

N° 59

SÉNAT

SESSION ORDINAIRE DE 2008-2009

Annexe au procès-verbal de la séance du 28 octobre 2008

AVIS

PRÉSENTÉ

au nom de la commission des Affaires économiques (1) sur le projet de loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet (Urgence déclarée),

Par M. Bruno RETAILLEAU,

Sénateur

(1) Cette commission est composée de : M. Jean-Paul Emorine, président ; MM. Gérard César, Gérard Cornu, Pierre Hérisson, Daniel Raoul, Mme Odette Herviaux, MM. Marcel Deneux, Daniel Marsin, Gérard Le Cam, vice-présidents ; M. Dominique Braye, Mme Élisabeth Lamure, MM. Bruno Sido, Thierry Repentin, Paul Raoult, Daniel Soulage, Bruno Retailleau, secrétaires ; MM. Pierre André, Serge Andreoni, Gérard Bailly, Michel Bécot, Joël Billard, Claude Biwer, Jean Bizet, Yannick Botrel, Martial Bourquin, Jean-Pierre Caffet, Yves Chastan, Alain Chatillon, Roland Courteau, Jean-Claude Danglot, Philippe Darniche, Marc Daunis, Denis Detcheverry, Mme Évelyne Didier, MM. Philippe Dominati, Michel Doublet, Daniel Dubois, Alain Fauconnier, François Fortassin, Alain Fouché, Adrien Giraud, Francis Grignon, Didier Guillaume, Michel Houel, Alain Houpert, Mme Christiane Hummel, M. Benoît Huré, Mme Bariza Khiari, MM. Daniel Laurent, Jean-François Le Grand, André Lejeune, Philippe Leroy, Claude Lise, Roger Madec, Michel Magras, Hervé Maurey, Jean-Claude Merceron, Jean-Jacques Mirassou, Jacques Muller, Robert Navarro, Louis Nègre, Mme Jacqueline Panis, MM. Jean-Marc Pastor, Georges Patient, François Patriat, Philippe Paul, Jackie Pierre, Rémy Pointereau, Ladislav Poniatsowski, Marcel Rainaud, Charles Revet, Roland Ries, Mmes Mireille Schurch, Esther Sittler, Odette Terrade, MM. Michel Teston, Robert Tropeano, Raymond Vall.

Voir le(s) numéro(s) :

Sénat : 405 (2007-2008) et 53 (2008-2009)

SOMMAIRE

	<u>Pages</u>
INTRODUCTION	5
EXPOSÉ GÉNÉRAL	7
I. LE NUMÉRIQUE, VECTEUR DE MUTATION ÉCONOMIQUE POUR LA CULTURE OU MENACE POUR LA CRÉATION ?	7
A. LA RÉVOLUTION NUMÉRIQUE PLANÉTAIRE	7
B. LA DÉMATÉRIALISATION : UNE NOUVEAUTÉ RADICALE AU CŒUR DE L'ÉCOSYSTÈME INTERNET	8
1. <i>Une innovation perturbatrice : la dématérialisation</i>	8
2. <i>Une explosion du « peer to peer » qui bouscule le modèle économique de l'industrie culturelle</i>	9
C. LA GRATUITÉ, EXPRESSION D'UN DÉPLACEMENT DE LA VALEUR ?	9
1. <i>La publicité se généralise</i>	10
2. <i>Cette gratuité n'est pas si nouvelle</i>	11
3. <i>Cette gratuité n'est qu'une gratuité faciale</i>	11
II. UN PROJET DE LOI QUI APPORTE UNE RÉPONSE PARTIELLE	11
A. LA NÉCESSITÉ DE NE PAS LAISSER LE PIRATAGE SE DÉVELOPPER EN TOUTE IMPUNITÉ	11
B. MAIS LA RIPOSTE GRADUÉE NE SUFFIRA PAS À RÉSOUDRE LES DIFFICULTÉS DE LA FILIÈRE CULTURELLE	13
C. UNE QUESTION QUI RESTE SANS RÉPONSE : QUEL MODE DE RÉGULATION POUR INTERNET ?	14
III. LES PROPOSITIONS DE VOTRE COMMISSION POUR AVIS : GARANTIR UN LARGE ACCÈS AUX ŒUVRES SUR UN RÉSEAU OUVERT, TOUT EN ASSURANT LA RÉMUNÉRATION DES AYANT-DROITS	16
A. DISSUADER AUSSI LE PIRATAGE GRÂCE À UNE OFFRE LÉGALE ATTRACTIVE	16
B. RESPECTER L'ESSENCE DE L'INTERNET, NEUTRE ET OUVERT, POUR PRÉSERVER CE GISEMENT DE CROISSANCE POUR LA FRANCE	17
C. MIEUX ARTICULER LA PROTECTION DES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET CELLE DE LA VIE PRIVÉE	18
EXAMEN DES ARTICLES	21
• CHAPITRE I^{ER} Dispositions modifiant le code de la propriété intellectuelle	21
• Article 2 Organisation et missions de la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet	21
• Article 5 Procédure devant le juge pour faire cesser les atteintes aux droits d'auteur et aux droits voisins sur les services de communication en ligne	37

• Article 6 Obligation de surveillance de l'accès à Internet par le titulaire de l'abonnement	40
• CHAPITRE II Dispositions modifiant la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique	44
• Article 8 Information des abonnés, par les fournisseurs d'accès à Internet, sur les moyens techniques de sécurisation de cet accès	44
• CHAPITRE III Dispositions modifiant le code des Postes et des communications électroniques	45
• Article 9 Modification du code des postes et des communications électroniques	45
• Article additionnel après l'article 9 Chronologie des médias	46
• Article additionnel avant l'article 10 Subordination des aides du Centre national de la cinématographie à la distribution en ligne des films	47
• Article additionnel après l'article 11 Date d'entrée en vigueur de la loi	48
ANNEXE I LISTE DES PERSONNES AUDITIONNEES PAR LE RAPPORTEUR	49
ANNEXE II AMENDEMENTS ADOPTÉS PAR LA COMMISSION	53

Mesdames, Messieurs,

Les Français ont pris de mauvaises habitudes. Il n'est pas possible de laisser ainsi se banaliser le téléchargement illégal, au risque de menacer le financement de la création culturelle. En outre, la montée en débit permise par le déploiement de la fibre optique dans les prochaines années risque d'amplifier encore ce phénomène. La diffusion de la culture facilitée par internet constitue une opportunité, mais ce processus vertueux ne doit pas devenir vicieux pour les auteurs.

Pourtant, il n'est pas simple de trouver la parade juridique, tant l'architecture du réseau internet, ouverte et mondiale, constitue une rupture dans notre rapport à la diffusion des informations. Le législateur s'y est déjà essayé deux fois. Ainsi, la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique a posé les fondements d'une action ciblée du juge à l'encontre des contenus circulant illicitement sur internet. La loi n° 2006-961 du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information a ensuite tenté de répondre à la problématique du piratage des œuvres culturelles sur internet, en mettant en place un dispositif de sanction pénale que la censure du Conseil Constitutionnel a rendu inopérant pour réprimer le téléchargement illicite de masse.

C'est pour en finir avec l'impunité que le Président de la République a chargé M. Denis Olivennes, président directeur général de la FNAC, de trouver les termes d'un accord entre professionnels « permettant le développement d'offres légales attractives d'œuvres en ligne et dissuadant le téléchargement illégal de masse ». Au terme d'une large concertation, ces accords furent signés au Palais de l'Élysée le 23 novembre 2007 par des représentants de la musique, du cinéma, de l'audiovisuel et les fournisseurs d'accès à internet.

Fort de cet acquis, le Gouvernement a rédigé un projet de loi proposant la création d'une autorité administrative indépendante dédiée à la mise en œuvre d'un mécanisme de recommandation et de sanction dont l'effet préventif semble attesté par les expérimentations menées aux Etats-Unis ou en Grande-Bretagne.

Ce texte suscite beaucoup d'espoir parmi les représentants de la filière culturelle et son examen ressort naturellement de la commission des affaires culturelles. Néanmoins, il est apparu à votre commission qu'il lui incombait de se saisir pour avis des dispositions les plus importantes du texte (articles 2, 5, 6, 8 et 9), non seulement parce que celui-ci modifie la loi pour la confiance dans l'économie numérique dont elle avait été saisie au fond ainsi

que le code des postes et des communications électroniques dont elle est familière, mais aussi parce que l'avenir d'internet et les processus de régulation de ce réseau ont des incidences fortes sur le développement de l'économie numérique et, par ricochet, sur la compétitivité et la croissance françaises.

De ce point de vue, et sans revenir sur l'état des lieux du « piratage » parfaitement dressé par la commission des affaires culturelles dans son rapport présenté par notre collègue M. Michel Thiollière¹, votre commission pour avis a souhaité prendre de la hauteur et resituer les enjeux d'un texte destiné à accompagner l'industrie culturelle dans la transition que lui impose la numérisation des contenus, transition comparable à celle qu'entraîna en son temps l'avènement de l'imprimerie.

¹ *Rapport du Sénat n°53 (2008-2009).*

EXPOSÉ GÉNÉRAL

I. LE NUMÉRIQUE, VECTEUR DE MUTATION ÉCONOMIQUE POUR LA CULTURE OU MENACE POUR LA CRÉATION ?

A. LA RÉVOLUTION NUMÉRIQUE PLANÉTAIRE

Pour se rendre compte de l'accélération des innovations numériques dans le monde dans lequel nous vivons, il suffit de se retourner vingt ans en arrière pour s'apercevoir très rapidement qu'un changement radical est en train de s'imposer sur l'ensemble de la planète.

- il y a vingt ans, seulement 100.000 internautes dans le monde étaient connectés au web. Il y en a désormais près d'un milliard et demi ;

- il y a dix ans tout juste, naissait le baladeur MP3 qui était capable d'enregistrer jusqu'à huit morceaux de musique, une performance à l'époque. Aujourd'hui, certains modèles permettent d'en enregistrer jusqu'à 40.000 et ils ne sont pas limités aux seuls fichiers musicaux ;

- il y a cinq ans, la télévision hertzienne avait encore le monopole de la distribution d'images au sein du foyer et les sites devenus les « étoiles » du web 2.0 étaient tout juste naissants. Aujourd'hui, à chaque minute qui passe, sur un site comme « you tube », ce sont treize heures de vidéos qui sont téléchargées.

C'est peu dire que nous vivons une révolution numérique planétaire qui transforme profondément notre façon de vivre : de travailler, de nous divertir, de communiquer ou encore de nous informer. Nous avons quitté définitivement la galaxie Gutenberg pour celle de Mac Luhan¹. Cette révolution se développe sous l'effet de trois ruptures :

- une rupture technologique avec internet et des débits croissants qui sont pratiquement multipliés par 50 tous les dix ans dans les pays industrialisés ;

- une rupture culturelle avec de nouvelles pratiques et surtout le phénomène de délinéarisation où chacun reprend le contrôle de sa programmation. Le modèle d'une distribution de programmes linéaire et verticale du haut vers le bas, du diffuseur aux millions de récepteurs est mis à mal. On passe du concept de *mass media* à celui de *self media* ;

¹ Théoricien de la communication canadien, notamment auteur de *La galaxie Gutemberg*, 1962.

- enfin, une rupture économique avec l'arrivée de nouveaux acteurs, la démultiplication de l'offre et au bout du compte une modification de la chaîne de valeurs.

Cette révolution numérique est telle qu'elle menace les équilibres économiques fragiles de nos industries culturelles et peut-être même le droit d'auteur qui est une invention française de la fin du XVIII^{ème} siècle.

B. LA DÉMATÉRIALISATION : UNE NOUVEAUTÉ RADICALE AU CŒUR DE L'ÉCOSYSTÈME INTERNET

1. Une innovation perturbatrice : la dématérialisation

La numérisation des produits culturels remet en cause fondamentalement l'économie des contenus en dématérialisant totalement le bien consommé.

Le numérique permet des reproductions sans perte de qualité et distribuables à des coûts marginaux très faibles, grâce au réseau internet qui assure le transport de fichiers à coût quasi nul sous un protocole commun (dit IP). Ainsi, le détenteur d'une copie peut, sans coût ni perte de son bien, la disséminer sans limites sur le réseau mondial. Il devient par la suite très difficile d'exclure les utilisations illicites qui compromettent le financement de ces biens immatériels.

La généralisation de ce phénomène, dit de « passager clandestin » selon la théorie économique, repose essentiellement sur deux procédés techniques : d'une part, l'échange de fichiers par **réseau pair à pair** (« peer to peer » ou P2P), c'est-à-dire entre des postes individuels d'utilisateurs connectés à internet et permettant d'échanger leurs contenus multimédias ; d'autre part, et de plus en plus, le **partage de fichiers** hébergés sur des sites communautaires qui les mettent à disposition gratuitement. La filière musicale est prioritairement touchée mais, du fait de l'augmentation des débits disponibles sur les réseaux, les fichiers d'images et de vidéos sont de plus en plus concernés.

De fait, **les biens culturels deviennent des biens publics non rivaux**, selon la définition des économistes : des biens publics, au sens où on peut les consommer à plusieurs, et non rivaux, dans la mesure où l'on ne doit craindre aucune saturation, la consommation des uns n'en privant pas les autres. Une fois créé, un bien culturel immatériel peut donc être consommé par autant de consommateurs qu'il s'en présentera, sans coût additionnel. **Les principes de tarification de ces biens s'en trouvent bouleversés.**

2. Une explosion du « peer to peer » qui bouscule le modèle économique de l'industrie culturelle

Le marché de la musique a connu une baisse de 50 % des ventes de disques sur les cinq dernières années tandis que, parallèlement, le nombre d'abonnés au haut débit connaissait pratiquement une multiplication par dix (de 1,7 millions d'abonnés au haut débit en 2002 à presque 17 millions aujourd'hui), le P2P étant l'un des arguments essentiels qui ont pu convaincre les abonnés de passer du bas au haut débit.

Cette observation a rendu possible la corrélation entre l'effondrement du marché du disque et l'explosion du P2P ; pourtant, **la responsabilité de la « concurrence gratuite » des échanges de fichiers par P2P dans cette baisse des ventes n'est sans doute pas exclusive.** En effet, diverses causes contribuent à expliquer ce phénomène : au premier rang d'entre elles, on peut citer la désaffection du public pour le support CD, liée à la fin du rééquipement des ménages pour remplacer les vinyles, à l'arrivée de nouvelles technologies et de nouveaux supports multimédias (baladeurs numériques MP3, téléphones mobiles...) correspondant à une aspiration grandissante à la mobilité et à l'arbitrage budgétaire des ménages au profit des matériels d'équipement de nouvelle technologie.

Lors des auditions de votre rapporteur pour avis, un certain nombre de représentants des ayants-droits ont émis l'hypothèse que le téléchargement illégal ne pouvait être tenu pour seul responsable de l'effondrement du marché du CD. *« Les multiples études économiques sur le « taux de substitution » entre la vente de CD et les échanges de contenus en P2P sont peu satisfaisantes et parviennent à des conclusions contradictoires sur l'ampleur des pertes subies »* : le rapport adopté en décembre 2005 par le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique (CSPLA) en convient lui-même.

