



La "loi Hadopi" : une mauvaise loi pour une cause juste ?

Contours des enjeux pour la création face à la dématérialisation et au téléchargement illégal. Quel financement pour la culture demain ?

Damien Horn

Mémoire de 4e année

Séminaire : Histoire de la France au XXe siècle

Sous la direction de : Gilles Richard

2010 - 2011

Remerciements

Je tiens à remercier les personnes qui m'ont épaulé, soutenu, et encouragé durant la réalisation de ce travail.

Je remercie fortement MM. Laurent Petitgirard, Bernard Miyet et Christian Paul d'avoir eu la gentillesse de me recevoir pour répondre à mes questions.

J'adresse des remerciements particuliers à MM. Gilles Richard, pour ses conseils, son encadrement, et son soutien, et Gianni Pérez, qui aura eu l'amabilité de prendre le temps de me lire.

Sommaire

Introduction.....	7
Chapitre 1 - Un constat unanime : le besoin d'une réponse politique face aux difficultés de l'industrie culturelle.....	10
I. L'industrie culturelle en crise ?	10
A. Musique : « Depuis dix ans, les ventes de disques ont chuté de moitié ».....	10
B. Le cas du cinéma et de l'audiovisuel.....	12
C. Le livre : un marché en progression avec un chiffre d'affaire stable.....	13
II. Le téléchargement illégal désigné comme coupable.....	14
A. Émergence et fonctionnement des réseaux de « pair-à-pair ».....	15
B. Une première sensibilisation de l'opinion aux dangers du téléchargement illégal suite à de retentissants procès.....	16
C. Le volume des téléchargements illégaux.....	17
III. Une tradition d'interventionnisme étatique au nom de « l'exception culturelle française ».....	18
A. La défense de « l'exception culturelle française » dans l'histoire et l'évolution du droit d'auteur.....	18
B. Les « pirates » : un groupe social loin d'être homogène.....	20
IV. De la difficulté à légiférer sur le téléchargement illégal.....	22
A. La difficile mise en œuvre d'un filtrage des réseaux.....	23
B. Statuer sur le filtrage des réseaux : un casse-tête juridique.....	25
C. Les problèmes de définition de l'acte de contrefaçon et d'imputabilité des actes.....	27
1. L'exception de copie privée applicable pour le téléchargement ?.....	28
2. L'IP « nominative » pertinente ?.....	29
Chapitre 2 - L'Hadopi : une mission vue comme pédagogique, appuyée par une promotion de l'offre légale.....	34
I. Objectifs et moyens de l'Hadopi.....	34
A. Des objectifs ambitieux pour une administration dotée d'un budget conséquent	35
B. La composition de la Haute Autorité.....	35
II. Procédure et fonctionnement du volet répressif : le principe de « riposte graduée ».....	36
A. Des avertissements préalables.....	36
B. La suspension de l'accès à Internet.....	37
C. Un coût d'application discuté, dont les FAI ne veulent pas supporter la charge.....	38
III. Favoriser le développement d'une offre légale sur Internet.....	40
A. La mission Zelnik et le constat d'une offre légale quasi-inexistante.....	40
B. Favoriser l'apparition d'une offre légale riche, accessible et sans verrous.....	44
Chapitre 3 - Le processus pénible d'élaboration d'une nouvelle loi.....	47
I. Les Accords de l'Élysée de 2007.....	47
A. Les conclusions de la Mission Olivennes du 5 septembre 2007	48
B. L'accord pour le développement et la protection des œuvres et programmes culturels sur les nouveaux réseaux du 23 novembre 2007.....	49
II. Polémiques et problématiques soulevées par le projet de loi.....	51
A. La surprise du rejet par l'Assemblée Nationale le 9 avril 2009.....	51
B. La question de l'absentéisme parlementaire.....	53
C. Un affrontement entre droit national et droit européen.....	54
D. Le caractère non-contraignant du droit européen mis en avant par le gouvernement.....	56
E. La censure originelle du Conseil constitutionnel.....	57
1. Les points de la loi portés devant le Conseil constitutionnel par l'opposition.....	57

2. Les points d'inconstitutionnalité relevés par le Conseil constitutionnel.....	59
F. Le « scandale TF1 ».....	60
1. Jérôme Bourreau-Guggenheim : « la première victime de l'Hadopi ».....	61
2. UMP et TF1 : des liens ambigus ?.....	61
G. La problématique absence de sécurité juridique pour les internautes.....	62
H. Le premier avis critique de la Cnil.....	64
III. Mobilisation et polarisation de la société.....	66
A. Le projet de loi « Création et Internet » : un projet mobilisateur, largement soutenu par les ayants-droits.....	66
1. Le lobbying actif des représentants des ayants-droits.....	67
2. L'engagement des artistes : aussi unanime qu'on ne le croit ?.....	68
B. La mobilisation de la société.....	71
1. Le web s'enflamme.....	72
2. Les réactions des associations de défense des consommateurs.....	74
3. La position ambiguë des Fournisseurs d'Accès à Internet.....	74
C. Des clivages politiques brouillés.....	76
1. Droites et gauches divisées.....	76
2. Un clivage plutôt générationnel ou technique ?.....	77
IV. La mise en œuvre de la loi.....	79
A. Suite à la censure du Conseil constitutionnel du 10 juin 2009 : la promulgation le 13 juin 2009 du volet non-censuré de la loi.....	79
B. « Hadopi 2 » : le volet « sanction » mis à jour.....	79
C. La validation par le Conseil constitutionnel de la « loi relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet » (« loi Hadopi 2 »).....	81
Chapitre 4 - Bilan et perspectives à l'approche du premier anniversaire de la mise en route de la « réponse graduée ».....	85
I. Le bilan de la loi au vu de ses objectifs.....	85
A. La difficile mise en place de la « riposte graduée ».....	86
B. L'évolution de l'offre légale depuis la mise en place de l'Hadopi : état des lieux de l'impulsion gouvernementale.....	88
C. Une reprise du marché de la musique ?.....	93
II. Vers une mutation des usages ou des pratiques de l'Internet ?.....	95
A. Les techniques pour contourner la loi existent déjà.....	96
B. La création d'un clivage entre utilisateurs expérimentés et débutants.....	100
C. Les effets contradictoires du piratage.....	101
III. Doit-on et peut-on légiférer sur Internet ?.....	102
A. La régulation sur Internet à travers l'Europe : un bilan globalement mitigé.....	104
1. L'Espagne et l'échec de la « Ley Sinde ».....	104
2. L'expérience britannique : la « réponse graduée » outre-manche.....	105
3. La Suède : un bilan mitigé.....	106
4. Le BREIN au Pays-Bas.....	107
B. Les « pirates », vrais coupables ? L'exemple de l'industrie musicale.....	108
1. Des études contradictoires.....	108
2. Les raisons endogènes à l'industrie musicale de la crise du disque.....	111
C. La peur d'un filtrage généralisé d'Internet, et l'importance de la neutralité des réseaux.....	114
IV. Vers un nouveau modèle ?.....	116
A. L'économie du gratuit.....	119
B. Repenser le financement de la création.....	121

C. Les nouveaux modèles de création et le besoin de renouveler le mode de financement de la Culture	125
Conclusion.....	128
Bibliographie.....	131
Table des sigles	132
Annexes.....	134
I. Projet de loi « favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet », tel que voté par le Sénat, le 30 octobre 2008.....	134
II. Loi no 2009-1311 du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire (« loi Hadopi 2 »).....	157

Introduction

La loi « Création et Internet », plus formellement « loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet » s'inscrit dans une volonté politique de répondre aux problématiques apparues avec la généralisation de l'Internet, notamment les questions du droit d'auteur sur Internet et du téléchargement illégal. Connue du grand public, cette loi n'a néanmoins pas eu comme seul propos de tenter de répondre à la question du téléchargement illégal, mais a aussi redéfini sur certains points le statut des journalistes et des éditeurs en ligne. Ici, nous nous intéresserons exclusivement à son aspect ayant été l'objet de toutes les attentions dans un débat qui a duré plus de trois ans : la lutte contre le « piratage » des œuvres sous droits sur Internet. Face à la chute du chiffre d'affaires continue depuis dix ans des industries culturelles, les pouvoirs publics ont décidé de lutter contre la contrefaçon sur Internet des œuvres sous droits, par le biais de l'institution d'une autorité administrative indépendante, en charge de mettre en place une procédure de « réponse graduée ». La Haute Autorité pour la Diffusion des Œuvres et la Protection des droits sur Internet (HADOPI) a ainsi été installée le 8 janvier 2010, ses missions étant définies par la loi « Création et Internet ». Celle-ci s'est vu confié un double objectif : lutter contre le téléchargement illégal et promouvoir l'offre légale sur Internet.

On ne peut néanmoins parler d'« une » loi Hadopi, mais de plusieurs. En effet, il faut noter premièrement que les « lois Hadopi » sont au nombre de deux, la loi « Hadopi 2 », ou *loi relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur Internet*, ayant été votée le 15 septembre 2009 par l'Assemblée Nationale. De même, la loi « Création et Internet » du 12 juin 2009 a revêtu plusieurs formes, du fait notamment de la censure du Conseil constitutionnel dont a été l'objet le projet de loi le 10 juin 2009. Nous emploierons donc le terme de « loi Hadopi » de manière générique, car l'objet qui nous intéressera sera l'impact du projet gouvernemental, tant pour le monde artistique, que pour les industries culturelles, la population, et la sphère politique. Ainsi, « Hadopi » pourra renvoyer au cours du raisonnement parfois à des choses différentes, mais s'incluant à chaque fois dans le

projet gouvernemental initial : projet de loi « Création et Internet », loi « Hadopi 1 », loi « Hadopi 2 », « Haute Autorité pour la Diffusion des Œuvres et la Protection des droits sur Internet ».

