> <http://www.isoc.fr/l-isoc-france-appelle-au-retrait-du-projet-de-loi-hadopi-article0082.html>

<sup>78</sup> <http://www.ecrans.fr/Des-Assises-du-piratage-a-sens,5997.html>

<sup>79</sup> <http://www.lefigaro.fr/medias/2009/01/16/04002-20090116ARTFIG00505-piratage-le-monde-de-la-culture-debat-tout-seul-.php>

<sup>80</sup> <http://www.pcinpact.com/dossiers/creation-et-internet---interview-edouard-barreiro-/151-1.htm>

<sup>81</sup> <http://www.spedidam.fr/actu/doc/communiquedepressemidem290108.pdf>

L'argument du chiffre d'affaires en baisse ne tiendrait pas pour expliquer la crise de la culture. Cette baisse résulterait du passage au paradigme numérique qui s'accompagne d'un abandon des supports physiques et donc d'une baisse des coûts de distribution et de stockage. Ainsi, au lieu de chiffres basés sur les ventes physiques, certains opposants réclament des comparaisons en nombre de titres vendus.

Répondant à l'argument de la gratuité destructrice de partisans de la loi, des adversaires avancent des exemples de réussites économiques issues d'un téléchargement gratuit. Le plus célèbre est celui de Radiohead qui a diffusé son nouvel album sans contrainte, laissant aux internautes le choix d'une rémunération.

Le co-manager de Radiohead, Brian Message, évoque cette méthode de distribution à « coûts quasi-nuls »<sup>82</sup> : « la musique diffusée ou téléchargée gratuitement en ligne a une vraie valeur économique, [...] il serait absolument faux de dire que sa valeur est égale à zéro ! A partir de cette gratuité, il devient possible de fidéliser le public, de vendre des places de concerts, des collecteurs, etc. Les maisons de disques qui restent focalisées sur la seule activité de vente de musique enregistrée risquent de compromettre la carrière de leurs artistes. C'est peut-être paradoxal, mais la gratuité fait désormais partie du business de la musique. »

De façon similaire, il est fréquent de lire dans des études (voir partie 4.4.1) que des talents musicaux se sont fait connaître et gagnent leurs revenus grâce à des téléchargements et écoutes gratuits.

Selon les chercheurs de l'université de Rennes-1, « les utilisateurs prennent l'habitude de gérer l'abondance de l'offre en sélectionnant eux-mêmes les œuvres qu'ils consomment (modèle pull). Cette organisation s'oppose directement au modèle push traditionnel dans lequel les industries culturelles sélectionnent eux-mêmes les œuvres qui feront l'objet d'une diffusion ou d'une commercialisation de masse. En manifestant leur préférence pour un mode de paiement forfaitaire et un accès illimité à un catalogue de fichiers numériques, les utilisateurs des réseaux P2P montrent une nouvelle fois la nécessité d'adapter l'offre de contenus aux nouveaux comportements de consommation. Les résultats de cette enquête incitent également à reconsidérer les modes de financement du type « licence globale » peut être trop vite abandonnés. »

#### **4.4.4. Un texte dépassé par les technologies des pirates**

Selon Numérama, le texte ne vise que le piratage par P2P « puisqu'il n'est techniquement possible que de trouver l'adresse IP de ceux qui partagent les oeuvres et non de ceux qui les téléchargent depuis des serveurs distants. [...] Le piratage se produit au moins autant sur les serveurs de newsgroups et les sites de téléchargements et de stockage comme RapidShare, dont les utilisateurs sont mis à l'abri de toute procédure. De plus, les nouvelles générations de réseaux P2P sont conçues de façon à masquer l'adresse IP des utilisateurs qui partagent des fichiers, ou à ne pas pouvoir associer de façon certaine une adresse IP à un contenu partagé. Sachant qu'il est toujours politiquement beaucoup plus facile de créer une Autorité administrative que d'en démanteler une, est-il utile d'aggraver la charge publique par une énième Haute Autorité qui sera très rapidement incapable de travailler, ou de façon tellement anecdotique que son efficacité sera nulle ? »

---

<sup>82</sup> <http://www.ecrans.fr/La-musique-gratuite-a-une-vraie,6182.html>

Alors que certains parlementaires opposés au texte prédisent que cette loi multipliera les réseaux chiffrés et privés, il semble donc que la réalité les ait déjà rattrapés.

La ministre en tient toutefois compte comme le montre le dossier de presse distribué à l'occasion du MIDEM 2009 : « Bien entendu, le projet de loi ne peut viser le « zéro défaut », car les techniques évoluent en permanence et certains internautes parviendront toujours, par exemple, à dissimuler leurs adresses IP ou à recourir à d'autres moyens sophistiqués pour échapper à des sanctions éventuelles. Mais les modalités d'identification progressent au même rythme que les modalités de dissimulation.