Sans entrer dans ce débat, **votre commission pour avis estime qu'il est nécessaire de lutter contre le piratage tout en encourageant une logique de l'innovation et de la création de nouveaux modèles économiques qui sont les seuls à garantir l'avenir de nos industries culturelles.**

C. LA GRATUITÉ, EXPRESSION D'UN DÉPLACEMENT DE LA VALEUR ?

Comme nous l'avons expliqué plus haut, la dématérialisation qui permet de donner un bien numérisé sans limite et surtout sans craindre de le perdre pour soi-même annule les coûts marginaux de reproduction, de packaging ou de distribution. Cette propriété particulière perturbe gravement les équilibres économiques habituels dans la mesure où le coût marginal sur internet tend vers zéro. Cette réalité annonce une sorte de gratuité. Cette dernière a une triple caractéristique : elle se généralise, elle n'est pas si nouvelle et, enfin, il s'agit d'une gratuité de façade.

1. La publicité se généralise

La gratuité sur internet se généralise certes en dehors du champ légal avec le piratage, et cela n'est pas acceptable, mais elle se généralise aussi dans le cadre économique et légal avec des offres illimitées financées par de la publicité par le paiement d'un accès forfaitaire. Le forfait est en réalité un prix fini pour un usage quasiment infini. Ces différentes formules sont en train de gagner tous les secteurs de l'industrie culturelle :

- dans la musique : toutes les majors¹ ont signé avec des plates formes de téléchargement légal des accords où elles mettent à disposition leur catalogue contre un pourcentage sur le chiffre d'affaires de la publicité. De même, Universal s'est associé à Nokia pour mettre à disposition de tout acheteur d'un téléphone mobile de cet équipementier ses titres pour une durée limitée ;

- dans le cinéma, on retrouve aussi ces mêmes formules : Filmo-TV est la dernière initiative lancée par un distributeur français qui fonctionne sur le système du forfait et, aux Etats-Unis, un site comme HULU est la réponse des grands studios à Google. Il permet de visionner un film ou une série gratuitement à la condition d'accepter en contrepartie trente secondes de publicité ;

- dans la presse, depuis un an, le New York Times permet d'accéder à ses informations et ses archives sans payer, là encore grâce à la publicité.

On voit bien que, progressivement, tous les acteurs de la chaîne de valeur entrent en concurrence sur un modèle fondé sur l'audience pour capter la publicité. Déjà Google réalise 99 % de son chiffre d'affaires avec la publicité.

Toutefois, une difficulté persiste puisque le modèle émergent ne suffit pas pour l'instant à compenser les pertes de valeur du système traditionnel. En effet, la monétisation de la publicité pose encore problème et cette gratuité ne suffit pas pour le moment à rémunérer convenablement les auteurs.

A moyen terme ; il ne fait pas de doute que la viabilité de ce modèle s'imposera. Déjà internet est devenu le troisième support publicitaire en France devant l'affichage et la radio et pour le moment, derrière la presse et la télévision. Mais avec des taux de croissance d'environ 25 % annuels en ce domaine, les évolutions sont extrêmement rapides.

¹ Maisons de disque détenant ensemble une part majoritaire du marché de la musique, comme Universal Music, EMI...

2. Cette gratuité n'est pas si nouvelle

De fait, le concept de gratuité a accompagné très largement l'essor du secteur des télécommunications. Dans son livre récent, *Le village numérique*¹, M. Didier LOMBARD, Président de France Télécom, rappelle qu'au départ, le téléphone fixe et le minitel étaient donnés gratuitement. L'invention de la radio avec le système de licence légale qui permet d'écouter des œuvres musicales gratuitement en contrepartie de la publicité annonçait déjà ce modèle.

3. Cette gratuité n'est qu'une gratuité faciale

Bien entendu, ce que l'un ne paie pas sur internet, d'autres le paient puisque le coût de la publicité est répercuté sur les biens de consommation. Finalement, c'est bien l'économie réelle qui finance l'économie virtuelle. Cette gratuité n'est donc pas annonciatrice d'un monde idéal débarrassé de toute préoccupation d'argent ou de profit.

Au terme de cet éclairage économique, deux remarques s'imposent :

- premièrement, il est impossible de se résoudre à la fatalité du piratage qui est une atteinte massive au droit de la propriété intellectuelle ;

- mais penser que la lutte contre le piratage suffira à régler l'ensemble des problèmes est une illusion. La seule logique défensive risque d'échouer. Dans l'histoire économique, toutes les grandes innovations ont contribué à redistribuer les cartes. C'est aussi dans ce sens qu'il faut poursuivre l'effort en encourageant les nouveaux modèles qui sont en train d'émerger.

II. UN PROJET DE LOI QUI APPORTE UNE RÉPONSE PARTIELLE

Face aux bouleversements induits par le numérique, le présent projet de loi apporte une réponse, en réaffirmant la règle d'une nécessaire rémunération des titulaires de droits, mais une réponse partielle, dans la mesure où celle-ci ne résoudra pas toutes les difficultés de la filière culturelle et où elle méconnaît la nécessité d'adapter les modes de régulation au réseau internet.

A. LA NÉCESSITÉ DE NE PAS LAISSER LE PIRATAGE SE DÉVELOPPER EN TOUTE IMPUNITÉ

Les accords de l'Elysée signés le 23 novembre 2007 par les ayant-droits et les fournisseurs d'accès ont permis de mettre au jour un

¹ Ed. Odile Jacob, 2008.

consensus autour de la nécessité d'assurer le respect de la propriété intellectuelle sur les réseaux de communications électroniques. Il est assurément nécessaire de menacer de sanctions le consommateur qui ignorerait le droit d'auteur, de manière à **rappeler symboliquement l'interdit que constitue la violation du droit de propriété.**

C'est l'objet du présent texte, qui, sur ce fondement, organise une **riposte graduée** en trois temps reposant sur une nouvelle obligation, pour l'abonné, de veiller à ce que son accès internet ne soit pas utilisé d'une manière qui porte atteinte aux droits d'auteur :

- en cas d'utilisation illicite de l'accès internet, la Haute autorité de diffusion des œuvres et de protection des droits sur internet (HADOPI) envoie à l'abonné, par le biais de son fournisseur d'accès à internet, une recommandation par voie électronique ;

- en cas de « récidive » dans les six mois, l'HADOPI envoie une seconde recommandation par voie électronique, assortie d'une lettre recommandée ;

- enfin, si l'abonné « pirate » à nouveau dans l'année qui suit la réception de la seconde recommandation, l'HADOPI peut le sanctionner, soit en suspendant son accès à internet pour trois mois à un an, soit en lui enjoignant de prendre des mesures de nature à prévenir un nouvel écart.

Afin de rendre opérationnel ce dispositif de riposte graduée, le texte autorise l'HADOPI à mettre en œuvre un traitement de données à caractère personnel : pour ce faire, la Haute autorité bénéficie d'une exception (jusque là réservée aux procédures relatives aux infractions pénales) au principe d'effacement et d'anonymisation des données de connexion ; elle est aussi habilitée à établir un répertoire national des personnes dont elle aura suspendu l'accès internet, afin que tout fournisseur d'accès internet vérifie dans ce répertoire qu'un abonné, sollicitant auprès de lui un contrat d'accès internet, n'y figure pas.

Le texte prévoit aussi d'exonérer l'abonné de sa responsabilité dans trois cas : s'il a mis en œuvre les moyens de sécurisation de son accès définis par l'HADOPI, si l'atteinte au droit d'auteur commise à partir de son accès résulte d'une utilisation frauduleuse de cet accès par un tiers, ou enfin en cas de force majeure.

Le texte conserve toutefois entre les mains du juge le pouvoir d'ordonner la suspension des contenus illicites mais lui ouvre aussi la possibilité d'enjoindre au « filtrage » et à la « restriction de l'accès » à de tels contenus.

Parallèlement à ce dispositif défensif qui tend à préserver les modèles économiques en place, sans doute conviendrait-il d'accompagner l'émergence de solutions économiques rationnelles et de **s'interroger sur l'impact du numérique sur le droit d'auteur : au-delà du strict respect des droits, l'enjeu n'est-il pas surtout de trouver les moyens d'assurer, dans le monde**

numérique, le financement des investissements nécessaires à la création de contenus culturels ?

De ce point de vue, le présent projet de loi ignore plusieurs questions pourtant intimement liées à son objet : faut-il adapter le périmètre de l'exception de copie privée, autorisée depuis 1985 ? Le caractère licite de la source conditionne-t-il le bénéfice de cette exception ?

B. MAIS LA RIPOSTE GRADUÉE NE SUFFIRA PAS À RÉSOUDRE LES DIFFICULTÉS DE LA FILIÈRE CULTURELLE

Mettant de côté différents questionnements que la révolution numérique ne peut manquer de soulever, ce projet de loi ne pourra évidemment pas résoudre toutes les difficultés de la filière culturelle.

De toute façon, par nature, une loi risque toujours d'être décalée par rapport aux évolutions. D'ailleurs, ce texte destiné à réprimer le piratage intervient alors que les chiffres récents attestent d'une **décrûe du téléchargement illégal** ces derniers mois en France, sans doute du fait de la maturité croissante de l'offre légale¹ : ainsi, le chiffre d'affaires du téléchargement légal progresse de 70 % au premier semestre 2008².

Surtout, le projet de loi présente des **limites intrinsèques**, puisqu'il se repose sur la collecte d'adresses IP sur les réseaux P2P comme source unique de relevé d'infractions. Selon le Conseil général des technologies de l'information (CGTI), près de deux tiers des téléchargements utilisent les logiciels de P2P et sont clairement ciblés par le présent texte. *De facto*, **échappent** donc au relevé le « **streaming** », technique qui permet la lecture d'un flux audio ou vidéo continu, à mesure qu'il est diffusé, les « **newsgroups** », qui sont des groupes de discussion informels entre personnes connectées, sous la forme de contributions personnelles (pouvant prendre la forme de fichiers) accessibles en lecture par tous, **ainsi que les échanges par courriels** et par messageries instantanées³.

Mais c'est également en raison des développements technologiques susceptibles de permettre de **contourner le système** que l'efficacité du projet de loi rencontre des limites. Comme le souligne le CGTI, organe gouvernemental d'expertise consulté par le Ministre chargé de la culture, la généralisation rapide, chez les internautes, d'un recours à **l'anonymisation des échanges** et au **cryptage des contenus** rendrait inopérante l'observation

¹ Selon le baromètre annuel sur les nouvelles technologies BVA- The Phone House- BFM- La Tribune, cité dans Libération du 2 octobre 2008, 18 % des internautes français piratent les œuvres protégées, soit 5 points de moins qu'il y a un an.

² Selon l'Observatoire de la musique, le chiffre d'affaires du téléchargement légal atteint 30,2 millions d'euros mi-2008, à rapporter néanmoins au chiffre d'affaires global de l'industrie du disque : 484,8 millions d'euros.

³ Ou par d'autres moyens, notamment permis par des protocoles exotiques.

externe des réseaux P2P pour le repérage des flux illicites et des adresses IP d'où ils émanent ou qui en sont les destinataires¹. De même, pour échapper aux sanctions, il est possible d'utiliser le **téléchargement P2P via des adresses situées hors de France**. Le projet de loi ne sanctionnera donc que le P2P non crypté et domicilié en France.

Enfin, le projet de loi ne prend pas en compte **l'évolution des modes de connexion à internet, qu'il s'agisse du nomadisme ou de la mobilité** (internet mobile via carte 3G, équipements Wi-Fi des PC ou des consoles mobiles...). Le CGTI estime ainsi à 16 millions le nombre d'accès internet ne relevant pas d'un raccordement fixe à domicile. D'ici trois à cinq ans, la **multiplication des « hotspots »** -points d'accès à internet sans fil- gratuits offrira aux utilisateurs (20 millions selon les estimations du CGTI) l'opportunité de télécharger facilement sans être identifiables. De même, les utilisateurs pourraient avoir de plus en plus recours à la **capture des flux de « streaming »**, permettant ainsi de patrimonialiser les contenus, à l'instar du téléchargement.

Il apparaît donc que **le champ du piratage déborde celui ciblé par le présent texte**.

C. UNE QUESTION QUI RESTE SANS RÉPONSE : QUEL MODE DE RÉGULATION POUR INTERNET ?

Le projet de loi soumis au Sénat, pour atteindre un objectif précis - donner un coup d'arrêt au « piratage » massif d'œuvres culturelles sur internet -, prévoit la création d'une autorité administrative indépendante, chargée de prévenir et de sanctionner le piratage.

La création d'une telle autorité ne peut manquer de susciter des interrogations chez votre rapporteur pour avis, également auteur d'un rapport en 2007 sur la régulation à l'ère numérique². Ce rapport mettait l'accent sur le **caractère évolutif, trans-national et multi-acteurs de l'internet** et sur la **difficulté qu'il y aurait à vouloir réguler l'internet selon des modalités régaliennes traditionnelles**, reposant classiquement sur le centralisme administratif français. Il faisait aussi valoir la complexité et la diversité des enjeux du monde numérique, qui concernent aussi bien la création culturelle que la protection de l'enfance, par exemple, et qui impliquent la responsabilité conjointe de la puissance publique, des acteurs économiques et des utilisateurs.

¹ Comme a pu le constater votre rapporteur pour avis, il est à la portée de tout internaute de procéder à la dissimulation d'adresses ou de contenus. D'ailleurs, les versions les plus récentes de logiciels P2P offrent de telles possibilités, par une simple case à cocher.

² Rapport du Sénat n°350 2006-2007 « Dix ans après, la régulation à l'ère numérique » de M. Bruno Retailleau, au nom de la commission des affaires économiques.

Il y a déjà dix ans, **le Conseil d'Etat lui-même, dans son rapport sur « Internet et les réseaux numériques », jugeait difficile de mettre en place une structure publique pour réguler les contenus illégaux sur les réseaux**¹. Notamment, la perspective d'une nouvelle autorité indépendante compétente pour les services internet lui paraissait devoir être écartée : « *la logique d'une telle institution est, en effet, en général de constituer un garant de l'application d'une réglementation, indépendant de l'Etat, lui-même acteur. Telle n'est pas la situation pour l'internet qui ne fait pas l'objet d'une réglementation spécifique pour laquelle l'Etat risquerait d'être juge et partie.* »

En outre, votre rapporteur pour avis relève que répondre à chaque question nouvelle posée par le monde numérique par la création d'une autorité revient à fragmenter la régulation de l'internet et à brouiller, aux yeux des internautes, l'identification des règles et de l'autorité chargée de les sanctionner. On observera en outre que, sur l'internet, des sujets au moins aussi importants que la propriété littéraire et artistique, qui ressort d'ailleurs d'intérêts privés, mettent en jeu l'ordre et la sécurité publique (pédopornographie, incitation à la haine raciale) et appellent *a fortiori* une forme de régulation.

La réflexion sur un mode de gouvernance innovant et adapté au monde numérique n'est pas ouverte par ce projet de loi.