La « loi Hadopi » a été l'objet de débats et polémiques conséquents, sujette aux interprétations les plus diverses, source d'inquiétudes aussi pour les acteurs de l'Internet. La problématique à laquelle a tenté de répondre le projet Hadopi peut être résumée de la façon suivante : « d'un côté les artistes et leurs producteurs, dans un grand nombre de pays, réclament des autorités publiques qu'elles répriment la contrefaçon numérique. De l'autre les fournisseurs d'accès à Internet, les internautes et une large fraction de l'opinion [ont essayé] d'inhiber la réaction des autorités en protestant contre toute restriction des libertés. Les premiers invoquent la défense du droit d'auteur, né de la Révolution française et de l'âge démocratique. Les seconds évoquent la liberté individuelle et la nécessité de ne pas entraver le progrès technique »¹.

C'est ainsi au regard de cette ambition que va se construire notre analyse, avec pour objet de comprendre cette dualité d'intérêts, d'identifier les défis nouveaux inhérents à Internet pour les droits d'auteurs et la création, d'évaluer la pertinence du système mis en place et sa légitimité.

Face au spectre imposant des points de vue sur le sujet, et au vu de son ampleur, il aura fallu dégager les enjeux sous-jacents au projet gouvernemental et aux débats : droit d'auteur, régulation sur Internet, neutralité des réseaux ..., avant de pouvoir s'intéresser plus précisément à la loi en elle-même durant les recherches effectuées à l'occasion de la rédaction de ce travail. Les journaux, surtout la presse nationale, ont été une source gigantesque d'information, du fait de la couverture médiatique conséquente de l'Hadopi. Cependant, celle-ci étant de même très partisane, c'est la multiplicité des sources qui a permis de dégager la ligne directrice de la réflexion.

Bien qu'il soit difficile de rester neutre sur un sujet récent, et caractérisé par les polémiques qu'il a fait émerger, le présent travail en a l'ambition, et c'est pourquoi les

¹ OLIVENNES Denis, *Hadopi et burqa sont dans un bateau*, Internet et société de contrôle : le piège ?, ouvrage collectif, 2009

différentes considérations, notamment éthiques ou morales, restent à la charge des personnes ou auteurs cités, et ne dénotent en aucun cas d'un avis personnel, s'inscrivant uniquement dans le cadre d'une recherche de vérité, ou du moins d'une réalité, dans la mesure du possible, objectivée.

Laurent Joffrin annonçait dans l'éditorial de *Libération*, le 6 mai 2009, que « si Hadopi n'est pas bonne ce n'est en rien du fait de ses intentions, qui sont louables, mais à cause de son inefficacité probable ». Ce point de vue a l'intérêt de ne pas s'engager dans des considérations générales subjectives, mais de s'intéresser à un aspect plus factuel, et donc forcément plus tangible et évaluable. C'est donc à cela que nous tenterons de répondre au cours du développement : comprendre les raisons de la mise en place de l'Hadopi, pour ensuite en décrire le fonctionnement, relater les problématiques émergées lors des débats et les analyser, pour enfin tenter d'évaluer les réalisations de l'Hadopi à ce jour, dans une perspective ici purement pragmatique, nous défaussant de toute considération morale.

Chapitre 1 - Un constat unanime : le besoin d'une réponse politique face aux difficultés de l'industrie culturelle

I. L'industrie culturelle en crise ?

Peut-on parler d'une crise homogène ? À travers l'étude de trois secteurs – la musique, le cinéma et l'audiovisuel, et le livre – nous verrons en quoi l'on doit plutôt parler *des industries culturelles*.

A. Musique : « Depuis dix ans, les ventes de disques ont chuté de moitié »

Aujourd'hui, l'industrie musicale est confrontée à un double problème. Tout d'abord, « depuis dix ans, les ventes de disques ont chuté de moitié »¹ comme l'explique Olivier Montfort en 2009, alors à la tête d'EMI France, filiale du numéro trois mondial du disque. L'on pourrait être tenté de penser qu'aujourd'hui, à l'ère du numérique, c'est dans la logique des choses que de voir le Compact Disc (CD) tomber en désuétude, à l'heure du Mp3 et de la musique numérique ; néanmoins – et c'est ce qui est inquiétant – cette chute des ventes n'est pas compensée par les offres légales de téléchargement de musique, et se répercute donc directement sur le chiffre d'affaire du secteur. Ainsi, « sur le marché du disque français, on vend un CD aujourd'hui contre trois au début des années 2000' »². Loin de reposer sur de pures affabulations, ce constat s'appuie sur des chiffres plus que démonstratifs. De fait, au cours des six premiers mois de l'année 2009, le chiffre d'affaires des producteurs a-t-il baissé de 17,8% à 229,2 millions d'euros en France alors que les ventes physiques continuent de représenter 80% du marché. Bien que le téléchargement légal et les sites d'écoute soient en progression sur la même période, les services

1 « Olivier Montfort : un ancien de Sony Music à la tête d'EMI France », *Le Figaro*, 27 avril 2009

2 Olivier Montfort, « Musique : « la crise du numérique a un effet positif » », *Le Figaro*, 23 janvier 2010

numériques ne se développent pas assez vite pour compenser la perte de vitesse du CD. Par conséquent, les dépenses des maisons de disques sont en baisse continue depuis 2006 elles-aussi, et se manifestent par une baisse des investissements de marketing et de promotion qui n'est pas sans affaiblir d'autant plus le secteur. Le nombre d'albums commercialisés est en baisse, et de moins en moins de contrats sont signés : au premier semestre 2009, du jamais vu depuis sept ans, les labels ont rendu plus de contrats qu'ils n'en avaient signé. Les producteurs réunis au sein du Syndicat National de l'Édition Phonographique (SNEP) ont signé 35 artistes en France, contre 47 rendus sur la même période¹. De même, dans sa note d'information destinée aux parlementaires de la majorité, le groupe UMP a-t-il souligné qu'en France, de cent jeunes artistes signés en 2002, nous sommes passés à moins de soixante-dix en 2008, selon les données du SNEP.

Face à cette crise, nombreux sont les artistes qui se sont reportés sur les concerts pour gagner leur vie. Comme l'explique Alain Lahana, président de Rat des villes, société de production et d'organisation de concerts, « le concert est un modèle économique viable, mais il faut voir comment il est géré. En raison de la crise beaucoup d'artistes rajoutent des concerts pour compenser une recette qui ne provient pas du disque », cependant, « on ne retrouverait pas sur le concert ce que l'on perd sur le disque »². On ne peut néanmoins généraliser la condition des artistes : « l'année reste exceptionnelle pour les stars de la musique qui tirent vers le haut le palmarès. Mais la bonne nouvelle est que le marché n'est pas fermé aux jeunes talents comme Grégoire qui a réussi à percer cette année »³ estime Jean-Jacques Laham, consultant senior chez Booz&Company. Nous l'avons vu, les chiffres montrent clairement que moins d'artistes ont été signés, et on ne peut donc que conclure ici que les musiciens jouissant d'une grande popularité continuent de vendre des disques, tout comme ceux bénéficiant d'une lourde promotion, et d'une porte d'entrée dans le *star system*.

Face aux difficultés du marché physique de la musique, Internet est perçu comme la principale source de revenus en devenir pour l'industrie du disque, comme en témoignent les propos de Pascal Nègre : « D'ici à cinq ans, la majorité de notre chiffre d'affaires viendra du Net »⁴. Cependant, le marché du numérique est lui aussi sujet à ses propres

1 Pour les chiffres du paragraphe, voir « Les majors ne peuvent plus soutenir tous leurs artistes », *Le Figaro*, 10 septembre 2009

2 « Le prix constantin, un « booster de carrière » », *Le Figaro*, 4 novembre 2009

3 « L'argent des chanteurs », *Le Figaro*, 20 janvier 2010

4 « La majorité des revenus de la musique viendra du numérique d'ici à cinq ans », *Le Figaro*, 3 novembre 2010

mutations et restructurations. Par exemple, le téléchargement sur mobile, qui était le marché numérique le plus porteur, est en train de disparaître, remplacé peu à peu par le téléchargement sur l'Internet fixe, c'est à dire directement sur l'ordinateur, ce qui a amené à une baisse des ventes en 2009, qui n'est en fait que la manifestation d'une mutation structurelle du marché. Il est on le voit difficile d'évaluer ce marché naissant, sans tomber dans le simplisme de l'évolution annuelle du chiffre d'affaires. Il faut ici prendre en compte que ce marché naissant est encore amené à évoluer, et que ces évolutions sont à prendre en compte par delà la dynamique globale du marché du numérique.

Les défis de l'industrie musicale semblent donc se cristalliser autour de la baisse des ventes de la musique physique, et de la restructuration de l'industrie autour du marché numérique.

B. Le cas du cinéma et de l'audiovisuel

Le cinéma comme l'audiovisuel ne semblent pas sujets aux mêmes difficultés que l'industrie musicale. L'année 2008 a ainsi été la plus belle année pour le cinéma depuis trente-cinq ans¹. Patrick Zelnik, dans le rapport « Création et Internet » remis au Ministère de la Culture et de la Communication le 6 janvier 2010 a distingué trois facteurs susceptibles d'expliquer le fait que la situation de l'industrie cinématographique et audiovisuelle soit moins critique que celle de la musique. Tout d'abord, l'acceptabilité à payer reste plus élevée dans le cas du cinéma et des productions audiovisuelles du fait que le coût de production apparaît comme plus évident pour le consommateur. En second lieu, la moindre qualité des films présents sur les réseaux incite le consommateur à ne pas se détourner de la consommation légale². Enfin, du fait de la réglementation spécifique dont elle fait l'objet, l'industrie du cinéma serait mieux armée pour affronter les défis des industries culturelles à l'ère du numérique. En effet, il faut rappeler que les productions cinématographiques ont l'appui financier des chaînes de télévision privées et bénéficient de subventions publiques. De plus, celles-ci bénéficient de deux sources de revenus que sont les supports physiques type DVD, mais aussi les diffusions au cinéma, or, aujourd'hui, les salles de cinéma sont pleines. À l'inverse des majors du disques avec les concerts, les producteurs de films peuvent voir dans les projections en salle une véritable source de

1 « Cinéma : 2008, plus belle année depuis 35 ans », *Le Figaro*, 21 mai 2009

2 Patrick Zelnik se base ici sur le postulat d'un impact négatif du piratage, cependant, comme nous le verrons plus tard, ceci n'est toujours pas prouvé aujourd'hui, et incite donc à la plus grande réserve.

revenus. C'est le financement des films qui est devenu compliqué, comme l'explique Serge Hayat¹.