Ce que recherche en fait le projet de loi, c'est de faire changer les esprits grâce à une campagne pédagogique et préventive massive. Peut importe, de ce point de vue, qu'une minorité de gens particulièrement astucieux y échappent. »

#### **4.4.5. Une preuve faillible**

Dernier point soulevé par les opposants au texte : l'IP relevée par les agents assermentés n'est pas une preuve fiable.

Certaines techniques permettraient ainsi d'usurper une adresse IP.

Ainsi, les serveurs de certains réseaux P2P sont susceptibles de diffuser « des adresses IP prises au hasard »<sup>83</sup> tandis que « 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 »<sup>84</sup>.

Plusieurs expériences ont montré que de simples imprimantes peuvent être accusées de télécharger des fichiers illégalement, ce qui est une aberration. L'étude de l'université de Washington<sup>85</sup> explique que des pirates informatiques peuvent tromper les logiciels de détection en indiquant une fausse adresse et que les logiciels de détection eux-mêmes sont susceptibles de créer des faux positifs.

Enfin, des erreurs sont possibles dans les relevés ou les listes d'abonnés des Fournisseurs d'Accès. L'expérience récente d'un Américain<sup>86</sup> a montré qu'un fichier client non mis à jour pouvait conduire à la condamnation d'un abonné à la place d'un autre.

---

<sup>83</sup> <http://www.ecrans.fr/Telechargement-Atari-renonce-a-sa,5817.html>

<sup>84</sup> [http://www.laquadrature.net/files/LaQuadratureduNet-Riposte-Graduee\\_reponse-inefficace-inapplicable-dangereuse-a-un-faux-probleme.pdf](http://www.laquadrature.net/files/LaQuadratureduNet-Riposte-Graduee_reponse-inefficace-inapplicable-dangereuse-a-un-faux-probleme.pdf)

<sup>85</sup> [http://dmca.cs.washington.edu/uwcse\\_dmca\\_tr.pdf](http://dmca.cs.washington.edu/uwcse_dmca_tr.pdf)

<sup>86</sup> <http://www.aprigliano.org/2009/01/what-to-do-with-comcast-dmca-takedown.html>

## Conclusion

Le MIDEM 2009 a été l'occasion de dresser un état des industries culturelles à la veille de l'examen de la loi « Création et Internet » à l'Assemblée Nationale. Selon la SACEM<sup>87</sup>, le marché de la musique a perdu 15% par rapport à 2007, soit une chute de 107 millions d'euros pour s'établir à 606 millions d'euros. Depuis 2002, le marché global a perdu plus de la moitié de sa valeur. Les téléchargements à l'acte et les revenus issus du téléphone mobile augmentent de 21% quand le marché du numérique croît de 50%. Les nouveaux modèles économiques rapporteraient quant à eux des revenus négligeables, ainsi un titre écouté plus de 240.000 fois sur le site de musique en ligne Deezer ne rapporte que 147 euros à l'artiste.

Pour défendre l'économie de la culture face à ces baisses impressionnantes et considérant que la valeur de l'ensemble de la chaîne de production est en cours de destruction, le Ministère de la Culture a décidé de s'engager sur la voie de la répression du piratage illégal.

« La lutte contre le piratage est la condition nécessaire du report des consommateurs vers l'offre légale de film et de musique sur Internet, qui permettra de faire des réseaux numériques un circuit de distribution des biens et services culturels à la fois attractif pour les consommateurs et juridiquement sûr pour les investisseurs. »

Si la voie choisie dans la loi « Création et Internet » est soutenue par les ayants droits et leurs représentants, les critiques développées sur la légitimité du texte paraissent sensées.

En l'état, le texte semble néfaste dans la mesure où il restreint les droits fondamentaux des internautes français et crée des règles de droits spécifiques en se basant sur des données qui ne correspondent plus au contexte socio-économique actuel.

Le ministère de la Culture avait pourtant d'autres choix favorisant la création culturelle via l'éclosion de talents sur Internet plutôt qu'un projet préservant le système économique des supports matériels.

Sur l'Île de Man, une licence globale va être mise en place<sup>88</sup>. Bien que des chercheurs la proposent comme solution à des usages ayant évolué plus rapidement que la loi, cette solution est encore largement rejetée par les pouvoirs publics en France.

Comment concilier des droits individuels fondamentaux avec le droit à la propriété intellectuelle ? Comment s'assurer que les ventes culturelles matérielles vont remonter ?

Le projet de loi « Création et Internet » semble bien inadéquat pour résoudre cette crise.

Malgré l'adoption probable de la loi, la SACEM l'estime déjà insuffisante et propose la mise en place d'une contribution des FAI au titre du CoSIP et la réévaluation de la taxe pour copie privée. Deux mesures déjà contestées par les Fournisseurs d'Accès, par d'autres organismes collecteurs et par les associations de consommateurs...

---

<sup>87</sup> <http://www.sacem.fr/portailSacem/jsp/ep/contentView.do?contentType=2&contentId=536900199&programId=536880422>

<sup>88</sup> <http://arstechnica.com/news.ars/post/20090119-isle-of-man-gets-unlimited-music-downloads-with-blanket-fee.html>