On pourrait ainsi imaginer créer une sorte d'agence du monde numérique capable de rassembler des compétences et de définir, par un dialogue entre toutes les parties prenantes - pouvoirs publics, entreprises et société civile -, un cadre d'usages qui s'applique à tous les contenus et services interactifs. Une **concertation multi-acteurs** permet en effet d'élaborer une norme pertinente, adossée à une réalité concrète et assure également la responsabilisation des acteurs autour d'objectifs communs. Pour être efficace, cette démarche de concertation devrait être mise en oeuvre dans un lieu neutre, indépendant des pouvoirs publics : ce lieu ne doit pas se comprendre comme un « régulateur » centralisé des contenus et usages numériques, le régulateur naturel de l'internet restant le juge². Votre commission pour avis **espère que c'est dans cet esprit que sera conçu le Conseil national du numérique**, dont M. Eric Besson, secrétaire d'Etat chargé de la prospective, de l'évaluation des politiques publiques et du développement de l'économie numérique, vient d'annoncer³ la prochaine mise en place au 1^{er} janvier 2009.

En tout état de cause, votre commission pour avis se félicite que la Haute autorité pour la diffusion et la protection des droits sur internet ne vienne pas s'ajouter mais se substituer à l'Autorité de régulation des mesures

¹ Etude du Conseil d'Etat « Internet et les réseaux numériques » adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat le 2 juillet 1998, p.211 sq.

² Ibid., p. 125.

³ Le 20 octobre 2008.

techniques, créée en 2006 pour veiller à l'interopérabilité des mesures techniques de protection et à ce que l'implantation de ces mesures ne remette pas en cause le bénéfice de l'exception pour copie privée.

III. LES PROPOSITIONS DE VOTRE COMMISSION POUR AVIS : GARANTIR UN LARGE ACCÈS AUX ŒUVRES SUR UN RÉSEAU OUVERT, TOUT EN ASSURANT LA RÉMUNÉRATION DES AYANT-DROITS

Convaincue de l'utilité d'une démarche pédagogique pour endiguer le téléchargement illégal d'œuvres protégées, votre commission pour avis propose plusieurs amendements pour améliorer ce projet de loi dans trois directions : miser aussi, pour dissuader le piratage, sur l'attractivité de l'offre légale, préserver le potentiel d'internet en France, gisement de croissance pour notre pays, et mieux articuler la protection des droits de propriété intellectuelle et celle de la vie privée.

A. DISSUADER AUSSI LE PIRATAGE GRÂCE À UNE OFFRE LÉGALE ATTRACTIVE

Les conclusions de la mission conduite par M. Denis Olivennes reposaient sur **deux piliers destinés à endiguer le piratage : d'une part, rendre plus attractive l'offre légale en ligne et, d'autre part, mettre en œuvre un dispositif gradué** d'avertissement et de sanction à l'égard des contrevenants.

Le premier pilier n'est pas abordé par le projet de loi et il est, de ce fait, essentiel de rééquilibrer ce dernier. Certaines des mesures envisagées ne sont effectivement pas d'ordre législatif, les unes parce qu'elles relèvent de l'échelon communautaire, comme la généralisation du taux réduit de TVA sur tous les produits et services culturels, les autres parce qu'elles relèvent de l'initiative privée. Ainsi, seuls les titulaires de droits sont-ils à même de différencier l'offre légale de l'offre illégale gratuite, en enrichissant la première : on peut ainsi assortir la vente en ligne d'un titre musical de l'accès à la jaquette de l'album ou d'autres bonus.

Tout en soutenant la position de la commission des affaires culturelles qui plaide pour que l'HADOPI encourage le développement de l'offre légale, il reste possible d'inscrire dans le texte des signaux en ce sens. Votre commission pour avis propose donc de :

- subordonner les aides à la production du Centre national de la cinématographie à l'engagement que le film soit rendu disponible en vidéo à la demande (« video on demand » ou VOD);

- obliger la négociation interprofessionnelle, destinée à rendre les films disponibles en ligne plus tôt, à aboutir dans un délai limite : il s'agit de prévoir l'abrogation du « taquet légal » de six mois (un film ne peut sortir en DVD avant qu'un délai de six mois ne se soit écoulé depuis sa sortie en salle) et ce dès l'entrée en vigueur du présent texte;

- exiger une transparence à l'égard du consommateur concernant les caractéristiques essentielles de l'utilisation d'une œuvre numérique (nombre de copies autorisées, support sur lequel l'œuvre peut être lue): cette transparence éclairera le consommateur dans ses choix et pourrait avoir des effets vertueux, la concurrence conduisant l'offre numérique à délaisser les verrous des mesures techniques de protection et à faire valoir l'interopérabilité comme argument de vente. Cette information peut aussi être vue comme la contrepartie naturelle de la nouvelle obligation de surveillance de l'accès internet imposée à chaque abonné ;

- sanctionner plus fortement le piratage quand il concerne une œuvre par ailleurs disponible en offre légale, afin d'inciter les titulaires de droits à développer cette offre.

B. RESPECTER L'ESSENCE DE L'INTERNET, NEUTRE ET OUVERT, POUR PRÉSERVER CE GISEMENT DE CROISSANCE POUR LA FRANCE

Le réseau internet représente une rupture par rapport à tous les autres réseaux puisque son protocole a permis, dès l'origine, de produire et distribuer des contenus, et même de créer de nouveaux services, sans demander d'autorisation préalable. C'est ce qui a fait son succès et l'a conduit à devenir un outil d'échange entre tous (et demain entre les objets et non seulement entre les personnes) et un levier de croissance pour l'ensemble des économies. Grâce à cette architecture spécifique, les contenus générés par les utilisateurs sont en passe de devenir l'une des richesses essentielles du réseau.

Internet s'est donc construit autour de l'échange libre et gratuit, du fait de la séparation entre les infrastructures et les contenus mis à disposition des utilisateurs. Cette séparation est souvent désignée comme le principe de neutralité, et ce principe doit être sauvegardé pour éviter la prise de contrôle d'internet par un Etat, ou par des entités privées.

Or cette **neutralité d'internet**, véhicule de transport sans autorité sur les contenus, pourrait se trouver menacée par une généralisation prématurée du filtrage des réseaux. Le texte du projet de loi ne le prévoit pas mais la mention, à l'article 5, du mot « filtrage », jusque là absent de notre droit, pourrait être lourde de conséquences en raison de son caractère intrusif, de la difficulté et du coût de sa mise en œuvre, et enfin de son efficacité très discutable. C'est pourquoi votre commission pour avis propose de supprimer ce terme et de revenir aux pouvoirs du juge tels que définis dans la loi pour la confiance dans l'économie numérique et qui reposent sur une cascade de

responsabilités : de l'éditeur d'abord, de l'hébergeur ensuite, et enfin, à défaut, du fournisseur d'accès à internet.

Découlant également du principe de neutralité de l'internet, deux amendements sont proposés par votre commission pour avis qui sont destinés à bien marquer que les fournisseurs d'accès internet (FAI) ne doivent pas, dans le mécanisme mis en place par le projet de loi, endosser des responsabilités qui ne sont pas les leurs : l'un prévoit d'explicitier que c'est bien auprès de l'HADOPI que les internautes pourront exercer leur droit d'accès aux données personnelles les concernant, l'autre prévoit de compenser financièrement le concours apporté par les FAI à l'HADOPI, conformément à la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

Dans le même souci de préserver le caractère ouvert et collaboratif du réseau, votre commission pour avis propose un amendement confiant à l'HADOPI le soin de veiller à garantir le bénéfice des exceptions au droit d'auteur (dont la copie privée) : cette garantie peut permettre d'accompagner le développement des contenus générés par les utilisateurs en facilitant la diffusion légale des œuvres.

En protégeant la neutralité et l'ouverture d'internet, votre commission pour avis marque son souci de ne pas tarir le gisement de croissance dont internet est porteur et, surtout, de ne pas le tarir en France, ce qui disqualifierait notre pays par rapport au reste du monde.

C. MIEUX ARTICULER LA PROTECTION DES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET CELLE DE LA VIE PRIVÉE

Enfin, votre commission pour avis, dans un esprit d'équilibre et de proportionnalité, cherche à mieux articuler la protection légitime des droits de propriété littéraire et artistique et la protection, tout aussi légitime, de la vie privée des internautes.

Plusieurs amendements qu'elle propose visent ainsi à **améliorer les droits de la défense dans la procédure initiée par l'HADOPI** à l'encontre d'un abonné. Ils tendent à :

- exiger que l'HADOPI vérifie, avant de les sanctionner, que les faits constituent effectivement un manquement à l'obligation de surveillance

- lui imposer de motiver ses recommandations et d'informer l'abonné de la sanction qui lui est infligée, des voies et délais de recours, de son inscription à un fichier et de l'impossibilité de s'abonner chez un autre FAI ;

- garantir le caractère gradué de la riposte ;

- assurer au citoyen le droit de contester les recommandations de l'HADOPI ;

- rendre suspensif le recours contre la sanction et attendre la forclusion des délais de recours avant l'application de la sanction ;

- permettre à chacun de savoir s'il est dans le répertoire des abonnés suspendus ;

- et prévoir que les FAI peuvent seulement interroger le fichier et non y accéder entièrement.

Un contrôle parlementaire sur l'HADOPI, nouvelle autorité administrative indépendante, est également proposé, sous la forme d'une consultation du Parlement sur la nomination du président de la Haute autorité.

Un autre amendement a pour objet de **mieux caractériser les moyens de sécurisation de l'accès** permettant à l'abonné de s'exonérer de sa responsabilité. Il est en effet important d'encadrer cette clause d'exonération de responsabilité, qui sera concrètement la plus aisée à invoquer pour un abonné et qui repose aujourd'hui entre les seules mains de l'HADOPI. Il est donc proposé une procédure pour l'évaluation et la labellisation de ces moyens de sécurisation par l'HADOPI. Concernant le deuxième **cas d'exonération de responsabilité**, l'accès frauduleux par une personne, il est proposé de ne plus exiger de démontrer l'intention malveillante de cette dernière, sa seule intrusion dans l'accès internet de l'abonné étant déjà difficile à prouver. Enfin, il est proposé d'exonérer les personnes morales de leur obligation de surveillance de leur accès internet, du fait des conséquences disproportionnées qu'une coupure pourrait entraîner et en raison de la difficulté pour elles de surveiller leurs employés ou administrés, notamment quand elles ont déployé un réseau Wi-Fi ouvert.

Surtout, **votre commission pour avis propose de remplacer la coupure d'accès par une amende, comme sanction ultime de la riposte graduée** : en effet, la suspension de l'abonnement internet fait courir un risque d'inconstitutionnalité au texte dans la mesure où elle ne sera pas applicable partout de la même manière. Certains, en zones non dégroupées, pourraient ainsi se trouver privés de téléphone du fait de la coupure d'internet. De surcroît, la substitution d'une amende à la coupure permet d'éviter la création d'un fichier des internautes suspendus (interdits de réabonnement), ce qui constitue un progrès évident en termes de protection des libertés publiques.

Le système d'amende administrative a le mérite de s'appliquer sans discrimination, de conserver à nos concitoyens l'accès à la « commodité essentielle » que constitue le haut débit, et semble plus adapté pour répondre au préjudice économique que représente le piratage.

Votre commission pour avis prévoit enfin que l'amende puisse être majorée lorsque l'œuvre piratée est par ailleurs disponible en offre légale. Ceci rejoint son souci d'articuler répression et incitation au développement de l'offre légale. Enfin, cette amende serait rétrocédée aux auteurs et artistes-interprètes que le piratage aurait lésés.

EXAMEN DES ARTICLES

CHAPITRE I^{ER}

Dispositions modifiant le code de la propriété intellectuelle

Article 2

Organisation et missions de la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet

Le droit en vigueur

Cet article complète le chapitre Ier (« Dispositions générales ») du titre III (qui concerne les « Procédures et sanctions ») du livre III (intitulé « Dispositions générales relatives au droit d'auteur, aux droits voisins et droits des producteurs de bases de données ») de la première partie du code de la propriété intellectuelle (consacrée à la propriété littéraire et artistique) par une section 3, dédiée à la « Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet », nouvelle dénomination de l'Autorité de régulation des mesures techniques.

Section 3- Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet

Cette section comporte les articles L. 331-12 à L. 331-36 du code de la propriété intellectuelle. Votre commission pour avis a focalisé son attention sur les principaux articles ainsi créés, relatifs aux missions de la Haute autorité, à sa composition, et aux pouvoirs qui lui sont confiés, notamment en termes de sanctions et de traitement des données personnelles : articles L. 331-13, L. 331-15, L. 331-24 à L. 331-34.

Sous-section 1- Compétences, composition et organisation

Article L. 331-13

Le texte du projet de loi

L'article L. 331-13 détaille les trois missions de la nouvelle autorité administrative indépendante instituée à l'article précédent : la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet:

- la protection des œuvres auxquelles est attachée un droit d'auteur ou un droit voisin, à l'égard des atteintes à ces droits commises sur les nouveaux réseaux de communication ;

- l'observation de l'offre légale et de l'utilisation illicite des œuvres sur ces réseaux ;

- la régulation dans les domaines des mesures techniques de protection (MTP) et d'identification des œuvres.

La position de votre commission

Dans l'esprit des conclusions de la mission conduite par M. Denis Olivennes, votre commission pour avis estime que le projet de loi doit être rééquilibré afin de dissuader le recours au téléchargement illégal, non seulement par la répression, mais aussi grâce au développement de l'offre légale. C'est pourquoi il juge indispensable de renforcer la mission confiée à l'HADOPI en ce domaine et se félicite de l'amendement n°5 de la commission des affaires culturelles, qui substitue à une simple mission d'observation de l'offre légale une mission d'encouragement au développement de cette offre.

Elle vous propose toutefois un **sous-amendement** à cet amendement n° 5 dont l'objet est de compléter cette mission confiée à l'HADOPI d'encourager l'offre légale en l'invitant à veiller également à ce que soit garanti le bénéfice des exceptions au droit d'auteur et aux droits voisins: ceci pourrait favoriser une utilisation innovante des œuvres et accompagner la montée en puissance des contenus générés par les utilisateurs.

En outre, elle considère que la mission de l'HADOPI définie à l'article L.331-13, s'agissant de la protection des œuvres, ne saurait excéder son objet. Ce sous-amendement vise donc à resserrer la mission de l'HADOPI en la calant sur l'unique fondement de son action: l'obligation, pour un abonné à internet, de veiller à ce que son accès internet ne soit pas utilisé d'une manière portant atteinte aux droits d'auteur (obligation créée à l'article L. 336-3). La mission de protection des œuvres qui incombe à l'HADOPI ne concerne pas toutes les atteintes au droit d'auteur commises sur les réseaux de communications électroniques, mais exclusivement les atteintes à ces droits commises par les titulaires d'accès internet.