C. Le livre : un marché en progression avec un chiffre d'affaire stable

Le livre est aujourd'hui touché par d'autres problématiques, comme la numérisation. En effet, le livre, du fait de l'absence de substituabilité à ce jour entre livre numérique et livre physique, n'est pas sujet à la crise que traversent l'industrie du disque, et dans une moindre mesure, les industries cinématographiques et audiovisuelles. Le marché du livre est en effet en progression et son chiffre d'affaires est stable. À contrario du CD, l'objet livre n'est pas substituable. En effet, le CD lui a perdu cette dimension physique du plaisir, au contraire du vinyle, que l'on disait mort, mais qui revient en force aujourd'hui. Cette dimension est importante, car si l'on peut lire un ouvrage sur Internet, nous admettrons que le processus de lecture d'un livre dépasse le simple contenu de l'œuvre, que l'objet en soi revêt une forte dimension symbolique, comme en témoigne le fait que sont toujours éditées aujourd'hui les éditions « luxe » des ouvrages à succès.

Cependant, le livre ne dispose peut-être que d'un court répit, en témoigne l'apparition de supports de lecture électroniques comme l'iPad, ou le Kindle d'Amazon, quant à lui dédié à la lecture d'ouvrages numériques. Néanmoins, le livre pourrait bien être amené à se confronter aux mêmes problématiques que la musique enregistrée, le cinéma et l'audiovisuel à moyen terme.

Les différents secteurs des industries culturelles ont donc des difficultés et des enjeux qui leurs sont propres. De même, si aucun d'entre eux ne semblent être dans un âge d'or, ils sont touchés à des degrés différents par une crise que l'on pensait générale et homogène. Si, on le voit, les manifestations de leurs difficultés sont différentes, il leur a été trouvé par les représentants des ayants-droits de chaque secteur, tout comme par la classe politique d'une façon quasi-unanime, un responsable logique : Internet. En effet, l'essoufflement de ces industries semblent coïncider avec l'arrivée du réseau pour le grand public, et par la même occasion des services de téléchargement, légaux comme illégaux.

¹ « Quand le web se paye une toile », *L'Express*, 24 décembre 2009

II. Le téléchargement illégal désigné comme coupable

Le téléchargement illégal a donc vite été désigné comme seul responsable des difficultés que traversent divers secteurs des industries culturelles. Il est clair qu'*a priori* tout joue contre lui. En effet, dans le cas de la musique par exemple, la facilité à dupliquer, reproduire et redistribuer un fichier musical est stupéfiante, et son coût est quasi-nul, conséquemment, la consommation de musique tend à devenir gratuite, puisque son coût de diffusion approche le zéro. Le piratage a donc été présenté comme un « fléau qui fait mourir la création française ». L'Association de Lutte contre la Piraterie Audiovisuelle (ALPA) estimait ainsi que 92% des films sont copiés sur Internet avant leur sortie en DVD, que plus d'un tiers d'entre eux sont piratés avant leur sortie en salle, et que l'on chiffrait à 450 000 le nombre de films quotidiennement téléchargés illégalement, c'est à dire autant que le nombre d'entrées payantes en salle par jour. Il paraît donc cohérent de conclure, à l'instar de Françoise de Panafieu, qu'« autoriser le piratage, c'est légaliser le vol à l'étalage »¹. L'arrivée du bas débit dans les années 1990 en France aurait sonné le glas de l'industrie musicale, et avec le haut débit, ce serait donc le tour des films et des séries télévisées. Que penser donc de ce qui nous attend avec la fibre optique ! Il a donc été considéré que « la piraterie nécessite des mesures appropriées urgentes »², et qu'un projet de loi visant à lutter contre le téléchargement illégal est « une première étape indispensable »³.

Cependant, tout cela ne relève jusqu'à présent que de l'impression. Nous allons donc étudier l'émergence de ces réseaux de téléchargements illégaux, essayer de comprendre leur fonctionnement, et mettre en évidence la façon dont l'opinion a été sensibilisée à la question du piratage suite à de retentissants procès intentés aux concepteurs de ces logiciels d'échanges de pair à pair, aussi dit logiciels d'échanges peer-to-peer, ou P2P.

1 « Cinéma : presque autant de films téléchargés que d'entrées payées », *Le Monde*, 5 août 2008

2 Frédéric Delacroix, délégué général de l'ALPA, *Le Figaro*, 6 avril 2009

3 « Olivier Montfort : un ancien de Sony music à la tête d'EMI France » *Le Figaro*, 27 avril 2009

A. Émergence et fonctionnement des réseaux de « pair-à-pair »

Le « pair-à-pair », traduction de « *peer-to-peer* », souvent abrégé « P2P », est un modèle de réseau informatique proche du modèle client-serveur, à la différence que chaque client est aussi un serveur. Les systèmes « pair-à-pair » permettent à plusieurs ordinateurs de communiquer, d'échanger des données (objets ou flux multimédias), via un réseau sur Internet. La caractéristique principale de ce système est qu'il est décentralisé, c'est à dire que chaque ordinateur va jouer le rôle à la fois de client (réception de données) mais aussi de serveur (envoi et hébergement de données). Contrairement à un modèle classique basé sur la relation client-serveur, les données n'ont besoin de transiter par aucun point précis, et ne sont pas hébergées par un serveur central. Le principe du pair-à-pair a connu plusieurs applications, mais c'est celle du partage de fichiers qui reste la plus connue du grand public, et qui nous intéresse ici¹.

Pour utiliser les réseaux de P2P, l'internaute doit obtenir un logiciel, qui lui permettra de jouer ce double rôle de client et de serveur. Ces logiciels sont généralement appelés des *clients* P2P. Chaque utilisateur sur ces réseaux joue le rôle de *pair*, et permet au système de fonctionner en envoyant les données, en même temps qu'il les reçoit². Les postes connectés au réseau sont des *nœuds*, chaque nœud pouvant proposer, envoyer, et recevoir des fichiers sur le réseau. Ainsi, plus un fichier est populaire sur un réseau de pair-à-pair, plus il est disponible et facilement échangeable.

Le pair-à-pair en tant que principe n'a que peu touché le grand public, c'est de par son application via les logiciels de partage de fichiers que la notion est devenue courante, bien que finalement son fonctionnement concret reste opaque pour la majorité des internautes. En effet, la généralisation de l'Internet grand-public, et *a fortiori* des connexions haut débit, a considérablement accru l'utilisation de ces logiciels. Plusieurs protocoles de transfert de données sur les réseaux de pair-à-pair existent, parmi lesquels le protocole BitTorrent, le protocole Gnutella, le protocole eDonkey2000, ou bien encore le protocole FastTrack. Chaque client P2P utilise un protocole en particulier : on trouve ainsi

¹ Dans les applications supplémentaires des réseaux de pair-à-pair, notons notamment le *calcul distribué*, qui permet aux internautes de mettre à disposition une partie de la puissance de calcul de leur ordinateur, à des fins de recherche par exemple, avec le projet BOINC (Berkeley Open Infrastructure for network Computing)

² Il est néanmoins possible de bloquer les connexions sortantes sur ce types de clients, rendant seul le téléchargement descendant effectif.

Azureus sur BitTorrent, Limewire sur Gnutella, ou eMule sur eDonkey2000.

Deux types de pairs existent : les *seeders*, et les *leechers*. Les seeders étant ceux qui diffusent le fichier, et les leechers ceux qui le reçoivent. Ainsi, sur un réseau de partage de fichiers de « pair-à-pair », la présence de seeders est obligatoire pour pouvoir partager le fichier, faute de quoi, le fichier disparaît du réseau. Les « P2Pistes » sont donc dans une logique du « bon usage », incitant à partager un fichier le plus longtemps possible.

B. Une première sensibilisation de l'opinion aux dangers du téléchargement illégal suite à de retentissants procès

De nombreux procès ont été intentés à partir de la fin des années 1990 aux sociétés distributrices de logiciels permettant l'échange de fichiers via des réseaux de pair à pair. Ceux-ci ont été fortement couverts médiatiquement, notamment celui de la société Napster¹. En mai 1999, Shawn Fanning, étudiant à l'Université de Boston, a créé Napster, dans l'idée de mettre en relation les internautes du monde entier pour qu'ils échangent de la musique. Face au succès fulgurant du programme, en décembre 1999, la RIAA (Recording Industry Association of America) a lancé une procédure judiciaire contre la société Napster,². Celle-ci a demandé à la justice de reconnaître la validité du copyright sur Internet, accusant Napster de violer le copyright, la société opposant quant à elle le droit de copie à usage privé, au regard de l'Audio Home Recording Act (AHRA), qui permettait à tout acheteur de musique d'effectuer des copies de sauvegarde et de prêter leurs CD à des proches³. Logiquement, la juge Marylin Patel a estimé que l'AHRA ne pouvait s'appliquer à une communauté de plusieurs millions d'utilisateurs. Selon ses dires, « Napster a créé un monstre ... », et « Napster [ayant] écrit le programme, c'est à eux d'écrire le code qui empêchera les utilisateurs d'échanger du matériel sous copyright »⁴. Ainsi, à l'issue de l'audience préliminaire, la juge a donné raison à la RIAA, et ordonné l'arrêt de distribution de contenus protégés par le droit d'auteur sur le site de Napster, la société décidant alors de faire appel. Néanmoins, au bout de deux ans de procédures judiciaires, le logiciel est retiré en 2001, avant de réapparaître sous la forme d'un service musical payant.