Enfin, dans le domaine des mesures techniques de protection, votre commission pour avis note le glissement opéré par rapport à la mission de l'Autorité de régulation des mesures techniques (ARMT), à qui l'article L. 331-17 actuellement en vigueur (issu de la loi DADVSI de 2006) confie une mission de « veille » en ce domaine : ici, le projet de loi préfère parler d'une mission de régulation, ce glissement sémantique n'étant pas neutre aux yeux de votre commission, soucieuse de ne pas hypothéquer la réflexion que notre pays doit mener sur le mode de régulation adapté à l'internet¹. Ce sous-

¹ Sur ce point, cf. le point C du II de l'exposé général du présent rapport.

amendement propose donc aussi de revenir, concernant la mission de l'HADOPI dans le domaine des mesures techniques de protection, aux termes retenus par la loi DADVSI de 2006 pour qualifier la mission de l'autorité que l'HADOPI vient remplacer.

Article L. 331-15

Le texte du projet de loi

Cet article précise la composition du collège de la Haute Autorité, qui devrait comprendre neuf membres puisque le texte prévoit d'ajouter aux cinq membres actuels du collège de l'ARMT (un conseiller d'Etat désigné par le vice-président du Conseil d'Etat, un conseiller à la Cour de cassation désigné par le premier président de la Cour de cassation, un conseiller maître à la Cour des comptes désigné par le premier président de la Cour des comptes, un membre désigné par le président de l'Académie des technologies, un membre du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique désigné par son président) quatre personnalités qualifiées, désignées sur proposition conjointe des ministres chargés des communications électroniques, de la consommation et de la culture.

Le Président de la Haute autorité sera nommé parmi les trois membres du collège qui sont magistrats ou chargés de fonctions juridictionnelles et pour six ans. Le mandat des huit autres membres sera d'une durée de trois ans pour la moitié d'entre eux, de six ans pour l'autre, ce qui assure la permanence de l'institution. Ce mandat n'est ni révocable, ni renouvelable sauf s'il n'a pas excédé deux ans.

La position de votre commission

Afin d'assurer la représentativité du collège de l'HADOPI, votre commission pour avis propose un **amendement** afin de confier à chaque ministère concerné (communications électroniques, consommation, culture mais aussi recherche et enseignement supérieur) le soin de proposer une personnalité qualifiée, au lieu de prévoir une proposition conjointe de ces ministères pour la nomination des quatre personnalités qualifiées.

En outre, elle propose un **amendement** visant à prévoir, pour la nomination du président de l'HADOPI, la consultation des commissions permanentes du Parlement compétentes, à savoir celles chargées de la culture et celles chargées des communications électroniques.

Cet amendement reprend ainsi l'esprit de la révision opérée cet été de l'article 13 de la Constitution (par la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008), qui n'entrera en vigueur que dans les conditions fixées par la loi organique nécessaire à son application, et qui prévoit que, pour certains emplois, « *le pouvoir de nomination du Président de la République s'exerce*

après avis public de la commission permanente compétente de chaque assemblée. Le Président de la République ne peut procéder à une nomination lorsque l'addition des votes négatifs dans chaque commission représente au moins trois cinquièmes des suffrages exprimés au sein des deux commissions. »

Sous-section 2 - Mission de protection des œuvres et objets auxquels est attaché un droit d'auteur ou un droit voisin

Article L. 331-24

Le texte du projet de loi

C'est cet article qui fonde le processus de « riposte graduée ». Ce mécanisme de prévention et de sanction du piratage sera mis en œuvre par une commission, dite de protection des droits, indépendante du collègue de l'HADOPI, et exclusivement composée de magistrats. Les saisines qui lui seront adressées par les ayants-droits¹ ou par le Procureur de la République seront reçues et traitées par des agents publics, spécialement habilités à cet effet et astreints au secret professionnel.

La commission ne pourra être saisie de faits remontant à plus de six mois. Lorsqu'elle est saisie de faits susceptibles de constituer un manquement, la commission de protection des droits peut d'abord envoyer à l'abonné, par l'intermédiaire de son fournisseur d'accès, une « recommandation » par courrier électronique, lui rappelant l'obligation de surveillance de son accès internet (qui lui incombe au titre de l'article L. 336-3 dont la rédaction est proposée par l'article 6 du présent texte) et l'avertissant des sanctions qu'il encourt si son accès internet servait à nouveau à l'utilisation illicite d'œuvres protégées.

Ensuite, en cas de renouvellement dans les six mois, la commission peut assortir l'envoi électronique d'une nouvelle recommandation d'une lettre remise contre signature.

Enfin, l'article précise que l'internaute ne peut contester le bien-fondé de ces recommandations qu'à l'appui d'un recours dirigé contre une décision de sanction. En effet, le Gouvernement estimant que les recommandations, simples rappels à la loi, ne font pas grief par elles-mêmes et ne peuvent, à ce titre, faire l'objet d'un recours juridictionnel en propre.

¹ Précisément, par des agents assermentés désignés par les organismes de défense professionnelle, les sociétés de perception et de répartition des droits, le centre national de la cinématographie et les titulaires de droits exclusifs sur des œuvres protégées.

La position de votre commission

A cet article, votre commission pour avis propose **quatre amendements** :

- le premier vise à **sécuriser le déclenchement d'une procédure HADOPI** en l'asseyant non pas sur des « faits susceptibles de constituer un manquement » à l'obligation de sécurisation de l'accès internet, mais sur des faits qui constituent un tel manquement, et, mieux, dont l'HADOPI a vérifié qu'ils constituaient un tel manquement. En effet, afin d'éviter la sanction d'internautes innocents, l'HADOPI ne doit pas se contenter de présomptions de piratage: certains des outils utilisés par les sociétés mandatées par les ayant-droits pour effectuer des relevés se limitent à interroger les serveurs qui fournissent la liste des dernières adresses IP ayant partagé tel fichier piraté. Or des pirates peuvent glisser dans ces listes des adresses IP prises au hasard et détourner ainsi la sanction vers des internautes innocents; afin d'éviter ces « faux positifs », l'HADOPI doit vérifier systématiquement les faits en interrogeant chacune des adresses IP pour initier un téléchargement et constater ainsi que le suspect partage effectivement l'œuvre pour laquelle son adresse a été prélevée ;

- le deuxième tend à **imposer à la commission de protection des droits de fournir au destinataire d'une de ses recommandations la liste des œuvres ou objets qu'il lui est reproché d'avoir utilisés illicitement** en ligne. Il est en effet normal que la personne recevant une recommandation de la commission de protection des droits l'enjoignant à sécuriser son accès internet soit informée par la commission de protection des droits du fondement de l'infraction constatée ;

- le troisième a pour objet **mettre en œuvre une riposte effectivement graduée** en imposant à la commission de protection des droits, si elle décide d'envoyer une nouvelle recommandation à un internaute utilisant illicitement des œuvres, d'accompagner cet avertissement électronique d'une lettre recommandée ;

- le dernier doit permettre à l'abonné de **contester toute recommandation qu'il estime recevoir à tort** et à imposer à la commission de protection des droits de justifier son envoi.

Article L. 331-25

Le texte du projet de loi

Dans le cas où l'internaute « récidive » encore dans l'année suivant la réception d'une recommandation qu'elle lui a adressée, la commission peut prendre deux types de sanctions, « *en fonction de la gravité des manquements et de l'usage de l'accès* », selon les termes du projet de loi :

- suspendre l'accès à internet pour une durée de trois mois à un an et interdire parallèlement l'abonné de souscrire pendant cette période un autre contrat de même nature auprès de tout fournisseur ;

- enjoindre l'abonné de prendre des mesures « *de nature à prévenir le renouvellement du manquement* » et d'en rendre compte à l'HADOPI, le cas échéant sous astreinte. L'exposé des motifs du projet de loi indique que cette sanction serait plus adaptée en cas d'usage professionnel de l'accès internet de l'abonné. Le texte du projet de loi précise que cette mesure peut faire l'objet d'une publication aux frais de l'abonné.

Il est également prévu la possibilité d'intenter un recours contre ces décisions de sanction devant les juridictions judiciaires. Enfin, le texte renvoie à un décret en Conseil d'Etat le soin de fixer les conditions dans lesquelles ce recours est suspensif.

La position de votre commission

A nouveau, votre commission vous propose **quatre amendements** à cet article :

- l'un pour assurer le **caractère gradué de la riposte**: il impose donc à la commission de protection des droits de ne prendre une sanction qu'après l'envoi d'une recommandation assortie d'une lettre recommandée ;

- le deuxième amendement vise à **assurer l'information des personnes qui seraient sanctionnées par l'HADOPI**, notamment s'agissant du traitement de données personnelles les concernant. Il prévoit ainsi que la commission de protection des droits notifie à l'abonné la sanction prise à son encontre et l'informe des voies et délais de recours, et, lorsque la sanction consiste en la suspension de l'accès à internet, de son inscription au fichier et de l'impossibilité temporaire de souscrire pendant la période de suspension un autre contrat d'accès à internet auprès de tout opérateur;

- un autre amendement propose de **n'appliquer systématiquement la coupure d'accès, qu'à l'issue du recours éventuel** que l'abonné pourrait être amené à intenter, par exemple si sa connexion a été utilisée par un tiers et qu'il n'est pas l'auteur du téléchargement illicite qui lui est reproché. Il s'agit ici de prendre en compte les conséquences de la coupure sur l'abonné et sur le fournisseur d'accès.

En effet, il convient de garantir que l'abonné qui subit une suspension de son accès internet est bien coupable: si son innocence était avérée au terme du recours et que le recours n'était pas suspensif, il aurait déjà subi sa peine puisque la coupure de l'accès aurait déjà été opérée. Cette injustice doit absolument être évitée.

En outre, pour les fournisseurs d'accès à internet, il ne serait pas gérable de recevoir de l'HADOPI une injonction visant à suspendre l'accès internet de l'un de leurs abonnés puis de recevoir quelque temps après l'ordre

inverse si, à l'issue du recours, il apparaissait qu'en fait, l'abonné n'était pas coupable ;

- enfin, un dernier amendement, particulièrement important, vise à **substituer à la coupure de l'accès internet une amende administrative comme sanction ultime de la riposte graduée.**

Ce faisant, cet amendement sécurise juridiquement le dispositif de riposte graduée, qui pourrait, en l'état, faire l'objet d'une censure par le Conseil constitutionnel: en effet, l'architecture de réseau de certains fournisseurs d'accès ne permet pas de couper seulement le flux internet, en cas d'offre « triple play ». C'est notamment le cas en zones non dégroupées. Plus d'un million d'abonnés, s'ils étaient ainsi sanctionnés par l'HADOPI, se trouveraient privés de téléphone et de télévision sur IP, alors même que le service universel des communications électroniques exige de préserver l'accès aux services d'urgence par téléphone fixe. Le Conseil général des technologies de l'information, organe gouvernemental d'expertise, consulté sur ce point, confirme l'existence de cette difficulté dans un récent rapport remis au Gouvernement.

La sanction de coupure d'accès internet présente donc des « effets de bord » qui la rendront plus sévère pour certains de nos concitoyens, rompant ainsi le principe d'égalité devant la loi et exposant ce système de riposte graduée à une nouvelle censure par le Conseil constitutionnel après celle du dispositif de contravention pénale créé par la loi DADVSI en 2006. De ce point de vue, l'amende apporte une sécurité juridique en s'appliquant sans discrimination à tous les internautes. D'ailleurs, en frappant tous les téléchargements, effectués par logiciels de pair à pair ou par d'autres procédés techniques, elle ne contrevient pas à cette décision du Conseil constitutionnel de 2006, qui avait censuré la contravention, non pas du fait qu'elle était sanctionnée par une amende mais du fait qu'elle visait le téléchargement illégal par une technologie précise.

En outre, comment défendre la coupure d'accès internet quand le Président de la République qualifie le haut débit de « commodité essentielle » au même titre que l'eau ou l'électricité et que la France plaide à Bruxelles pour inclure l'accès internet à haut débit dans le service universel?

Enfin, puisque la démarche de riposte graduée se veut pédagogique, il est paradoxal de couper internet à des internautes que l'on souhaite inciter à télécharger légalement... De ce point de vue, la sanction financière paraît plus adaptée: à préjudice économique, réponse de même nature. La Chancellerie elle-même, dans une circulaire du 3 janvier 2007, relève que « *des peines de nature exclusivement pécuniaire apparaissent parfaitement adaptées et proportionnées à la répression du téléchargement illicite, qui est essentiellement motivé par un souci d'économie: éviter l'achat d'un CD ou d'un DVD.* »

Un argument majeur plaçant pour l'amende est aussi son caractère moins attentatoire aux libertés publiques: en effet, si l'on renonce à priver d'internet certains abonnés, il n'est plus besoin de les inscrire sur une liste noire que les fournisseurs d'accès devraient interroger afin que ces abonnés privés d'accès internet par l'HADOPI ne puissent pas souscrire un nouvel abonnement chez un autre fournisseur d'accès.

Concernant le montant de l'amende, sa fixation est renvoyée à un décret en Conseil d'Etat. Il devra être assez élevé pour rester dissuasif et assurer l'efficacité des deux premières étapes de la riposte graduée (courriel puis lettre recommandée). Dans le cas où la commission de protection des droits propose une transaction à l'abonné avant de le sanctionner, l'amende infligée pourra être deux fois moindre que celle prévue en cas de sanction.

L'amendement propose en outre de majorer le montant de cette amende quand l'internaute a téléchargé un fichier par ailleurs disponible en offre légale, c'est-à-dire quand il avait finalement le choix entre télécharger licitement ou illicitement. C'est aussi un moyen d'inciter les ayants-droits à développer l'offre légale.

Enfin, cet amendement propose que le montant des amendes recouvrées par l'HADOPI, qui pourrait être non négligeable vu la volumétrie de sanctions envisagée par la ministre de la culture¹, fasse l'objet d'une répartition équitable entre ayants-droits, l'HADOPI devant veiller à une juste rémunération des auteurs, compositeurs, et artistes interprètes.

Articles L. 331-26 et L. 331-27

Le texte du projet de loi

Le premier de ces articles permet à l'HADOPI de proposer à l'abonné, avant d'engager une procédure de sanction, une transaction, qui peut donner lieu à un écourtement de la durée de suspension de l'accès au service (pour un à trois mois) ou à une simple obligation de prendre des mesures de nature à éviter un nouveau manquement à l'obligation de sécurisation de l'accès internet.

Le second prévoit que, si l'abonné n'exécute pas la transaction, il retombe sous le régime des sanctions prévues à l'article L. 331-25.

La position de votre commission

Ces articles n'appellent pas d'observation de la part de votre commission pour avis.

¹ 1000 décisions de suspension par jour (ainsi que 3000 lettres recommandées et 10000 courriels par jour).

Article L. 331-28

Le texte du projet de loi

L'article prévoit que, si l'abonné est sanctionné par une suspension de son accès internet, il demeure redevable du paiement de l'abonnement à son fournisseur. S'il résilie son contrat, les frais de résiliation sont à sa charge.

Il est ensuite précisé que la suspension s'applique uniquement à « l'accès à des services de communication au public en ligne », c'est-à-dire non pas l'accès à l'ensemble des services de communications électroniques, mais seulement l'accès à internet, les services de messagerie étant exclus puisqu'ils relèvent de la correspondance privée.

L'objectif affiché par le Gouvernement est de permettre aux abonnés des offres « triple play » de conserver l'accès à la télévision et au téléphone en mode IP ainsi qu'à la messagerie électronique.