1 Un procès à notamment été intenté à Kazaa, mais celui-ci ne revêt pas la même ampleur médiatique que celui qui a pu être intenté à Napster, c'est pourquoi nous nous focaliserons ici sur ce dernier procès.

2 Article 01Net : http://www.01net.com/article/115730_a.html

3 *Ibid.*

4 Article 01Net : <http://www.01net.com/article/115467.html>

Ce procès a fait émerger la question du copyright et des droits d'auteur sur Internet, et a reçu une médiatisation massive, captant l'opinion. Des appels au boycott de la RIAA ont été lancés sur le web par des utilisateurs du service¹. Ce procès a posé la question de la place des productions intellectuelles et artistiques dans le monde des technologies numériques. Les titres de musiques, du fait de leur immatérialité, sont devenus des « objets de troc », perdant toute valeur économique aux yeux des utilisateurs, du fait d'un système leur permettant d'avoir accès à un catalogue quasi-universel de musique, bien qu'il était encore moindre comparé à celui dont disposent les internautes aujourd'hui, et qui commençait à soulever le débat entre « accès à la culture universel » et « respect du droit d'auteur ».

La question des droits d'auteur a de même touché les artistes. Des groupes de musique comme Metallica ont attaqué Napster, se mettant souvent à dos leur public². Paradoxalement, le groupe était devenu populaire au début des années 1980 du fait de leur démo³ « No Life 'till Leather », dont ils avaient eux même encouragé la copie et la redistribution gratuite⁴. La réaction de leurs fans a été très virulente, l'attitude des stars du métal n'ayant pas été comprise par son public. Ainsi, beaucoup d'images ont été retransmises à la télévision, montrant des fans du célèbre groupe en train de détruire leur collection de CD.

C. Le volume des téléchargements illégaux

Bien que le volume des échanges de fichiers illégaux soit difficile à chiffrer certains s'y sont risqué. Il est en effet difficile de les mesurer, ceux-ci ayant cours par de multiples voies et sous de multiples formes. Il est déjà difficile de recenser les fichiers illégaux, de les répertorier, mais encore plus difficile de surveiller ces échanges. Il faut donc considérer les chiffres qui vont suivre comme des estimations, plus que comme de véritables indicateurs des pratiques de téléchargement illégal.

Selon la Direction générale du Trésor et de la Politique économique, il y avait en 2005 huit millions d'utilisateurs occasionnels, et 750 000 utilisateurs réguliers des réseaux

1 Un site (<http://www.boycott-riaa.com>) a été mis en place, mais semble indisponible aujourd'hui.

2 <http://www.shreddingradio.com/metallica.html>

3 Le disque que l'on présente à un label pour se faire signer

4 <http://www.shreddingradio.com/metallica.html>

de pair à pair en France¹. Le groupe parlementaire UMP estimait quant à lui dans sa lettre d'information destinées aux députés de la majorité que le téléchargement illégal sur Internet était responsable d'une baisse de 50% en cinq ans du chiffre d'affaires de l'industrie musicale, d'une baisse de l'emploi de 30% dans les maisons de disques, et d'une diminution de 40% du nombre d'artistes signés en moins d'un an.

III. Une tradition d'interventionnisme étatique au nom de « l'exception culturelle française »

Face au téléchargement illégal, considéré comme massif et généralisé, la réaction du législateur semble naturelle, notamment dans le cadre de la défense de ce que l'on appelle « l'exception culturelle française ». Pour contrer ce phénomène, le législateur dispose soit du droit d'auteur, droit exclusif sur l'œuvre, soit de la licence globale, qui légalise l'accès et le partage de fichiers sur Internet en échange d'une rémunération reversée aux ayants-droits. La licence globale ayant été rejetée par le législateur, bien que momentanément adoptée en 2005, c'est dans le cadre du système des droits d'auteurs et des droits voisins que se déroulera la lutte contre le piratage. Il s'agit ici de trouver un équilibre social et économique entre domaine payant et domaine public. D'une part, les ayants droits et les créateurs exercent un droit de propriété, et sous certaines conditions, le public peut y accéder librement. C'est le cas par exemple des œuvres qui ne peuvent être soumises au droit d'auteur, ou bien de celles qui « tombent » dans le domaine public après un certain temps. De même, certaines œuvres font partie du domaine public de par le choix de leur créateur, qui décide de rendre son œuvre libre de droits, tout en s'en assurant la paternité : c'est le cas du Copyleft, des licences GPL ou Creative Commons par exemple.

A. La défense de « l'exception culturelle française » dans l'histoire et l'évolution du droit d'auteur

Frank Riester, rapporteur à l'Assemblée Nationale du projet de loi « Création et

¹ Rapport « Le téléchargement illicite d'œuvres protégées par le droit d'auteur » au Ministère de la Culture et de la Communication de Jean Cédras, avril 2007

Internet » dit « Hadopi » insistait sur le fait que ce texte avait pour ambition de sensibiliser les internautes à la mise en danger de l'exception culturelle française. Cet argument a été beaucoup utilisé par les défenseurs de la lutte contre le piratage et il est donc légitime de s'intéresser à la signification de cette « exception culturelle ».

La conception du droit d'auteur français est bercée de l'idéologie portée par les rédacteurs de la loi de 1957 sur la propriété intellectuelle et de cette idée d'interventionnisme étatique afin de garantir la diversité culturelle.

Denis Olivennes, ancien PDG de la Fnac, ayant mené une mission pour le gouvernement dans le but de trouver une solution à la crise du disque, résume comme ceci ce que l'on nomme « l'exception culturelle française »¹ :

« La société, dans son ensemble, pourrait avoir un intérêt supérieur à protéger les auteurs pour garantir la pérennité de la création cinématographique et musicale et ainsi la diversité culturelle. Sans doute cette protection constitue-t-elle une « rente » pour les ayants droit, au détriment du consommateur. Mais cette rente est précisément le prix que paie la société pour conserver son expression artistique. Les œuvres de l'esprit ne sont pas des marchandises, plus exactement, elles ne sont pas des marchandises comme les autres. La singularité d'une marque de petits pois par rapport à une autre n'est pas telle qu'il faille absolument se soucier de protéger la « diversité » du marché des petits pois. Il faut s'assurer de la qualité des produits. Pour protéger le consommateur de prix trop élevés et injustifiés, il convient également d'empêcher la constitution d'un monopole du petit pois. Telles sont les justifications à l'intervention de la loi, de la réglementation et, le cas échéant, du régulateur. On le voit, cela est fait pour protéger le consommateur.

Dans le cas des livres, des films, de la musique, les enjeux sont d'une tout autre nature : ce n'est pas le consommateur mais le producteur qu'il faut mettre à l'abri. Aucune œuvre n'est substituable à une autre. La diversité de la production – à la fois géographique et artistique – est un objectif en soi, pour éviter une monochromie culturelle qui traduirait une univocité des points de vue esthétiques, bien sûr, mais aussi idéologiques. En l'absence de règles particulières, la seule loi du marché entraîne une concentration sur les producteurs les plus puissants dans les pays dont l'industrie

¹ OLIVENNES Denis, *Hadopi et burqa sont dans un bateau*, Internet et société de contrôle : le piège ?, ouvrage collectif, Cités 2009/3 (n° 39), 2009

culturelle domine et sur les œuvres les plus commerciales.

Inversement, en attirant artificiellement des financements vers les producteurs culturels et, au sein de ce secteur, en forçant l'allocation d'une partie de ces financements à des « petits » opérateurs, l'on garantit cette diversité. Ainsi, le prix unique du livre, les quotas d'achat et de diffusion d'œuvres européennes et françaises imposés aux radios et aux télévisions, ou encore les mécanismes de taxe sur les billets de cinéma et de redistribution de cette manne par le truchement du Centre national de la cinématographie, participent tous de cette logique. C'est l'esprit de toute la construction, depuis la Seconde Guerre mondiale, de ce que l'on a appelé en France l'« exception culturelle » ».

On voit donc bien ici tout l'enjeu de la lutte contre le téléchargement illégal ; en partant du postulat que le piratage est responsable de la crise des industries culturelles, on le rend par la même conséquent nuisible à la création proprement dite, au vu que c'est en garantissant le financement de l'industrie, que l'on garantit la pérennité de la création. Le problème devient donc de trouver les moyens de lutter contre le piratage.

B. Les « pirates » : un groupe social loin d'être homogène

La difficulté ici est de trouver un moyen de légiférer contre un phénomène inédit. En effet, le terme de « pirate » ne concerne aujourd'hui pas une minorité, organisée, et agissant à but lucratif, comme cela a pu être le cas auparavant. Il s'agit de lutter contre un phénomène à la fois massif, généralisé et « mou ». Massif de par l'ampleur supposée des téléchargements illégaux, généralisé du fait du nombre de personnes s'adonnant à cette pratique, et « mou » : le préjudice social lié au piratage d'œuvres sous droit est en effet socialement accepté, et se caractérise par une multitude de petites infractions qui prises à part, ne représentent pas un tort conséquent, mais qui, prises ensemble, représentent un manque à gagner énorme pour les industries culturelles, et donc, si l'on suit la logique de Denis Olivennes, un tarissement du potentiel créatif de la société.

Il convient donc de distinguer ici deux premiers groupes de « pirates » : l'internaute qui télécharge un album pour l'écouter chez lui, et le pirate organisé, professionnel, s'adonnant à de la contrefaçon massive à des buts lucratifs. Guy Bono, eurodéputé, considérerait par exemple que seule la piraterie organisée devait être sanctionnée, et que l'on devrait trouver une solution alternative pour ceux qui s'adonnent au téléchargement illégal

de fichiers pour une utilité personnelle¹. De même, on peut imaginer distinguer les internautes mettant à disposition des œuvres sous droits, et ceux qui les téléchargent. Enfin il convient peut être aussi de différencier deux sous-ensembles dans le groupe des « pirates du dimanche ». Patrick Waelbroeck a ainsi identifié deux types d'utilisateurs de réseaux de partage au cours d'une étude portant sur le téléchargement illégal de fichiers musicaux. Les premiers, qu'il appelle les « pirates » cherchent à se constituer une bibliothèque musicale numérique à faible coût, alors que les « explorateurs » voient dans l'outil internet un instrument pour découvrir de nouveaux artistes, ou de nouveaux genres musicaux, ces derniers étant susceptibles donc d'acheter les œuvres des artistes qu'ils découvrent².

Par ailleurs, les personnes s'adonnant au téléchargement illégal le font pour de multiples raisons, et l'on peut imaginer de même que c'est parfois la synthèse de celles-ci qui est à l'origine de l'acte de contrefaçon. Ainsi, certains peuvent télécharger du fait de l'appel de la gratuité, rendant le problème relevant d'une question d'offre. On peut en effet imaginer que pour deux biens équivalents, imaginons un morceau de musique par exemple, le télécharger de manière illégale n'étant techniquement pas plus contraignant que de se le procurer par des voies légales, l'*homo oeconomicus* privilégie naturellement la voie illégale, qui elle est gratuite pour un résultat strictement équivalent. Bien entendu, on peut reprocher à cette approche de ne pas prendre en compte l'importance du support, en ce sens qu'il faut aussi souligner qu'un CD ou un disque n'a pas la même valeur symbolique qu'un fichier mp3. Cependant, le support CD (on parle de celui là car c'est le dominant aujourd'hui, et si les vinyles resurgissent quelque peu, cela reste un marché marginal) ne transporte pas cette charge symbolique comme a pu le faire le vinyle, rendant caduc tout raisonnement consistant à expliquer que le mp3 et le CD ne sont pas comparables, car étant de natures différentes. Soulignons de même que d'autres comportements sociaux de piratage trouvent plutôt explication dans une perspective d'analyse de la demande. En effet, si à la genèse du piratage les utilisateurs des réseaux de « pair à pair » étaient capables d'attendre un quart d'heure pour une chanson, voire des jours pour un film, c'est bien que la demande ne trouvait peut-être pas un débouché dans l'offre disponible. De même, le marché des concerts rappelle que la demande est très forte. Alors, on peut tout autant supposer que le piratage trouve racine dans la recherche de biens rares, difficiles à trouver,

1 « "Le flicage des réseaux ne doit pas servir les intérêts économiques" », *Le Monde*, 29 septembre 2008

2 WAELBROECK Patrick, « L'industrie musicale face au téléchargement », *La vie des idées*, 21 septembre 2010

ou disparus du monde physique.

On le voit, le terme de « pirate » recoupe en réalité divers profils d'internautes, et c'est pourquoi il est compliqué de légiférer sur la question. Au delà de la nécessité de répondre par le biais de la loi aux inquiétudes des représentants des industries culturelles, il était indispensable de moderniser la loi sur la contrefaçon alors en place, inadaptée au caractère massif et généralisé du piratage. Ainsi, un internaute pouvait se voir condamner à une peine de 5 ans de prison, assortie de 300 000 euros d'amende pour « délit de contrefaçon » sans même que la finalité de ses téléchargements ait été intéressée. Relaté par le journal *Libération*, l'exemple de James Climent illustre l'inadéquation de la loi aux phénomènes qu'elle entend sanctionner. Celui-ci a en effet été condamné à 20 000 euros de dommages et intérêts, à la suite de deux ans de procès¹.

IV. De la difficulté à légiférer sur le téléchargement illégal

En 2006, le gouvernement avait déjà pour projet de revoir la législation en vigueur concernant le téléchargement illégal, jugée inadaptée au phénomène qu'elle prétendait combattre. C'est dans cette optique que fut rédigé le projet de loi « Dadvsi », ou *loi relative aux droits d'auteur et droits voisins dans la société de l'information*, issue de la directive européenne 2001/29/CE. Bien qu'il fut un échec, celui-ci a l'intérêt de mettre en lumière les problématiques qui, en dehors de celles propres à la loi « Création et Internet », sont inhérentes à tout projet ayant pour ambition de légiférer sur le piratage numérique des œuvres sous droits.

Au travers des débats et des revers subis par ce projet de loi, présenté par Renaud Donnedieu de Vabres, alors Ministre de la Culture et de la Communication, se sont dégagées trois problématiques fortes. Tout d'abord, la difficulté de mettre en place un filtrage efficient des réseaux a été mise en lumière. De plus, il est apparu comme difficile de statuer sur le filtrage des réseaux. Enfin, les problèmes de définition de l'acte de contrefaçon comme d'imputabilité des actes se sont révélés être des obstacles majeurs à l'adoption de ce projet de loi.

¹ « James Climent ; Fichiers-moi la paix », *Libération*, 10 août 2010

A. La difficile mise en œuvre d'un filtrage des réseaux

Afin de pouvoir stopper le téléchargement illégal, l'option du filtrage a été maintes fois avancée. Le filtrage consiste à surveiller et analyser le trafic internet, dans le but d'empêcher l'accès à certains contenus ou à certaines applications. C'est le Fournisseur d'Accès à Internet (FAI) qui joue généralement le rôle de filtre, il dispose pour cela d'outils lui permettant d'opérer avec une précision plus ou moins fine.

On peut imaginer plusieurs types de filtrages. Chez le FAI tout d'abord, ou bien directement sur le poste de l'abonné. Un filtrage chez le fournisseur d'accès serait très onéreux, et se poserait alors la question du financement de cette mesure. Le problème du filtrage mis en place sur le poste de l'abonné peut être envisagé sous différentes formes. Un logiciel de filtrage pourrait être installé sur l'ordinateur de l'internaute, il fonctionnerait alors comme une sorte de pare feu, bloquant ou autorisant l'émission ou la réception de contenus, qui peuvent être « tatoués », c'est à dire comporter une signature numérique permettant au logiciel de statuer sur le caractère licite du fichier. Ce système est bancal pour au moins deux raisons¹. Premièrement, les tatouages des œuvres sont supprimables. De plus, un logiciel de ce type bloquerait l'accès à des applications qui permettent des échanges de fichiers illicites comme licites. Le filtrage par port de communication est une autre alternative. Afin de communiquer avec le réseau, les applications utilisent des « ports », que l'on pourrait s'imaginer comme des tunnels leur donnant accès à la toile. Bloquer certains de ces ports permettrait d'empêcher les applications de les utiliser et donc de fonctionner. Cependant aujourd'hui, les applications d'échanges de fichiers de pair à pair ne fonctionnent plus par des ports déterminés, et l'utilisateur peut aisément changer le port de communication de son logiciel d'échange de fichiers². Enfin, les informations peuvent être chiffrées, ce qui rendrait caduc tout système de filtrage, d'autant plus que la prochaine génération de protocole IP, c'est à dire le système qui détermine l'adresse numérique, « la plaque d'immatriculation » de l'ordinateur, qui est en train de se mettre en place, permet le cryptage de bout en bout et empêche donc toute analyse intermédiaire des données échangées³.

Selon Yves Le Mouël, directeur général de la Fédération Française des Télécoms en

1 CÉDRAS Jean, *Op.Cit.*

2 *Ibid.*

3 *Ibid.*

2010, « toutes les techniques de blocage, sans exception aucune, sont contournables »¹. Tenter de mettre en place un dispositif de filtrage reviendrait donc à « construire des lignes Maginot »². En dehors de toute considération quant à l'efficacité d'un tel système, il faut souligner de même que celui-ci comporte des risques. Le sur-blocage, c'est à dire bloquer par erreur des contenus non visés par la procédure de filtrage est difficile à éviter. La grande majorité des sites internet partagent leurs serveurs avec d'autres sites, ce qui induit que bloquer une IP revient à bloquer tous les sites du serveur. La Grande-Bretagne en a fait l'expérience : en voulant bloquer une image jugée à caractère pédopornographique hébergée par le site Wikipédia, elle a visé toute la plate-forme. En plus du risque de sur-blocage, il existe aussi un risque de propagation de ce blocage. Quand le gouvernement pakistanais a décidé de bloquer l'hébergeur de vidéos YouTube, le site s'est retrouvé indisponible durant plusieurs heures pour l'ensemble des internautes mondiaux³.

Jean Berbineau, un des membres de l'Hadopi, s'est prononcé en faveur du filtrage par *Deep Pack Inspection* (DPI). Celui-ci fonctionne en centralisant tous les paquets de données du trafic internet en un point du réseau, ce qui lui permet d'être relativement efficace et précis, mais a le désavantage d'être extrêmement coûteux : la Fédération Française des Télécoms estimait le coût d'un tel dispositif à 140 millions d'euros pour trois ans⁴. Il faut également prendre en compte le fait qu'Internet est un réseau décentralisé ce qui implique que si l'on peut empêcher l'accès à un site au sein d'un réseau fermé, comme dans une entreprise par exemple, ceci est bien plus compliqué à mettre en œuvre au niveau d'un pays. Cela impliquerait de rediriger le trafic vers des points précis, et aboutirait à un fort engorgement du réseau, et à un ralentissement général très sensible. Des tests en Australie ont constaté un ralentissement du débit à hauteur de 87%⁵.