La position de votre commission

Le projet de loi évite de sanctionner le fournisseur d'accès internet (FAI) pour les fautes commises par son abonné : de ce fait, la coupure d'internet n'exonère pas ce dernier de payer son abonnement.

Toutefois, l'exposé des motifs du projet de loi précise que l'abonné demeure bien entendu libre de mettre fin à son abonnement, selon les modalités de résiliation prévues par son contrat.

Votre commission pour avis propose sur ce point un **amendement** pour, dans le cas où la suspension de l'accès internet serait prononcée par la commission de protection des droits, écarter alors l'application des dispositions générales prévues par le code de la consommation concernant les contrats de services de communications électroniques: en effet, la suspension constitue une modification contractuelle or, au titre de l'article L. 121-84 du code de la consommation, le fournisseur de services devrait normalement informer le consommateur de ce projet de modification au moins un mois avant son entrée en vigueur et lui indiquer qu'il peut, tant qu'il n'a pas expressément accepté les nouvelles conditions, résilier le contrat sans pénalité de résiliation et sans droit à dédommagement, jusque dans un délai de quatre mois après l'entrée en vigueur de la modification. Ces dispositions sont évidemment inapplicables en cas de suspension imposée par l'HADOPI à titre de sanction.

S'agissant de la coupure de l'accès aux services de communication au public en ligne, il semble que le vœu du Gouvernement ne puisse être exaucé : comme le reconnaît le CGTI lui-même, les modalités techniques envisageables pour la suspension ne permettent pas d'isoler les services de communication

au public en ligne des autres services présents sur Internet (services audiovisuels, messageries électroniques).

L'ARCEP confirme qu'en l'état actuel des architectures de réseaux des opérateurs, il est impossible d'assurer sur toutes les lignes une coupure de l'accès sans que d'autres services soient affectés, notamment en zones non dégroupées.

Pourquoi peut-il arriver que la coupure d'accès Internet d'un client affecte d'autres services ? Eléments de réponse techniques fournis par l'ARCEP

Il apparaît que pour certains types d'accès, les accès commercialisés en zones non dégroupées, les opérateurs n'ont pas la capacité technique de maintenir actifs certains services comme le service téléphonique, tout en supprimant ou en inhibant l'accès à Internet.

Contrairement aux zones dégroupées, où les opérateurs disposent de leurs propres équipements réseaux (notamment les DSLAM), les équipements actifs utilisés en zones non dégroupées sont ceux de France Télécom. Les opérateurs alternatifs n'y disposent donc pas nécessairement de la même capacité qu'en zones dégroupées de contrôler finement les différents trafics au sein de plusieurs circuits virtuels (VC) différenciés.

France Télécom propose néanmoins dans ces zones, dans le cadre de ses offres dites « bitstream » (offres de gros), des offres dites « bi-VC », c'est à dire des accès constitués de deux circuits virtuels, l'un spécifiquement dédié aux flux Internet (le VC dit « Best effort »), l'autre permettant d'acheminer la voix sur IP dans des conditions optimales de qualité (VC dit « premium »). Le recours à ces prestations de gros, permettant *a priori* la coupure du seul VC « best effort », donne en théorie aux opérateurs alternatifs la possibilité de couper l'accès Internet des abonnés concernés, tout en maintenant le service de voix sur IP.

Néanmoins, malgré l'écart de prix facial désormais extrêmement faible par rapport aux offres mono-VC (0,1€ de plus par abonné et par mois), les offres bi-VC n'ont jamais été souscrites par les opérateurs. Historiquement, leurs tarifs étaient très supérieurs et une migration forcée par les opérateurs de leurs abonnés en zones non dégroupées sur des accès bi-VC serait extrêmement coûteuse (duplication des équipements sur lesquels ils prennent livraison des offres « bitstream » de France Télécom) et complexe techniquement (interventions « physiques » pouvant engendrer des coupures et des désagréments pour le consommateur final). En outre, les opérateurs sont tout à fait en mesure d'assurer une qualité satisfaisante de la voix sur IP pour leurs accès mono-VC, simplement en dimensionnant correctement leurs réseaux.

Il apparaît ainsi que, dans certains cas, les opérateurs alternatifs ne peuvent suspendre l'accès à Internet d'un de leurs clients qu'en interrompant tous les flux en provenance et à destination de ces abonnés, y compris la voix sur IP.

Au 30 juin 2008, il y avait 2,2 millions d'accès résidentiels commercialisés par les opérateurs alternatifs en zones non dégroupées, dont 1,1 million en ADSL nu c'est-à-dire disposant du service de voix sur IP comme unique ligne téléphonique du foyer. La part d'accès en ADSL nu au sein des accès haut débit commercialisés dans les zones non dégroupées ne cesse d'augmenter en pratique.

En outre, quand bien même il serait possible de ne suspendre que le canal Internet, cette coupure aurait des effets qui débordent la suspension visée par le texte (priver l'abonné de la faculté de télécharger), puisque même les services de messagerie se trouveraient suspendus.

Le CGTI estime que des solutions techniques existent, comme le déploiement d'une infrastructure spécialisée, orientant l'abonné vers un serveur¹ à partir duquel seuls certains sites ou services sont accessibles, mais il reconnaît que « *le problème est là plus financier que technique* ». Il juge aussi que « *force est de reconnaître que le kaléidoscope technique de l'internet haut débit apporte, en France comme ailleurs, des limitations diverses à une mise en œuvre opérationnelle (d'une coupure d'accès empêchant exclusivement le téléchargement); elles ne peuvent être ni rapidement ni pleinement surmontées.* »

C'est pourquoi votre commission pour avis propose un **amendement**, dans le cas où l'amende ne serait pas substituée à la coupure d'accès comme sanction ultime, qui cherche à assurer la conciliation entre les impératifs du service universel des communications électroniques et le dispositif de riposte graduée. La sanction ne pouvant être la même pour tous, il convient au moins de prévoir qu'elle ne sera pas appliquée si elle entraîne la coupure du téléphone. Ceci garantit le droit des abonnés à un accès ininterrompu aux services d'urgence, droit établi à l'article L. 35-1 du code des postes et des communications électroniques.

Dans ce cas, l'amendement prévoit que la commission de protection des droits se tourne vers la seconde sanction qu'elle est autorisée à prendre: l'injonction de prendre des mesures de nature à prévenir le renouvellement du manquement constaté et à en rendre compte à l'autorité, le cas échéant sous astreinte.

Article L. 331-29

Le texte du projet de loi

L'article L. 331-29 prévoit que le fournisseur d'accès à internet, auquel la commission de protection des droits notifie la décision de suspendre l'accès d'un abonné, doit la mettre en œuvre dans les quinze jours, sauf à encourir une sanction pécuniaire d'au plus 5.000 € par manquement constaté. Cette sanction pécuniaire lui est infligée à l'issue d'une procédure contradictoire et peut faire l'objet d'un recours en annulation ou en réformation devant le juge judiciaire. Un décret détermine les juridictions compétentes pour connaître de ces recours et un décret en Conseil d'Etat fixe les conditions dans lesquelles ces sanctions peuvent faire l'objet d'un sursis à exécution.

¹ L2TP Network Server (LNS).

La position de votre commission

Votre commission pour avis propose, si la suspension de l'accès n'est pas remplacée par une amende, un **amendement** pour supprimer la précision selon laquelle la sanction pécuniaire est appliquée « par manquement constaté »: cette précision apparaît inutile puisque le texte précise déjà que la sanction est infligée si le FAI « ne se conforme pas à l'injonction » de la commission de protection des droits. Elle est en outre source de confusion, pouvant laisser entendre que le FAI subit cette sanction à chaque manquement constaté de l'abonné à son obligation de surveillance de son accès internet, créée à l'article L. 336-3.

Article L. 331-30

Le texte du projet de loi

Cet article L. 331-30 confie à la Haute Autorité le soin d'établir une liste de moyens de sécurisation « regardés comme efficaces » pour prévenir les manquements à l'obligation qui incombe à tout abonné de sécuriser son accès internet.

La position de votre commission

Votre commission pour avis relève la contradiction sous-jacente à cet article : s'il existe des moyens de sécurisation « efficaces » pour éviter toute atteinte aux droits d'auteur en ligne, la solution ne serait-elle pas de les imposer plutôt que d'organiser un mécanisme de prévention et de sanction et de créer une autorité administrative indépendante pour le faire fonctionner ?

Jugeant essentiel d'encadrer l'action de l'HADOPI, votre commission pour avis propose un **amendement** visant à déterminer les moyens de sécurisation de l'accès internet dont la mise en œuvre permet au titulaire de s'exonérer valablement de sa responsabilité en matière de sécurisation de son accès. En effet, ces outils de sécurisation, dont la simple mise en œuvre évitera toute sanction au titulaire d'un accès internet, même si cet accès a permis l'utilisation illicite d'œuvres protégées, ne sont absolument pas caractérisés dans la rédaction initiale du projet de loi.

Cet amendement vise donc à:

- imposer à l'HADOPI de consulter les parties intéressées expertes dans le développement de ces moyens de sécurisation (les fournisseurs de ces moyens) et dans l'utilisation de ces moyens (les fournisseurs de technologies et services tributaires de ces moyens) avant de définir les spécifications fonctionnelles que ces moyens doivent présenter pour être considérés comme exonérant valablement le titulaire de l'accès de sa responsabilité en matière de sécurisation de son accès; dans cette optique, et conformément à l'exposé des

motifs du projet de loi (relatif à l'article 8), l'amendement précise que ces moyens sont destinés à prévenir l'utilisation de l'accès internet par un tiers,

- instaurer une procédure d'évaluation et de labellisation des outils admis comme exonérant la responsabilité du titulaire d'accès internet: cette procédure doit prendre en compte non seulement l'efficacité de ces moyens, au regard de leur conformité aux spécifications définies par l'HADOPI, mais aussi leur coût, leur caractère respectueux de la vie privée et leurs effets sur la performance et la sécurité des réseaux de communications électroniques.

L'amendement renvoie enfin à un décret en Conseil d'Etat le soin de préciser cette procédure, devant permettre la révision périodique de cette labellisation afin de tenir compte des évolutions technologiques.

Article L. 331-31

Le texte du projet de loi

Cet article charge l'HADOPI d'établir un répertoire national des personnes dont l'accès à un service de communication au public en ligne a été suspendu à sa demande. Il prévoit aussi que chaque fournisseur d'accès à internet vérifie, lors de la conclusion de tout nouveau contrat, que l'abonné prêt à signer ce contrat ne figure pas sur ce répertoire. Il encourt sinon une amende pouvant atteindre 5000 euros par manquement constaté. Il en est de même s'il conclut un contrat avec un abonné interdit d'accès internet par l'HADOPI.

Comme à l'article L. 331-29, il est précisé que cette sanction est infligée à l'issue d'une procédure contradictoire, peut faire l'objet d'un recours devant le juge judiciaire. Un décret détermine les juridictions compétentes pour connaître de ces recours, dont le caractère suspensif est admis dans certaines conditions fixées par décret en Conseil d'Etat.

La position de votre commission

Votre commission pour avis propose un **amendement** destiné à assurer la possibilité, pour les internautes, de consulter le répertoire des personnes qui font l'objet d'une suspension de leur accès internet, établi par l'HADOPI, pour vérifier qu'ils n'y figurent pas.

En effet, s'agissant d'un fichier sensible, qui peut causer préjudice en cas de mention erronée (impossibilité de s'abonner ou de recevoir internet pendant un certain temps), il est indispensable de prévoir un processus de consultation de ce répertoire par les citoyens, et de retrait du nom de la personne en cas d'erreur.

Par ailleurs, un autre **amendement** est proposé qui, comme celui présenté à l'article L. 331-29, clarifie l'application de la sanction pécuniaire prévue à l'adresse des FAI qui n'auraient pas consulté le répertoire, en supprimant la mention « par manquement constaté ».

Article L. 331-32

Le texte du projet de loi

Cet article prévoit que les fournisseurs d'accès à internet mentionnent, dans les nouveaux contrats conclus avec leurs abonnés, la nature de l'obligation qu'ils ont désormais de sécuriser leur accès internet ainsi que les mesures de recommandation et de sanction que peut prendre l'HADOPI.

La position de votre commission

Cet article n'appelle aucun commentaire de la part de votre commission pour avis, qui estime normal d'informer l'abonné des règles en vigueur.

Article L. 331-33

Le texte du projet de loi

Afin d'exercer ses missions de prévention et de sanction, la commission de protection des droits se voit autorisée par cet article à conserver les données techniques mises à sa disposition pour la durée nécessaire à l'exercice des compétences qui lui sont confiées et, au plus tard, jusqu'à l'exécution entière de la coupure d'accès qu'elle aura pu décider.

La position de votre commission

Votre commission pour avis n'a pas d'observation à faire sur cet article sans lequel la procédure de riposte graduée par l'HADOPI ne peut fonctionner.

Article L. 331-34

Le texte du projet de loi

Cet article important autorise l'HADOPI à créer un traitement automatisé de données à caractère personnel concernant les personnes faisant l'objet d'une procédure initiée par la commission de protection des droits.

Ce traitement de données à caractère personnel vise à permettre à la commission de protection des droits de mettre en œuvre le mécanisme de riposte graduée et d'établir le répertoire national des personnes dont l'accès à internet a été suspendu.

Un décret en Conseil d'Etat, pris après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, doit fixer les modalités d'application de cet article. Il est néanmoins précisé que ce décret fixera : les catégories de données conservées et la durée de cette conservation, les destinataires de ces données (notamment les FAI) et les conditions dans lesquelles les internautes pourront exercer leur droit d'accès à ces données.

La position de votre commission

L'exposé des motifs du projet de loi précise qu'afin de garantir la protection de la vie privée des internautes, la consultation du répertoire sera faite par les FAI sous la forme d'une simple interrogation, portant sur la présence ou non du cocontractant. Toutefois, cette disposition, protectrice des libertés publiques, pourrait utilement figurer dans le texte même de la loi.

C'est pourquoi votre commission pour avis propose un **sous-amendement** à l'amendement n°35 de la commission des affaires culturelles, afin d'explicitier ce point.

Elle propose aussi un **amendement** visant à préciser que c'est auprès de l'HADOPI que les internautes peuvent exercer leur droit d'accès aux données personnelles les concernant et relatives aux mesures prises par l'HADOPI, et non pas auprès des fournisseurs d'accès internet, qui n'ont pas à être les premiers interlocuteurs des internautes : en effet, les fournisseurs d'accès, qui agissent sur ordre de l'HADOPI, n'ont pas à traiter les réclamations des abonnés faisant l'objet d'une procédure initiée par l'HADOPI.

Article L. 331-35

Le texte du projet de loi

L'article L. 331-35 renvoie à un décret en Conseil d'Etat le soin de fixer les règles applicables à la procédure et à l'instruction des dossiers devant le collège et la commission de protection des droits de la Haute Autorité.

La position de votre commission

Cet article n'appelle pas de commentaire de la part de votre commission pour avis.

En revanche, elle propose un **amendement** créant, après cet article L. 331-35, un nouvel article dans le code pour prévoir d'assurer une juste compensation financière aux fournisseurs d'accès internet concernant leurs prestations pour le compte de l'HADOPI.

En effet, le principe d'une juste rémunération des prestations assurées par les opérateurs au titre de la sauvegarde de l'ordre public est expressément mentionné aux articles L. 33-1 et L. 35-6 du code des postes et des communications électroniques, en matière de réquisitions judiciaires.

Le Conseil constitutionnel, dans sa décision DC n°2000-441 du 28 décembre 2000, confirme que les coûts que représente pour les opérateurs le concours apporté à la sauvegarde de l'ordre public, dans l'intérêt général de la population, ne sauraient leur incomber directement dès lors que les dépenses qui en résultent sont étrangères à l'activité d'exploitation des réseaux. Par extension, il en est de même pour les fournisseurs d'accès Internet.

Les coûts envisagés comprennent, d'une part, les coûts d'étude et de développement et, d'autre part, les coûts de traitement quotidien des injonctions de l'HADOPI.

Sous-section 3 - Mission d'observation de l'offre légale et de l'utilisation illicite d'œuvres et d'objets protégés par un droit d'auteur ou par un droit voisin sur Internet

Article L. 331-36

Le texte du projet de loi

Cet article prévoit que la Haute Autorité publie des indicateurs, dont un décret fixera la liste, au titre de sa mission d'observation de l'offre légale et de l'utilisation illicite des œuvres et des objets protégés.

La position de votre commission

Ce maigre article compose à lui seule toute la sous-section consacrée à la mission d'observation de l'offre légale et du téléchargement illicite.

Sans doute assure-t-il un suivi de son développement mais il n'est pas en mesure d'encourager ce développement, alors même que les accords de l'Elysée reposait sur deux piliers d'importance équivalente : réprimer le piratage d'une part, rendre attractive l'offre légale d'autre part.

Des progrès sont attendus en la matière de la part des ayant-droits, d'une part en termes de délais de mise à disposition du public des films et des œuvres et programmes audiovisuels, d'autre part en termes d'interopérabilité des fichiers musicaux.

A cet égard, votre commission pour avis soutient pleinement l'amendement n°5 de la commission des affaires culturelles, qui précise que la mission de l'HADOPI en matière d'offre légale ne consiste pas seulement en une mission d'observation mais aussi d'encouragement du développement de cette offre.

Toutefois, les moyens de l'HADOPI à cet effet sont limités et c'est pourquoi votre commission pour avis propose, par des amendements à d'autres articles du projet de loi ou portant article additionnel, d'appuyer plus concrètement ce développement indispensable.

<p>Votre commission vous propose d'adopter cet article ainsi modifié.</p>
--

Article 5

Procédure devant le juge pour faire cesser les atteintes aux droits d'auteur et aux droits voisins sur les services de communication en ligne

Le droit en vigueur

L'article L. 336-2 du code de la propriété intellectuelle en vigueur a été créé par la loi DADVSI n°2006-961 du 1^{er} août 2006 au sein du chapitre VI, consacré à la prévention du téléchargement illicite, du même titre du code la propriété intellectuelle que celui dans lequel s'insèrent les dispositions créant l'HADOPI: il oblige les fournisseurs d'accès à internet à adresser aux internautes, à leurs frais, des messages de sensibilisation aux dangers que représentent le téléchargement et la mise à disposition illicites pour la création artistique.

Il renvoie à un décret en Conseil d'Etat le soin de déterminer les modalités de diffusion de ces messages. Ce décret n'a pas encore été pris, en raison même du projet gouvernemental d'organiser l'envoi de messages ciblés en direction des « pirates ».

Le texte du projet de loi

L'article 5 propose une nouvelle rédaction pour cet article L.336-2, qui se lit comme le pendant de la suppression, proposée à l'article 4, du 4° de l'article L. 332-1 du code de la propriété intellectuelle. En effet, ce faisant, l'article 4 prévoit de supprimer une disposition insérée dans le code par la loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique : cette disposition créait un dispositif *ad hoc* pour traiter la contrefaçon en ligne, en donnant au président du tribunal de grande instance le pouvoir, dans la même forme [ordonnance sur requête], d'ordonner « la suspension, par tout moyen, du contenu d'un service de communication au public en ligne portant atteinte à l'un des droits de l'auteur, y compris en ordonnant de cesser de stocker ce contenu ou, à défaut, de cesser d'en permettre l'accès ».

En lieu et place, l'article 5 propose donc une nouvelle rédaction concernant les pouvoirs du juge saisi de la circulation sur internet de contenus attentatoires aux droits d'auteur ou droits voisins : le tribunal de grande instance, le cas échéant en la forme des référés, peut ordonner « toute mesure de suspension ou de filtrage » de ces contenus, ainsi que « toute mesure de restriction de l'accès à ces contenus, à l'encontre de toute personne en situation de contribuer à y remédier ou de contribuer à éviter son renouvellement ».

Le Gouvernement justifie cette modification, dans l'exposé des motifs, par un souci de meilleure efficacité et de renforcement du caractère contradictoire de la procédure devant le juge destinée à faire cesser ou prévenir le renouvellement d'une atteinte à un droit d'auteur ou à un droit voisin occasionnée par le contenu d'un service de communication au public en ligne. D'une part, le caractère non contradictoire de la procédure semble inapproprié à la matière en cause, ce qui plaide pour ouvrir la voie du référé qui assure en même temps la rapidité indispensable s'agissant de la diffusion d'œuvres et d'objets protégés sur internet. D'autre part, l'insertion de la procédure actuelle dans l'article L. 332-1 consacré à la saisie contrefaçon oblige le demandeur à saisir la juridiction au fond, ce qui induit des complications jugées inutiles par le Gouvernement. La nouvelle rédaction propose donc de supprimer la procédure subséquente au fond, tout en garantissant au nouveau dispositif un caractère désormais contradictoire.

La position de votre commission

Votre commission pour avis propose à cet article un **amendement** qui vise à assurer l'orthodoxie juridique et sémantique de cet article relatif aux pouvoirs du juge, notamment vis-à-vis des directives européennes :

- il supprime les termes « filtrage des contenus », comme le propose aussi l'amendement n°42 de la commission des affaires culturelles, mais également les termes « restriction de l'accès à ces contenus »: ces deux expressions cumulées offrent en effet au juge la possibilité d'imposer aux fournisseurs d'accès la mise en œuvre de mesure de filtrage portant sur les contenus mais aussi sur les réseaux (restriction d'accès). La référence au filtrage dans la loi n'est pas orthodoxe: que ce soit dans la directive communautaire « commerce électronique » (n° 2000/31 du 8 juin 2000) ou dans la directive « Droit d'auteur », c'est la formule habituelle « toutes mesures de nature à prévenir ou faire cesser le dommage » qui prévaut. C'est aussi cette formule qui figure dans la loi n°2004-575 pour la confiance dans l'économie numérique (article 6), puisque les Etats membres ne sont pas autorisés à imposer aux hébergeurs et fournisseurs d'accès internet une obligation générale de surveiller les informations qu'ils transmettent ou stockent. Le terme de « filtrage » n'est d'ailleurs pas défini en droit et son interprétation technologique est multiple;

- en outre, il rétablit le principe de subsidiarité établi par la loi pour la confiance dans l'économie numérique, conformément aux directives communautaires: le juge doit d'abord viser une action en direction des hébergeurs puis, à défaut, si l'hébergeur est hors d'atteinte, en direction des fournisseurs d'accès à internet. La rédaction initiale du projet de loi semble ignorer cette responsabilité en cascade et élargit même l'action du juge en direction de « toute personne en situation de contribuer à remédier » à l'atteinte aux droits d'auteur, et même « de contribuer à éviter son renouvellement », ce qui apparaît excessivement vague et donc inacceptable.

Enfin, les conclusions de la mission Olivennes reposent sur un équilibre d'obligations entre les ayant-droits et les fournisseurs d'accès, qui ne prévoit pas d'évoquer le sujet du filtrage dans la loi « création et internet ». Au contraire, les parties prenantes ont conclu sur la nécessité d'expérimentations empiriques avant tout. En effet, la mise en œuvre de mesures de filtrage des réseaux supposerait que soient établies leur efficacité et leur viabilité technico-économique, alors même qu'elles présentent des risques de dommages collatéraux (risque de suppression de contenus légaux), peuvent facilement être contournées par des mesures de cryptage et mettent en péril le secret des correspondances (risquant d'atteindre, selon la CNIL, aux libertés individuelles, au rang desquelles figure la liberté d'expression) ainsi que la qualité de services en ralentissant les flux sur les réseaux.

Le rapport rendu en 2007 par le Professeur Jean Cédras au ministre chargé de la culture rappelle en outre qu'«*un tel filtrage serait également sans efficacité, tant sont nombreuses les possibilités de communication (messageries, newsgroups, forum, etc.)*»¹.

Il n'est donc pas question d'introduire aujourd'hui la notion de filtrage dans la loi et il serait prématuré et dangereux de confier à un juge cet outil dont l'efficacité n'a jamais été démontrée.

Votre commission vous propose d'adopter cet article ainsi modifié.

Article 6

Obligation de surveillance de l'accès à Internet par le titulaire de l'abonnement

Le texte du projet de loi

L'article 6 propose d'ajouter un troisième article au chapitre VI du même titre du code de la propriété intellectuelle, l'article L. 336-3.

Cet article est fondamental puisqu'il crée l'obligation à laquelle tout manquement est passible de sanction par l'HADOPI. Il constitue donc le socle du dispositif de riposte graduée.

Il ne s'agit pas d'une création *ex nihilo*, puisque l'actuel article L. 335-12, créé par la loi DADVSI en 2006, oblige déjà le titulaire d'un accès internet à « veiller à ce que cet accès ne soit pas utilisé à des fins de reproduction ou de représentation d'œuvres de l'esprit sans l'autorisation des titulaires des droits prévus aux livres Ier et II, lorsqu'elle est requise, en mettant en œuvre les moyens de sécurisation qui lui sont proposés par le fournisseur de cet accès ».

Toutefois, aucune sanction n'était prévue en cas de manquement à cette obligation.

¹ L'expertise rendue dans le jugement *SABAM c/ SA Scarlet*, Tribunal de première instance de Bruxelles, 29 juin 2007, affirme également à propos de la solution de filtrage proposée que sa « pérennité est loin d'être assurée », que la solution n'est « pas dimensionnée pour répondre au volume de trafic d'un FAI », que le « coût d'acquisition et d'exploitation est élevé pour compenser ce sous dimensionnement » ce qui la rend « inefficace dans le cadre du filtrage en transit » et qu'elle sera très rapidement dépassée, notamment car les internautes choisiront vite des solutions chiffrées.

A l'inverse, la nouvelle rédaction proposée à l'article L. 336-3 qualifie une obligation, prévoit de sanctionner le manquement à cette obligation et prévoit aussi des cas d'exonération de responsabilité de l'internaute.

L'obligation visée est très proche de celle existant à l'article L. 335-12 en vigueur, quoiqu'un peu plus large, puisque l'abonné doit empêcher l'utilisation de son accès internet à des fins de reproduction ou de représentation d'œuvres protégées mais également de mise à disposition ou de communication au public de ces œuvres.

Ainsi, les faits de piratage peuvent être sanctionnés à plusieurs titres : au titre du manquement à l'obligation de sécurisation de l'accès internet ainsi créée, sanctionné par une autorité administrative (l'HADOPI), ou au titre du délit de contrefaçon (créé par la loi DADVSI) qui se distingue par son caractère intentionnel et que sanctionne le juge pénal.

Le deuxième alinéa de l'article L. 336-3 assortit cette nouvelle obligation d'une sanction, dans les conditions définies à l'article L. 331-25.

Il est ensuite prévu d'exonérer l'abonné de sa responsabilité au titre du manquement à cette obligation dans trois circonstances :

- s'il a mis en œuvre les moyens de sécurisation définis par l'HADOPI (à l'article L. 331-30) ;
- si l'atteinte au droit d'auteur commise via son accès internet est le fait d'une personne qui a frauduleusement utilisé son accès (sauf si cette personne est placée sous son autorité ou sa surveillance);
- en cas de force majeure.

La position de votre commission

Votre commission pour avis relève que l'abonnement donnant accès à Internet est la pièce centrale sur laquelle se construit toute l'économie du projet de loi.

L'obligation de sécuriser cet accès crée une forme de présomption de culpabilité à l'égard de son titulaire, qui ne peut y échapper que par trois moyens. Le premier, relatif aux moyens de sécurisation, fait l'objet de précisions via l'amendement proposé par votre commission pour avis à l'article L. 331-30 rédigé par l'article 2 du présent projet de loi.

Si le dernier (le cas de force majeure) n'appelle aucune observation, le deuxième apparaît en revanche plus discutable. Avec la généralisation de la technologie Wi-Fi, qui permet un accès internet sans fil, dans les ordinateurs portables et l'extension de la couverture territoriale en haut débit grâce à des bornes Wi-Fi, il n'y a pas de caractérisation simple pour l'ensemble des

utilisateurs derrière un même accès à l'internet. Le CGTI lui-même en est convenu dans les conclusions qu'il a rendues au ministre chargé de la culture.

En effet, les réseaux domestiques situés en aval du point de terminaison de la boucle locale sont de plus en plus souvent des réseaux Wi-Fi, cette fonctionnalité étant généralement intégrée aux modems des différents FAI (« boxes »).

Si cette norme de réseau sans fil permet en théorie un haut niveau de sécurisation¹, il est fréquent que l'utilisateur ne parvienne pas à configurer correctement son équipement, laissant son réseau accessible à des tiers. Dans ce cas, des individus mal intentionnés sont susceptibles d'utiliser la connexion Internet ainsi rendue accessible, soit directement, soit au moyen de programmes de déverrouillage.

Les sanctions envisagées dans le projet de loi modifient drastiquement le statut de ces systèmes de protection. Alors qu'il s'agit initialement d'une simple mesure technique de protection de son réseau domestique, le projet de loi rend leur utilisation obligatoire et impliquerait un niveau de connaissance technique de l'utilisateur relativement élevé. Si aujourd'hui tout le monde connaît les dangers des virus, troyans² et autres logiciels espions, l'intégralité des internautes n'est cependant pas équipée des logiciels de protection correspondants ou n'en maîtrise pas l'utilisation. Finalement, en cas d'utilisation frauduleuse de son accès par un tiers, un abonné éprouverait sans doute les plus grandes difficultés à apporter la preuve matérielle que son réseau domestique a été piraté.

Par ailleurs, certains réseaux Wi-Fi sont par nature ouverts. C'est le cas des « hotspots » Wi-Fi disponibles dans certaines bibliothèques ou jardins ainsi que dans d'autres lieux ouverts au public, les restaurants Mac Donald's par exemple. Dans le cas de réseaux Wifi ouverts mis en œuvre par les collectivités territoriales, celles-ci pourraient faire l'objet de sanction en l'état actuel du projet de loi en cas de téléchargement illicite par un usager.

Enfin, dans les cas de colocation, le projet de loi conduirait à sanctionner le titulaire de l'abonnement pour « défaut de surveillance », même si celui-ci n'est à l'origine d'aucun téléchargement illégal.