En premier lieu, il apparaît donc que la mise en place d'un filtrage n'est pas sans poser des problèmes techniques, tout autant sur le plan de son efficacité, que de sa granularité, c'est à dire de sa précision. De même, celui-ci pose des problèmes légaux, statuer sur le filtrage des réseaux s'avérant être un véritable casse-tête juridique.

1 « Un filtre à cafter sur le Net », *Libération*, 21 janvier 2010

2 *Ibid.*

3 *Ibid.*

4 *Ibid.*

5 *Ibid.*

B. Statuer sur le filtrage des réseaux : un casse-tête juridique

Peut-on légaliser le filtrage des réseaux ? En 2007, la société Logistep, qui avait collecté les adresses IP d'internautes ayant téléchargé illégalement le jeu vidéo « Call of Juarez » s'était vue rappelée à l'ordre par la Commission nationale informatique et libertés (Cnil)¹. L'éditeur polonais du jeu vidéo avait par le biais de son avocate adressé des courriels aux pirates, leur demandant de régler la somme de 400 euros, faute de quoi ils engageraient des poursuites. La Cnil étant depuis 2004 seule autorisée à délivrer les « permis » de récolter les adresses IP, ces intimidations se sont retrouvées hors la loi. Quelles sont alors les critères retenus par la Cnil pour délivrer les autorisations de collectes d'adresses IP ?²

L'article 29 de la directive européenne 95/46 CE du 24 octobre 1995 a établi un organe européen consultatif indépendant regroupant les représentants des organes nationaux de protection de la vie privée, dont la Cnil fait partie. Ce groupe de travail désapprouve « la recherche systématique à grande échelle comme le balayage d'Internet ou la demande de communication de données personnelles détenues par d'autres acteurs tels que les fournisseurs d'accès ou les contrôleurs des annuaires Whois ; de telles enquêtes sont de la compétence de l'autorité judiciaire ». Les trois décisions de la Cnil sur le sujet éclairent sur l'interprétation à faire de cette position.

Le 11 avril 2005, la Cnil a autorisé le Syndicat des éditeurs des logiciels de loisirs (SELL) à procéder à deux traitements automatisés de détection de contrefaçons de jeux vidéos sur des réseaux de pair à pair. Les adresses IP n'étaient pas conservées par le SELL, et celles-ci ne servaient pas à identifier un internaute en particulier : un message était directement envoyé via la messagerie interne du programme d'échange de fichiers, uniquement aux utilisateurs mettant à dispositions les fichiers sous droits. L'envoi de messages ne se faisait que pour les mises à disposition de logiciels appartenant aux éditeurs membres du SELL, et les courriels ne comportaient aucune menace de sanctions. Par ailleurs, les données concernant les internautes n'étaient conservées que sous deux conditions : lors d'une première mise à disposition du fichier, ou bien lorsque celui-ci était

1 « L'Hadopi se prend les pieds dans l'IP », *Libération*, 19 mai 2010

2 Jean Cédras, dans son rapport au Ministère de la Culture et de la Communication, en analysant trois décisions de la Cnil ayant trait au traitement de données personnelles par des sociétés d'ayants-droits, a tenté d'établir une « doctrine Cnil ». L'analyse qui suit est tirée de ce rapport.

diffusé sur le réseau avant sa sortie commerciale. La Cnil a alors considéré que l'équilibre entre la protection des droits des personnes dont les données étaient collectées et les droits des auteurs et ayants-droits était ici préservé, et a donc autorisé le SELL à procéder de la sorte.

Le 24 octobre 2005, la Cnil a rejeté la demande effectuée par la Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SACEM), la Société pour l'administration du Droit de Reproduction mécanique des Auteurs, Compositeurs et Éditeurs (SDRM), la Société civile des Producteurs Phonographiques (SCPP) et la Société civile des Producteurs de Phonogrammes en France (SPPF), quant au traitement de données personnelles sur les réseaux P2P. Quelles différences avec la demande de la SELL permettent de justifier une réponse négative de la part de la Cnil ? Premièrement, quand la SELL prévoyait de surveiller les quatre principaux réseaux de pair à pair pour envoyer quelques trois cent messages de prévention par jour, la SACEM, la SDRM, la SCPP et la SPPF comptaient surveiller la quasi-totalité des réseaux P2P, l'objectif étant d'envoyer 50 000 à 100 000 messages par jour. Dans le cas d'utilisateurs ayant mis plus de cinquante fichiers à disposition, l'adresse IP était alors transmise au FAI qui devait alors envoyer un courriel à l'internaute directement sur sa messagerie personnelle. La Cnil a donc statué que « si les finalités poursuivies par les traitements présentés par [les sociétés] sont similaires à celles figurant dans la demande d'autorisation du SELL, les fonctionnalités de ces dispositifs ainsi que l'échelle de leur mise en œuvre ne sont pas comparables », considérant que le recours au FAI dans la procédure n'était pas tolérable, l'envoi de message pédagogique ne faisant pas partie des cas de figure où le fournisseur d'accès peut conserver les données de connexion de ses clients. De plus, le Conseil Constitutionnel de par sa décision du 29 juillet 2004 relative au Code des postes et communications électroniques a affirmé que les données collectées à l'occasion de traitements ayant pour objet la recherche d'infractions aux droits d'auteurs ne pouvaient acquérir un caractère nominatif que sous contrôle de l'autorité judiciaire. Les moyens utilisés, pour la Cnil, étaient donc disproportionnés par rapport à la finalité énoncée. Jean Cédras considère que l'on peut alors opposer le caractère qualitatif mis en avant par la SELL au caractère quantitatif retenu par les sociétés d'auteurs : si la SELL se basait sur la première mise à disposition ou une mise à disposition avant la sortie commerciale, ici les ayants-droits avançaient le nombre de fichiers mis à disposition.

Le 21 décembre 2006, l'Association de Lutte contre la Piraterie Audiovisuelle (ALPA) a été autorisée à traiter des données de caractère personnel. Des agents assermentés dressaient des procès verbaux de constatation de faits illégaux, qu'ils transmettaient par la suite afin de pouvoir engager des poursuites. Les données collectées étaient saisies manuellement, et n'incriminaient personne, l'agent relevant simplement des faits. C'est l'autorité judiciaire qui par la suite se prononçait sur l'imputabilité des faits, la recherche d'IP sur les réseaux n'ayant d'autre objet que de les mettre à disposition de la justice.

Selon Jean Cédras, la doctrine de la Cnil concernant l'autorisation de procéder à des traitements de données personnelles sur les réseaux s'établit donc ainsi : « elle ne délivre son autorisation que lorsque certaines conditions sont réunies, qui préservent l'équilibre primordial entre le droit au respect de la vie privée des personnes dont les données sont traitées et les droits dont bénéficient les auteurs et leurs ayants-droits. Les données personnelles ne peuvent être collectées que pour une finalité explicite et légitime (...). De plus, les données personnelles et leur collecte doivent être proportionnées à cette finalité ». De même, « l'acquisition du caractère nominatif d'une adresse IP ne peut intervenir que dans le cadre d'une procédure judiciaire ».

La position de la Cnil montre bien que la mise en place d'un filtrage des réseaux, en plus d'être difficile à mettre en œuvre techniquement, est limitée. Quand bien même les obstacles juridiques et techniques mentionnés auraient été franchis, l'autorité judiciaire se verrait confier la tâche délicate d'imputer les actes à l'internaute contrevenant, une adresse IP ne dévoilant rien d'autre qu'un accès internet, et de statuer sur l'acte de contrefaçon lui-même, qui revêt un caractère inédit dans le cas du téléchargement illégal.

C. Les problèmes de définition de l'acte de contrefaçon et d'imputabilité des actes

Quand bien même un filtrage des réseaux est en place, la contrefaçon numérique revêt certains caractères particuliers qui la rendent plus difficile à appréhender par le législateur. En effet, l'acte de contrefaçon en soi diffère, et n'est pas assimilable à une simple copie physique, et l'on peut distinguer celui qui met à disposition le fichier sans autorisation de celui qui le télécharge. Cette distinction est problématique car le réseau P2P

étant par essence décentralisé, chacun reçoit des données et en envoie. À ce moment là, qui inculper ?

De plus, il est compliqué, ayant la charge de la preuve, de prouver la responsabilité d'un internaute en particulier, relever une adresse IP ne revenant pas à prouver la responsabilité du possesseur de la connexion internet.

1. L'exception de copie privée applicable pour le téléchargement ?

Définir l'acte de contrefaçon est une tâche ardue. Dans les années 1980, du fait de l'arrivée des premiers supports vierges, l'on avait vu émerger un nouveau débat, celui de l'exception de copie privée, mené par Jack Lang alors Ministre de la Culture. En effet, l'essor des cassettes et VHS vierges a fait surgir la problématique du piratage que l'on pourrait qualifier de « domestique » : chacun était en mesure de copier des œuvres audiovisuelles, musicales et de les redistribuer. Cependant, il était difficile de lutter face à un phénomène qui, si l'on s'écartait de son aspect massif et dommageable pour les industries culturelles, n'était que la somme d'une multitude de petites contrefaçons, qui prises chacune à part, se révélaient être anodines. Deux criminalités se sont donc côtoyées à partir de ce moment là : une criminalité que l'on pourrait qualifier de « naturelle », c'est à dire pour laquelle il y a un consensus autour du fait qu'il y a violation d'un interdit, et une criminalité « artificielle », pour laquelle la réprobation sociale est faible, voire inexistante¹. Ainsi, la question de la lutte contre le téléchargement illégal se veut très proche du débat présent sur la scène publique concernant les supports vierges. La solution pensée par la majorité a alors été de mettre en place le concept de « copie privée » : depuis 25 ans, à chaque achat d'un support vierge une partie du prix est reversée aux ayants-droits, afin de compenser leurs potentielles pertes. Cependant, la loi ne s'arrête pas là, en légalisant la copie à usage privé. Une personne peut donc légalement copier une œuvre suite à sa diffusion ou son achat pour l'utiliser dans le cercle privé, incluant par exemple la famille. Cette exception au droit d'auteur ne doit cependant pas être confondue avec la *copie de sauvegarde*, qui concerne elle les logiciels par exemple, le copiste devant être dans ce cas là l'acquéreur de l'œuvre. Est-il alors possible d'adapter ce système à la contrefaçon numérique ?