Dans tous ces cas, il serait en pratique très difficile, voire impossible, pour le titulaire de l'accès de s'assurer de la légalité de l'utilisation qui en est faite.

Votre commission pour avis relève en outre que la CNIL, lors de son audition par votre rapporteur pour avis, a fait observer que 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.

¹ Chiffrement 128 bits, filtrage des adresses MAC...

² Programme qui permet au pirate informatique de s'introduire dans un ordinateur et de prendre son contrôle à distance.

C'est pourquoi votre commission pour avis propose un **amendement** visant à circonscrire aux seules personnes physiques le champ des titulaires d'accès internet que l'HADOPI pourrait sanctionner pour manquement à l'obligation de sécurisation de l'accès.

En effet, il est impossible pour une entreprise, et *a fortiori* pour une collectivité territoriale qui aurait installé des réseaux Wi-fi à grande échelle (par exemple en résidence universitaire), de s'assurer de l'usage licite d'internet par l'ensemble des ses employés ou administrés.

En outre, si la sanction infligée était la suspension de l'accès internet, la survie de l'entreprise serait menacée. De toute manière, les personnes morales auteurs d'un délit de contrefaçon resteraient passibles des sanctions pénales prévues par le code de la propriété intellectuelle: les ayants-droits conserveraient donc deux voies de recours à leur encontre : au pénal et au civil (pour réparation du préjudice subi).

Votre commission pour avis propose également un deuxième **amendement** à cet article, pour sécuriser un motif essentiel d'exonération de la responsabilité de l'internaute: le cas où son accès a été frauduleusement utilisé par un tiers. Dans un système où l'abonné à internet est présumé coupable, la définition des cas l'exonérant de sa responsabilité par rapport à son obligation de sécuriser son accès internet est décisive. Or le caractère frauduleux de cet accès par un tiers serait difficile voire impossible à établir pour l'internaute et la simple précision que le tiers en question n'est pas placé sous son autorité ou sa surveillance doit suffire à l'exonérer de toute responsabilité du fait d'autrui.

Ce point est particulièrement important dans le contexte actuel de développement du Wi-Fi, système de connexion sans fil de courte portée qui peut être utilisé par des tiers pour bénéficier, parfois sans l'autorisation de son titulaire, d'un accès internet.

Enfin, en guise de contrepartie à la nouvelle obligation de surveillance de l'accès internet des consommateurs, votre commission propose un dernier **amendement** pour assurer leur information sur la légalité d'une œuvre qui circule sur internet, ainsi que sur « les conditions de son utilisation, son aptitude à l'usage, ses propriétés et les résultats attendus de son utilisation », conformément à l'article L. 121-1 du code de la consommation, dans sa rédaction issue de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

L'amendement prévoit que ces caractéristiques essentielles figurent dans un fichier associé à l'œuvre, l'information ne pouvant, par exemple dans le cas d'un fichier musical, être directement attachée au son lui-même.

Ainsi, le consommateur sera éclairé à la fois sur l'usage qu'il est autorisé à faire de cette œuvre (nombre de copies, par exemple) et sur les supports matériels sur lesquels il pourra l'utiliser. Cette transparence en matière de mesures techniques de protection pourrait permettre, par le biais du jeu concurrentiel, d'améliorer la diffusion des œuvres et l'interopérabilité.

Votre commission vous propose d'adopter cet article ainsi modifié.

CHAPITRE II

Dispositions modifiant la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique

Article 8

Information des abonnés, par les fournisseurs d'accès à Internet, sur les moyens techniques de sécurisation de cet accès

Le texte du projet de loi

Cet article vise à insérer un alinéa dans le 1° du I de l'article 6 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique. Il s'agit de prévoir que les fournisseurs d'accès informent leurs abonnés de l'existence de moyens techniques permettant de prévenir l'utilisation de leur accès à internet pour porter atteinte aux droits d'auteurs et droits voisins.

En revanche, il ne prévoit pas les fournisseurs d'accès proposent de tels dispositifs, contrairement à ce que prévoit le même article de loi du 21 juin 2004 pour ce qui concerne les moyens techniques permettant de restreindre l'accès à certains services ou de les sélectionner (dits « de contrôle parental »).

La position de votre commission

Cet article n'appelle pas d'observation de la part de votre commission pour avis.

Votre commission vous propose d'adopter cet article sans modification.

CHAPITRE III

Dispositions modifiant le code des Postes et des communications électroniques

Article 9

Modification du code des postes et des communications électroniques

Le droit en vigueur

Dans sa rédaction actuelle, l'article L. 34-1 du code des postes et des communications électroniques (CPCE) que tend à modifier cet article 9 pose le principe de l'effacement ou de l'anonymisation des données de trafic par les opérateurs de communications électroniques, et notamment les FAI.

Son II prévoit de déroger à ce principe pour une durée maximale d'un an « pour les besoins de la recherche, de la constatation et de la poursuite des infractions pénales, et dans le seul but de permettre, en tant que de besoin, la mise à disposition de l'autorité judiciaire d'informations ». Il précise aussi qu'un décret en Conseil d'Etat, pris après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, détermine « ces catégories de données et la durée de leur conservation, (...) ainsi que les modalités de compensation, le cas échéant, des surcoûts identifiables et spécifiques des prestations assurées à ce titre, à la demande de l'Etat, par les opérateurs ».

Le texte du projet de loi

Cet article 9 modifie le II de l'article L. 34-1 du CPCE :

- d'une part, il ajoute un motif supplémentaire de conservation des données, en plus des besoins liés aux infractions pénales : le manquement à l'obligation de sécurisation de l'accès internet, définie à l'article L. 336-3 du code de propriété intellectuelle ;
- d'autre part, il étend à la Haute Autorité le bénéfice de cette dérogation au principe de l'effacement des données de connexion, aujourd'hui réservé au juge.

Désormais, la possibilité de disposer d'informations sur les données de connexion des douze derniers mois sera également ouverte à la Haute Autorité, pour les besoins de la procédure qu'elle a engagée au titre du manquement à l'obligation posée à l'article L. 336-3.

La position de votre commission

Bénéficiant d'une exception jusque là réservée au juge pénal, l'HADOPI se trouve ainsi habilitée à recueillir et traiter, sous une forme

nominative, les données de trafic, hors donc de toute procédure judiciaire, garantie jugée pourtant essentielle par le Conseil constitutionnel¹. Votre commission pour avis se demande donc si le projet de loi assure un équilibre satisfaisant entre le respect de la vie privée et le respect des droits d'auteur.

Sous réserve de ces observations, elle vous propose d'adopter cet article en l'état.

Votre commission vous propose d'adopter cet article sans modification.

Article additionnel après l'article 9

Chronologie des médias

Dans le souci, qu'elle partage avec votre commission pour avis, de rendre attractive l'offre légale en ligne, la commission des affaires culturelles propose un amendement n°50 qui concerne la chronologie des médias, c'est-à-dire les règles définissant l'ordre et les délais dans lesquels l'exploitation d'une œuvre cinématographique peut intervenir sur les différents supports. Les accords de l'Élysée prévoient en effet un réaménagement négocié de la chronologie des médias, notamment afin de permettre une disponibilité plus rapide en ligne des œuvres cinématographiques. A cette occasion, il est prévu d'aligner le délai dans lequel un film est rendu disponible en vidéo à la demande, sur le délai de sortie d'un film en DVD.

Aujourd'hui, seul ce délai de sortie d'un film en DVD est encadré par une disposition législative, l'article 89 de la loi du 29 juillet 1982, qui prévoit un délai-plancher de 6 mois entre la sortie d'un film en salles et son exploitation en DVD.

Si l'amendement n° 50 prévoit bien l'abrogation de cette disposition législative, il prévoit de ne rendre effective cette abrogation qu'à compter de la date d'entrée en vigueur d'un arrêté qui étendra à l'ensemble des opérateurs l'accord professionnel qui aura pu être conclu ou à compter de l'entrée en vigueur du décret qui, à défaut d'un tel accord professionnel, devra prévoir un délai applicable de plein droit. La date de l'abrogation du « taquet légal » sur

¹ Cf. décision n°2004-499 DC du 29 juillet 2004 où le Conseil constitutionnel a validé un article de la loi du 6 janvier 1978 au motif que « les données recueillies ne pourraient, en vertu de l'article L. 34-1 du CPCE, acquérir un caractère nominatif que dans le cadre d'une procédure judiciaire (...) ».

le DVD reste donc tributaire de l'évolution des négociations entre professionnels.

Or ces négociations n'ont toujours pas commencé, les exploitants de cinéma ayant fait annuler les réunions initiées en ce sens par le Centre national de la cinématographie.

C'est pourquoi, pour stimuler la négociation, votre commission pour avis propose un **sous-amendement** à l'amendement n° 50 convient de prévoir que l'abrogation de ce « taquet légal » sur le DVD sera effective dès l'entrée en vigueur de la présente loi, ce qui n'est pas excessivement sévère, dans la mesure où un autre amendement de votre commission pour avis propose de prévoir un délai de six mois, à compter de sa publication, pour l'entrée en vigueur de la loi.

Votre commission vous propose d'adopter ce sous- amendement à l'amendement n° 50 de la commission des affaires culturelles portant article additionnel.

Article additionnel avant l'article 10

Subordination des aides du Centre national de la cinématographie à la distribution en ligne des films

Votre commission pour avis propose un **amendement** destiné à encourager le développement de l'offre légale de vidéo à la demande (VOD) en conditionnant l'octroi, par le Centre national de la cinématographie (CNC), de subventions au bénéfice d'une œuvre cinématographique, à l'exploitation de cette œuvre sur un service de VOD, en plus de sa distribution usuelle. Il traduit l'un des engagements pris par les ayant-droits dans les accords de l'Elysée de novembre 2007, ceux-ci s'étant alors engagés à « *faire leurs meilleurs efforts pour rendre systématiquement disponibles en vidéo à la demande les œuvres cinématographiques* ».

Votre commission vous propose d'adopter cet amendement portant article additionnel.

Article additionnel après l'article 11

Date d'entrée en vigueur de la loi

Votre commission pour avis vous propose cet **amendement** qui vise à prévoir un délai pour permettre à l'HADOPI de mener à bien la procédure d'évaluation et de labellisation des moyens de sécurisation dont la mise en œuvre exonérera de leur responsabilité les internautes et pour laisser aux fournisseurs d'accès internet le temps d'adapter leurs systèmes d'information existants afin de satisfaire à leurs nouvelles obligations, notamment s'agissant de la nécessaire automatisation des demandes d'identification des abonnés.

Votre commission vous propose d'adopter cet amendement portant article additionnel.

*

*

*

Au cours de sa réunion du mardi 28 octobre 2008, votre commission des affaires économiques a donné un avis favorable aux dispositions du présent projet de loi, sous réserve de l'adoption des amendements proposés par son rapporteur.

ANNEXE I

LISTE DES PERSONNES AUDITIONNEES PAR LE RAPPORTEUR

Sociétés de perception et de répartition des droits d'auteur :

– M. **Xavier Blanc**, directeur des affaires juridiques et internationales, de la **Société de perception et de distribution des droits des artistes interprètes de la musique et de la danse (Spedidam)** ;

– MM. **Bruno Boutleux**, directeur général gérant, **Jean Pelletier**, directeur chargé des relations extérieures, et **Alain Charriras**, membre du conseil d'administration, de la **société civile pour l'Administration des Droits des Artistes et Musiciens Interprètes (ADAMI)** ;

– MM. **Bernard Miyet**, président du directoire, **Thierry Desurmont**, vice-président du directoire, et Mme **Frédérique Bilbaut-Faillant**, déléguée aux relations institutionnelles, de la **Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SACEM)** ;

– MM. **Jacques Fansten**, président, et **Pascal Rogard**, directeur, de la **Société des auteurs et compositeurs dramatiques (SACD)** ;

Représentants des industries de l'audiovisuel, du cinéma, de la musique et du logiciel :

– MM. **Nicolas Seydoux**, président, et **Frédéric Delacroix**, délégué général, de l'**Association de lutte contre la piraterie audiovisuelle (ALPA)** ;

– MM. **Jean-Pierre Decrette**, président, **Erwan Escoubet**, directeur juridique, de la **Fédération nationale des cinémas français**, Mme **Pauline Grimaldi d'Esdra**, présidente, et M. **Jean-Yves Mirski**, délégué général, du **Syndicat de l'édition vidéo**, M. **Victor Hadida**, président de la **Fédération nationale des distributeurs de films**, M. **Guy Verrecchia**, président, et Mme **Julie Lorimy**, secrétaire générale, du **Bureau de liaison des industries cinématographiques (BLIC)** ;

– MM. **Christophe Lameignère**, président, **Hervé Rony**, directeur général, et **David El Sayegh**, directeur des affaires juridiques et des nouvelles technologies, du **Syndicat national de l'édition phonographique (SNEP)** ;

– M. **Jacques Peskine**, délégué général de l'**Union syndicale de la production audiovisuelle (USPA)**, accompagné de M. **Jean-Luc Archambault**, du cabinet Lysios ;

– MM. **Marc Mossé**, directeur des affaires juridiques et publiques, et **Jean-Sébastien Mariez**, juriste, de **Microsoft**, accompagnés de M. **Alban de Louvencourt**, du cabinet Lysios.

Opérateurs techniques :

– M. **Pierre-Antoine Badoz**, directeur des affaires publiques, et Mme **Florence Chinaud**, directrice des relations institutionnelles d'**Orange** ;

– M. **Arnaud Lucaussy**, directeur de la réglementation et des études économiques, Mme **Marie-Georges Boulay**, directeur de la réglementation et des relations extérieures, et M. **Frédéric Dejonckheere**, responsable multimédia, de **SFR** ;

– MM. **Maxime Lombardini**, directeur général, et **Olivier de Baillénx**, directeur des relations institutionnelles, de la société **Iliad (Free)** ;

– M. **Emmanuel Forrest**, vice-président et directeur général délégué, et Mme **Brigitte Laurent**, directrice de la communication externe et institutionnelle, de **Bouygues Telecom** ;

– M. **Olivier Esper**, chargé des affaires publiques, chez **Google France** ;

– M. **Giuseppe de Martino**, directeur juridique et réglementaire monde, de **Daily Motion** ;

– M. **Xavier Filliol**, président de la commission musique et directeur des contenus de Baracoda (Media division), et Mme **Marine Pouyat**, conseiller juridique, du **Groupement des éditeurs de services en ligne (GESTE)** ;

– Mme **Dahlia Kownator**, déléguée générale, et M. **Nicolas d'Arcy**, juriste-analyste de contenus, de l'**Association des fournisseurs d'accès (AFA)** ;

Prestataires de solutions techniques :

- **Audible Magic**, représenté par Maître **Winston Maxwell**, avocat associé du cabinet Hogan et Hartson, et M. **Pascal Dupeyrat**, chargé des affaires publiques chez Relians ;

Associations de consommateurs et d'internautes :

– M. **Edouard Barreiro**, chargé de mission TIC et commerce, département des études et de la communication, et Mme **Catalina Chatellier**, juriste nouvelles technologies, de **UFC Que choisir** ;

– Mme **Frédérique Pfrunder**, chargée de mission, à la **Confédération logement-cadre de vie (CLCV)** ;

Autorités publiques :

– MM. **Nicolas Curien**, membre du collège, **Igor Primault**, chef de l'unité marchés aval très haut débit et audiovisuel, et **Sylvain Moll**, chargé de mission, de l'**Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP)** ;

– M. **Emmanuel de Givry**, commissaire en charge du secteur gestion des risques et des droits, et Mme **Sophie Vuillet Tavernier**, directeur des affaires juridiques, internationales et de l'expertise, à la **Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)** ;

– MM. **Jean Berbinau**, ingénieur général des télécommunications, secrétaire général de l'Autorité de régulation des mesures techniques, **Jean-Claude Gorichon**, inspecteur général, et Mme **Dominique Varenne**, contrôleur général, du **Conseil général des technologies de l'information (CGTI)**.