Tout comme pour la copie privée, le téléchargement illégal descendant, c'est à dire

¹ CÉDRAS Jean, *Rapport au Ministère de la Culture et de la Communication, Op. Cit.*

lorsque l'on télécharge une œuvre, par opposition au téléchargement ascendant, quand on met à disposition une œuvre, sont de caractères très différents, et méritent peut être donc une législation appropriée à chacun d'entre eux. Le téléchargement ascendant peut être vu comme une *contrefaçon par représentation*¹, et le fait de télécharger un fichier sous droits sur les réseaux de pair à pair comme une *contrefaçon par reproduction*², tout comme l'est la copie privée. Le débat, toujours en cours, concerne le besoin de licéité de la source d'origine. Pour bénéficier d'une exception au droit d'auteur, comme dans le cadre de la copie privée, l'œuvre d'origine doit-elle avoir été acquise de manière légale ?

Les arrêts juridiques sont contradictoires et laissent le doute. Le 10 mars 2005, la cour d'appel de Montpellier relaxe un étudiant accusé par Buena Vista Home Entertainment et d'autres ayants-droits d'avoir copié illégalement 509 films, sans se prononcer sur le caractère licite ou non de la source³, ce qui lui a été par la suite reproché par la Cour de cassation dans son arrêt du 30 mai 2006⁴. La directive du 22 mai 2001 sur l'harmonisation du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, et la loi du 1er Août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information ont été de plus silencieuses sur le sujet, alimentant sa nature incertaine. Cependant, les exceptions au droit d'auteur sont soumises à un principe général strict, ce qui conforte l'idée selon laquelle un acte illégal ne peut être soumis à l'exception du droit d'auteur. De plus, l'art. L. 122-5 al. 4 du Code de la Propriété Intellectuelle dispose que « les exceptions énumérées par le présent article ne peuvent porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni causer un préjudice injustifié aux interprètes légitimes de l'auteur ». En partant donc du postulat que le téléchargement illégal est préjudiciable de manière globale à la création, on peut considérer que l'exception de copie privée ne pourrait s'appliquer dans le cas du téléchargement illégal⁵.

2. L'IP « nominative » pertinente ?

Une fois abandonnée l'idée de faire bénéficier le téléchargement sur les réseaux de pair à pair de l'exception de copie privée, dans le cadre d'une législation visant à lutter contre le piratage, encore faut-il pouvoir inculper les contrefacteurs. Ceci n'est pas s'en

1 CÉDRAS Jean, *Op. Cit.*

2 *Ibid.*

3 Arrêt de la 3ème chambre correctionnelle de la Cour d'appel de Montpellier, 10 mars 2005

4 Arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation, 30 mai 2006

5 CÉDRAS Jean, *Op. Cit.*

poser problème, car l'unique information disponible sur Internet est l'adresse IP, localisant l'accès Internet, et non pas un ordinateur, et a fortiori encore moins un individu.

Il serait osé de questionner la pertinence de l'adresse IP pour inculper des personnes physiques sans définir premièrement en quoi elle consiste, et comprendre son fonctionnement technique. « IP » est l'acronyme d'*Internet Protocol*, un système conçu par Vint Cerf, qui est une famille de protocoles de communication de réseaux informatiques, qui permet un service d'adressage unique pour chaque appareil connecté sur Internet. On parle ainsi d'adresse IP, celle-ci étant une suite de nombre décimaux. Plusieurs versions du protocole IP existent, la version actuellement utilisée étant la quatrième, qui se compose de quatre nombres compris entre 0 et 255 et séparés par des points : 194.153.205.26 en est un exemple. Chaque appareil informatique participant à un réseau informatique basé sur le protocole IP se voit donc attribuer une adresse IP unique, manuellement par l'administrateur réseau ou bien automatiquement via le protocole DHCP (*Dynamic Host Configuration Protocol*) qui permet donc d'éviter de lourdes charges de maintenance et de nombreux risques d'erreur. Les adresses IP disponibles sont distribuées par l'IANA (*Internet Assigned Numbers Authority*) aux Registres Internet Régionaux qui gèrent les adressages dans leur région. Aujourd'hui, les adresses IPv4 sont épuisées, ce qui induit un changement de protocole, la solution envisagée aujourd'hui étant le protocole IPv6, disposant lui d'une capacité d'adressage supérieure.

Ainsi, chaque appareil branché à Internet détient une signature électronique unique, son adresse IP, ce qui le rend identifiable. Il en va donc évidemment de même pour les Internautes, et l'expérience le démontre facilement, il suffit de se rendre sur des sites de « who's who » qui permettent de voir son adresse IP. Pour lutter contre le piratage, la tentation est donc forte d'associer ce numéro d'identification avec un utilisateur, d'autant plus du fait de la généralisation des ordinateurs personnels. Néanmoins, l'identification par adresse IP pose plusieurs problèmes : celle-ci n'est que l'adresse d'un ordinateur, qui peut être utilisé par plusieurs personnes ; de plus, il est facile d'usurper l'adresse IP de quelqu'un ; et enfin il est possible de dérouter les systèmes de traçage d'adresses IP.

En effet, l'imputabilité des actes à un internaute en particulier est la condition essentielle de sa responsabilité pénale ou civile. Or, dans le cas du téléchargement illégal, la seule information disponible pour les autorités compétentes serait l'adresse IP de l'appareil ayant servi à télécharger illégalement. Plusieurs points limitent l'utilisation donc

de l'adresse IP comme « preuve électronique ». Tout d'abord, une adresse IP peut être partagée, entre les membres de la famille par exemple dans le cas d'un unique ordinateur familial. Ou bien encore par les différents postes d'une même entreprise, les clients ou les visiteurs d'un établissement ou d'un lieu public offrant un accès à Internet, ou bien encore par les utilisateur d'un même serveur relais, que l'on appelle *proxy*. De plus, l'utilisation majoritaire du « wi-fi » amène de nouveaux problèmes, celui-ci permettant de se connecter sans fil à un réseau Internet. Ainsi, un voisin peut utiliser notre connexion Internet par exemple : il est aujourd'hui courant que les habitants d'un même immeuble partagent une même connexion Internet, le haut débit permettant l'utilisation simultanée d'un même accès à Internet sans que cela soit gênant en terme de rapidité et de commodité d'utilisation.

Par ailleurs, il est possible de « casser » les clés de sécurisation des accès sans fil. Les connexions wi-fi disposent de plusieurs types de sécurisation comme les clés wep ou les clés wpa. Si ces dernières sont considérées comme assez difficile à contourner les clés wep en revanche sont cassables en quelques minutes par quiconque s'y connaît un peu en informatique¹. De plus, la sécurisation de l'accès wi-fi dépend de la méthode d'échange du mot de passe : la méthode PSK ne résiste pas par exemple à des attaques de type « dictionnaire », c'est à dire des attaques par génération de mots de passes jusqu'à ce que le bon soit trouvé. Si la méthode 802.1X y résiste elle en revanche, celle-ci n'est utilisée que par les équipements professionnels, et est incompatible avec beaucoup d'appareils grands public qui ne reconnaissent que le wep, comme les consoles de jeux, ou les média centers². De même, des logiciels pour casser les codes wifi existent aujourd'hui et sont facilement téléchargeables sur Internet, rendant accessible cette « activité » au plus grand public³. L'adresse IP d'un utilisateur dépendant de l'appareil (la « box ») sur laquelle il est branché pour accéder à Internet, se connecter via la connexion wi-fi de son voisin revient à prendre une adresse IP qui lui imputerait tout les actes commis sur le net à son insu. Le « spoofing » permet quant à lui d'usurper l'adresse IP d'un autre ordinateur présent sur le même réseau par exemple dans le cas d'un employé qui utiliserait l'adresse MAC (l'adresse de la carte réseau) d'un autre ordinateur de son entreprise à ce moment là éteint dans le but d'obtenir l'adresse IP de son collègue. Enfin, les ordinateurs infestés de virus, chevaux de Troie ou *rootkit* peuvent être contrôlés à distance par le « hacker » qui peut alors utiliser

1 CÉDRAS Jean, *Op. Cit.*

2 *Ibid.*

3 Voir *Comment casser une clé wep en cinq minutes*, <http://www.macacoco.com/2009/05/casser-une-cle-wep-en-5-minutes-iwep-sur-iphone/>

l'adresse IP de l'ordinateur infecté à l'insu de son propriétaire. Selon Vinton Cerf, l'un des pères fondateurs de l'Internet, en 2007 25% des ordinateurs connectés à l'Internet seraient détournés par des tiers, à l'insu de leur utilisateur¹.

Ainsi, ces facilités de détournement d'adresses IP comme leur partage par divers utilisateurs, que ce soit dans le cadre d'une entreprise ou d'une utilisation familiale, rendent difficile la responsabilisation de l'abonné pour le téléchargement, le risque étant de baser la responsabilité de l'internaute sur une présomption d'imputabilité, faute de preuve de l'imputabilité.