ANNEXE II

AMENDEMENTS ADOPTÉS PAR LA COMMISSION

ARTICLE 2

(art. L. 331-13 du code de la propriété intellectuelle)

Dans le texte proposé par l'amendement n°5 pour l'article L. 331-13 du code de la propriété intellectuelle,

A. Dans le deuxième alinéa (1°), après les mots:

encouragement au développement de l'offre commerciale légale
insérer les mots:

, de veille tendant à garantir le bénéfice des exceptions mentionnées au 2° de l'article L. 331-37,

B. Au troisième alinéa (2°), remplacer les mots:

sur les réseaux de communications électroniques utilisés pour la
fourniture de

par les mots:

par des titulaires d'accès à des

C. Au quatrième alinéa (3°), supprimer les mots:

de régulation et

ARTICLE 2

(art. L. 331-15 du code de la propriété intellectuelle)

Remplacer le septième alinéa (6°) du texte proposé par cet article pour l'article L. 331-15 du code de la propriété intellectuelle par quatre alinéas ainsi rédigés:

6° Une personnalité qualifiée, désignée sur proposition du ministre chargé des communications électroniques;

7° Une personnalité qualifiée, désignée sur proposition du ministre chargé de la consommation;

8° Une personnalité qualifiée, désignée sur proposition du ministre chargé de la culture;

9° Une personnalité qualifiée, désignée sur proposition du ministre chargé de l'enseignement supérieur et de la recherche.

ARTICLE 2

(art. L. 331-15 du code de la propriété intellectuelle)

Compléter le huitième alinéa du texte proposé par cet article pour l'article L. 331-15 du code de la propriété intellectuelle par les mots:

, par décret pris après avis des commissions du Parlement compétentes en matière de culture et de communications électroniques.

ARTICLE 2

(art. L. 331-24 du code de la propriété intellectuelle)

Dans la première phrase du premier alinéa du texte proposé par cet article pour l'article L. 331-24 du code de la propriété intellectuelle, remplacer les mots:

faits susceptibles de constituer un manquement

par les mots:

faits dont elle a vérifié qu'ils constituaient un manquement

ARTICLE 2

(art. L. 331-24 du code de la propriété intellectuelle)

Dans le premier alinéa du texte proposé par cet article pour l'article L. 331-24 du code de la propriété intellectuelle, après les mots:

lui rappelant les prescriptions de l'article L. 336-3,

insérer les mots:

lui précisant les œuvres ou objets dont l'utilisation illicite a été constatée du fait du manquement à cette obligation,

ARTICLE 2

(art. L. 331-24 du code de la propriété intellectuelle)

Rédiger comme suit l'avant-dernier alinéa du texte proposé par cet article pour l'article L. 331 24 du code de la propriété intellectuelle:

En cas de renouvellement, dans un délai de six mois à compter de l'envoi de la recommandation visée à l'alinéa précédent, de faits susceptibles de constituer un manquement à l'obligation définie à l'article L. 336-3, la commission peut adresser une nouvelle recommandation par la voie électronique, dans les conditions prévues au premier alinéa. Elle assortit cette recommandation d'une lettre remise contre signature ou de tout autre moyen propre à établir la preuve de la date d'envoi de cette recommandation et celle de sa réception par l'abonné.

ARTICLE 2

(art. L. 331-24 du code de la propriété intellectuelle)

Remplacer le dernier alinéa du texte proposé par cet article pour l'article L. 331-24 du code de la propriété intellectuelle par un alinéa ainsi rédigé:

S'il estime qu'une recommandation adressée en vertu du présent article lui a été signifiée à tort, l'abonné, justifiant de son identité, peut en contester par courrier son bien-fondé auprès de la Haute autorité qui devra justifier sous trente jours l'envoi de cette recommandation, sous peine de nullité.

ARTICLE 2

(art. L. 331-25 du code de la propriété intellectuelle)

Dans la première phrase du texte proposé par cet article pour l'article L. 331-25 du code de la propriété intellectuelle, remplacer les mots:

dans l'année suivant la réception d'une recommandation adressée par la commission dans les conditions définies à l'article L. 331-24

par les mots:

dans l'année suivant la réception d'une recommandation adressée par la commission et assortie d'une lettre remise contre signature et de tout autre moyen propre à établir la preuve de la date d'envoi de cette recommandation et celle de sa réception par l'abonné

ARTICLE 2

(art. L. 331-25 du code de la propriété intellectuelle)

A. Rédiger ainsi le deuxième alinéa (1°) du texte proposé par cet article pour l'article L. 331-25 du code de la propriété intellectuelle:

1° Une amende, dont le montant, fixé par décret en Conseil d'Etat, est majoré quand l'œuvre ou l'objet illicitement utilisé fait l'objet d'une offre autorisée par les titulaires de droits en format numérique, à un prix raisonnable et dans des conditions d'interopérabilité satisfaisantes, sur les réseaux de communications électroniques;

B. En conséquence,

1. Après le texte proposé par cet article pour l'article L. 331-25 du code de la propriété intellectuelle, insérer deux alinéas ainsi rédigés:

"*Art. L.*- La Haute autorité reverse aux titulaires des droits prévus aux livres Ier et II ayant subi un préjudice économique du fait d'un manquement à l'obligation définie à l'article L. 336-3, sanctionné par l'amende visée au 1° de l'article L. 331-25, le montant des amendes qu'elle a

collectées au titre de l'article L. 331-25. Elle répartit ce montant de manière équitable entre les titulaires de droits concernés, en veillant à une juste rémunération des artistes-interprètes et des auteurs, au sens du présent code.

Un décret en Conseil d'Etat détermine les modalités de la répartition et les procédures du reversement visés à l'alinéa précédent."

2. Rédiger ainsi le deuxième alinéa (1°) du texte proposé par cet article pour l'article L. 331-26 du code de la propriété intellectuelle:

1° Une amende, dont le montant ne peut dépasser la moitié de celui de l'amende visée au 1° de l'article L. 331-25;

3. Supprimer le texte proposé par cet article pour les articles L. 331-28, L. 331-29 et L. 331-31 du code de la propriété intellectuelle.

4. Après les mots:

sous-section

supprimer la fin du texte proposé par cet article pour l'article L. 331-33 du code de la propriété intellectuelle.

5. Dans le texte proposé par cet article pour l'article L. 331-34 du code de la propriété intellectuelle, après les mots:

les actes de procédure afférents

supprimer la fin du deuxième alinéa et supprimer le cinquième alinéa.

ARTICLE 2

(art. L. 331-25 du code de la propriété intellectuelle)

Après le quatrième alinéa du texte proposé par cet article pour l'article L. 331-25 du code de la propriété intellectuelle, insérer un alinéa ainsi rédigé:

La commission notifie à l'abonné la sanction prise à son encontre et l'informe des voies et délais de recours, et, lorsque la sanction consiste en la suspension de l'accès au service, de son inscription au répertoire visé à l'article L. 331-31 et de l'impossibilité temporaire de souscrire pendant la période de suspension un autre contrat portant sur l'accès à un service de communication au public en ligne auprès de tout opérateur.

ARTICLE 2

(art. L. 331-25 du code de la propriété intellectuelle)

A. Compléter le cinquième alinéa du texte proposé par cet article pour l'article L. 331-25 du code de la propriété intellectuelle par deux phrases ainsi rédigées:

Le recours de l'abonné est suspensif. La sanction n'est appliquée qu'à la forclusion du délai de recours.

B. En conséquence, supprimer l'avant-dernier alinéa du texte proposé par cet article pour l'article L. 331-25 du code de la propriété intellectuelle.

ARTICLE 2

(art. L. 331-28 du code de la propriété intellectuelle)

Compléter le premier alinéa du texte proposé par cet article pour l'article L. 331-28 du code de la propriété intellectuelle par une phrase ainsi rédigée:

Les dispositions de l'article L. 121-84 du code de la consommation ne sont pas applicables au cours de la période de suspension.

ARTICLE 2

(art. L. 331-28 du code de la propriété intellectuelle)

Compléter le dernier alinéa du texte proposé par cet article pour l'article L. 331-28 du code de la propriété intellectuelle par une phrase ainsi rédigée:

Si la commission de protection des droits constate que, pour des raisons techniques, la suspension de l'accès aux services de communication au public en ligne devait également entraîner la suspension des autres types de services inclus dans l'offre commerciale composite, la suspension n'est pas appliquée. La commission de protection des droits peut alors prononcer la sanction prévue au 2° de l'article L. 331-25.

ARTICLE 2

(art. L. 331-29 du code de la propriété intellectuelle)

Dans le deuxième alinéa du texte proposé par cet article pour l'article L. 331-29 du code de la propriété intellectuelle, supprimer les mots:

par manquement constaté

ARTICLE 2

(art. L. 331-30 du code de la propriété intellectuelle)

Rédiger ainsi le texte proposé par cet article pour l'article L. 331-30 du code de la propriété intellectuelle:

Après consultation des parties intéressées ayant une expertise spécifique dans le développement et l'utilisation des moyens de sécurisation destinés à prévenir l'utilisation par un tiers de l'accès à des services de communication au public en ligne, la Haute autorité établit la liste des

spécifications fonctionnelles pertinentes que ces moyens doivent présenter pour être considérés comme exonérant valablement le titulaire de l'accès de sa responsabilité au titre de l'article L. 336-3.

Au terme d'une procédure d'évaluation certifiée prenant en compte leur conformité aux spécifications visées au précédent alinéa, leur efficacité, leur coût, leur caractère respectueux de la vie privée et leurs effets sur la performance et la sécurité des réseaux de communications électroniques, la Haute autorité labellise les moyens de sécurisation dont la mise en œuvre exonère valablement le titulaire de l'accès de sa responsabilité au titre de l'article L. 336-3. Cette labellisation est périodiquement revue.

Un décret en Conseil d'Etat précise la procédure d'évaluation et de labellisation de ces moyens de sécurisation.

ARTICLE 2

(art. L. 331-31 du code de la propriété intellectuelle)

Après le premier alinéa du texte proposé par cet article pour l'article L. 331-31 du code de la propriété intellectuelle, insérer un alinéa ainsi rédigé:

Toute personne justifiant de son identité peut demander à tout moment, dans les conditions prévues par les lois n°78-17 du 6 janvier 1978 et n°2004-801 du 6 août 2004, à la commission de protection des droits si son nom figure dans le répertoire. La commission de protection des droits est tenue de fournir une réponse dans un délai de trente jours. En cas de réponse positive, la commission de protection des droits doit justifier la présence du nom de la personne. Si le nom figure par erreur, la commission le retire sans délai et en informe la Commission nationale de l'informatique et des libertés.

ARTICLE 2

(art. L. 331-31 du code de la propriété intellectuelle)

Dans le troisième alinéa du texte proposé par cet article pour l'article L. 331-31 du code de la propriété intellectuelle, supprimer les mots:

par manquement constaté

ARTICLE 2

(art. L. 331-34 du code de la propriété intellectuelle)

Compléter le texte proposé par l'amendement n°35 pour la fin du deuxième alinéa du texte proposé par l'article 2 pour l'article L. 331-34 du code de la propriété intellectuelle par les mots:

, sous la forme d'une simple interrogation.

ARTICLE 2

(art. L. 331-34 du code de la propriété intellectuelle)

Dans le dernier alinéa du texte proposé par cet article pour l'article L. 331-34 du code de la propriété intellectuelle, après le mot:

peuvent

insérer les mots:

, auprès de la Haute autorité,

ARTICLE 2

(art. L. 331-35 du code de la propriété intellectuelle)

Après le texte prévu par cet article pour l'article L. 331-35 de la propriété intellectuelle, insérer un alinéa ainsi rédigé:

"*Art. L.*- Un décret en Conseil d'Etat détermine les modalités d'une juste rémunération des personnes dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public en ligne pour leur concours à la mission de la Haute autorité faisant l'objet de la présente sous-section."

ARTICLE 5

Après la référence:

L. 331-1

rédigé ainsi la fin du texte proposé par cet article pour l'article L. 336-2 du code de la propriété intellectuelle:

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 mentionnée au 2 du I de l'article 6 de la loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique ou, à défaut, à toute personne mentionnée au 1 du I du même article.

ARTICLE 6

Dans le deuxième alinéa du texte prévu par cet article pour l'article L. 336-3 du code de la propriété intellectuelle, après le mot:

la personne

insérer le mot:

physique

ARTICLE 6

Au cinquième alinéa (2°) du texte proposé par cet article pour l'article L. 336-3 du code de la propriété intellectuelle, supprimer le mot:

frauduleusement

ARTICLE 6

A. Compléter cet article par deux alinéas ainsi rédigés:

"*Art. L. 336-4.-* Le titulaire de droits visés aux livres I et II du présent code met à la disposition des consommateurs souhaitant accéder à une œuvre protégée dont il autorise l'utilisation sur les réseaux de communications électroniques les caractéristiques essentielles de l'utilisation de cette œuvre, conformément aux articles L. 111-1 et L. 121-1 du code de la consommation, par un moyen immédiatement accessible et associé à cette œuvre.

Un décret détermine lesdites caractéristiques essentielles de l'utilisation de l'œuvre."

B. En conséquence, dans le premier alinéa de cet article, remplacer les mots:

par un article L. 336-3 ainsi rédigé:

par les mots:

par deux articles L. 336-3 et L. 336-4 ainsi rédigés:

ARTICLE ADDITIONNEL APRÈS L'ARTICLE 9

Compléter le 1° du II du texte proposé par l'amendement n°50 pour insérer un article additionnel après l'article 9 par les mots:

, et au plus tard à la date d'entrée en vigueur de la présente loi.

ARTICLE ADDITIONNEL AVANT L'ARTICLE 10

Avant cet article, insérer un article additionnel ainsi rédigé:

Le 3° de l'article 7 du code de l'industrie cinématographique est complété par une phrase ainsi rédigée: "à ce titre, toute œuvre cinématographique, pour laquelle une aide du centre national est susceptible d'être accordée, doit être destinée, en plus de sa distribution usuelle, à une première exploitation sur un service offrant l'accès à des œuvres cinématographiques sur demande individuelle formulée par un procédé de communication électronique;"

ARTICLE ADDITIONNEL APRÈS L'ARTICLE 11

Après cet article, insérer un article additionnel ainsi rédigé:

Les dispositions de la présente loi entrent en vigueur six mois après sa publication.