La question a donc été de savoir si l'on pouvait fonctionner de la même façon que pour le Code de la route. En effet, pour perdre des points sur son permis ou pour recevoir une amende, il suffit que sa plaque d'immatriculation ait été relevée, et en aucun cas il n'est nécessaire que l'on prouve que c'est bien le propriétaire du véhicule qui était dedans au moment de l'infraction. C'est donc logiquement que Frédéric Mitterand, alors Ministre de la Culture et de la Communication, déclare que le projet Hadopi s'apparente au « Code de la route » et au « permis de conduire »². Cependant, cette analogie n'est pas valable, et ce pour deux raisons. Tout d'abord, si les articles L. 121-2 et L. 121-3 du Code de la route disposent que le titulaire du certificat d'immatriculation est redevable pécuniairement de l'amende encourue, c'est « à moins qu'il n'établisse l'existence d'un vol ou de tout autre événement majeur ou qu'il n'apporte tous les éléments permettant d'établir qu'il n'est pas l'auteur véritable de l'infraction »³. Ainsi deux problèmes se posent : le titulaire du certificat d'immatriculation n'est pas pénalement responsable, mais seulement « redevable pécuniairement ». Le Conseil Constitutionnel statuait d'ailleurs le 6 juin 1999 « qu'en principe le législateur ne saurait instituer de présomption de culpabilité en matière répressive ; que, toutefois, à titre exceptionnel, de telles présomptions peuvent être établies, notamment en matière contraventionnelle, dès lors qu'elles ne revêtent pas de caractère irréfragable, qu'est assuré le respect des droits de la défense et que les faits induisent raisonnablement la vraisemblance de l'imputabilité ». Surgit donc une deuxième limite à l'utilisation de l'adresse IP comme preuve de l'imputabilité de l'internaute : en plus de s'appliquer à des contraventions, les présomptions peuvent être établies « dès lors qu'elles ne revêtent pas de caractère irréfragable », or, il est impossible d'empêcher techniquement

1 Article 01Net, <http://www.01net.com/editorial/340200/un-quart-des-pc-connectes-dans-le-monde-seraient-des-zombies/>

2 Rapporté par « Hadopi : passe d'arme entre la gauche et Mitterand », *Le Figaro*, 24 juillet 2009

3 CÉDRAS Jean, *Op. Cit.*

La "loi Hadopi" : une mauvaise loi pour une cause juste ?

Damien Horn

que son adresse IP soit usurpée, et impossible aussi de le prouver le cas échéant. C'est donc logique de statuer que cette analogie au Code de la route est sans fondement, et ne peut être en aucun cas une manière de légiférer contre le téléchargement illégal. Il faut donc trouver un autre moyen que l'adresse IP pour poursuivre un internaute.

Chapitre 2 - L'Hadopi : une mission vue comme pédagogique, appuyée par une promotion de l'offre légale

Suite à l'échec de la loi DADVSI, la lutte contre le téléchargement illégal n'a nullement été abandonnée, mais poursuivie dans le cadre du projet de loi « Création et Internet », plus connue sous le nom de « loi Hadopi ». Promulguée le 12 juin 2009, cette loi a créé une autorité publique indépendante, la « Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet » (Hadopi) qui est chargée d'appliquer un mécanisme dit de « riposte graduée », dans le but de lutter contre le téléchargement illégal. En parallèle, les pouvoirs publics s'engagent à promouvoir l'offre légale disponible.

Après avoir détaillé les objectifs et les moyens de cette Haute Autorité, nous nous intéresserons au fonctionnement de la procédure dite de « riposte graduée » avant d'évoquer la promotion de l'offre légale sur Internet, partie intégrante du projet de loi « Création et Internet ».

I. Objectifs et moyens de l'Hadopi

La Haute Autorité a été installée le 8 janvier 2010, et est chargée de faire œuvre de pédagogie en incitant les internautes s'adonnant au téléchargement illégal à se reporter sur une consommation légale des biens culturels. Celle-ci est composée d'un collège de neuf membres, la présidente de cette administration étant Marie-Françoise Marais.

Nous verrons que cette administration indépendante dispose d'objectifs ambitieux et est dotée pour cela de moyens conséquents, avant de détailler la composition et le fonctionnement de celle-ci. Enfin, nous nous intéresserons au coût d'application de la loi qui est discuté.

A. Des objectifs ambitieux pour une administration dotée d'un budget conséquent

Initialement, l'Hadopi était censée disposer de 5,3 millions d'euros¹ mais s'est finalement vue dotée d'un budget de 10,5 millions d'euros². La mise en place de cette Haute Autorité répond à une volonté de faire baisser le piratage, et les objectifs sont hauts : Christine Albanel, alors Ministre de la Culture et de la Communication, annonçait en juin 2008 qu'« une baisse massive du piratage, de l'ordre de 70 à 80%, chez les personnes qui recevront ces avertissements, c'est le sens même [du pari de l'Hadopi]. Mais s'il y a beaucoup de suspensions, nous les assumerons ». L'objectif étant de « faire changer un paysage moyen »³.

Les objectifs de l'Hadopi sont pluriels : celle-ci doit tout d'abord encourager l'offre légale sur Internet, avec la publication d'indicateurs, la labellisation d'offres par exemple ; lutter contre le téléchargement illégal via l'envoi de messages d'avertissements lorsqu'un internaute est surpris en train de télécharger une œuvre sous droits, et est aussi chargée de réguler les mesures techniques de protection des œuvres.

B. La composition de la Haute Autorité

La Haute Autorité est divisée en plusieurs structures, dotées chacune d'une mission spécifique. Celle-ci est composée d'un collège et d'une commission des droits, et est présidée depuis le 8 janvier 2010 par Marie-Françoise Marais qui était membre de l'Autorité de Régulation des Mesures Techniques, issue de l'ancienne loi DADVSI. Elle est assistée par Jean Mustelli, Patrick Bouquet, Christine Maugüe, Jean Berbinau, Chantal Jannet, Jacques Toubon, Franck Riester et Michel Thiollière, disposant chacun d'un suppléant.

À côté de ce collège, il y a la Commission de Protections des Droits (CPD), qui est en charge de l'application de la « riposte graduée ». Celle-ci, à la demande des ayants-droits, est chargée de contacter les fournisseurs d'accès à Internet afin d'obtenir les éléments permettant d'identifier les pirates via leur adresse IP. La Commission est

1 « Piratage : Hadopi prend enfin corps », *Le Figaro*, 9 janvier 2010

2 « Hadopi : le compte à rebours a commencé », *Le Figaro*, 29 juin 2010

3 « La semaine dernière, la ministre de la Culture, Christine Albanel, présentait le projet de loi « Création et Internet », *Libération*, 23 juin 2008

composée de Mireille Imbert-Quaretta, Jean-Yves Monfort, et Jacques Bille, chaque membre ici cité disposant d'un suppléant.

II. Procédure et fonctionnement du volet répressif : le principe de « riposte graduée »

L'Hadopi tient un rôle particulier dans la procédure répressive mise en place par la loi « Création et Internet », dit de « riposte graduée » ou « réponse graduée ». Si initialement, l'Hadopi était en charge de toutes les étapes, de l'envoi de mails à la sanction, son autorité s'est vue amputée du volet sanction, qui est désormais à la charge du juge. Le principe de « riposte graduée » a considérablement évolué au travers du temps, la loi ayant largement été revue du fait d'une censure du Conseil constitutionnel, le 10 juin 2009. L'Hadopi n'est finalement en charge que de l'envoi des messages d'avertissement aux internautes dont les adresses IP ont été relevées, qui peuvent donner lieu à l'établissement d'une contravention de négligence caractérisée, la justice pouvant alors être saisie et prononcer une sanction allant jusqu'à la suspension de l'accès Internet. L'application de ce processus repose sur la Commission de protection des droits, instance de l'Hadopi.

A. Des avertissements préalables

Le système de la « riposte graduée » a été pensé comme pédagogique. Cinq organismes (la Sacem, la Société civile des producteurs phonographiques (SCPP), la SDRM (Société pour l'administration du Droit de Reproduction Mécanique des Auteurs, Compositeurs et Editeurs) et la SPPF (Société Civile des Producteurs de Phonogrammes en France) pour les œuvres musicales, et l'Alpa pour les films) ont été autorisés par la Commission nationale de l'informatique et des libertés (Cnil) à collecter les adresses IP de ceux qui téléchargent illégalement. C'est la société TMG (Trident Media Guard) qui est alors mandatée pour récolter les adresses IP sur les réseaux et les transmettre par la suite à l'Hadopi. En octobre 2010, la SCPP expliquait envoyer 25 000 adresses chaque jour à l'Hadopi. De fait, la Cnil a limité le nombre de fraudeurs dénoncés quotidiennement tout comme le nombre de fichiers concernés par le contrôle. Ces adresses IP sont envoyées à

l'Hadopi, qui fait le relais auprès des FAI pour envoyer un premier rappel à l'ordre par courriel, sur l'adresse mail enregistrée auprès du fournisseur d'accès. En cas de nouvelle constatation des faits, une seconde recommandation par voie électronique est envoyée, ainsi qu'une lettre remise contre signature. « Le but des avertissements qui seront adressés aux abonnés est de les informer pour que leur comportement change », explique la présidente de la commission, Mireille Imbert Quaretta¹.

Le système des avertissements se veut pédagogique, et est considéré comme moins répressif et plus adapté aux pratiques que la loi précédemment en place qui rendait les contrevenants passible d'une peine de prison de trois ans, assortie à 300 000 euros d'amende. Et Christine Albanel d'annoncer : « ce système se veut pédagogique comme le permis à point. Quand on a épuisé les points, il y a une sanction »². En effet, après deux avertissements préalables, le processus répressif de la riposte graduée se met en place, avec notamment la polémique suspension de l'accès à Internet.

B. La suspension de l'accès à Internet

Contrairement aux idées reçues, l'Hadopi n'est pas en charge de la coupure de l'accès à Internet. Il est vrai que celle-ci faisait partie de ses prérogatives au début du projet de loi, mais cette fonction lui a par la suite été retirée du fait de la censure du Conseil Constitutionnel du 10 juin 2009, qui considérait que la coupure de l'accès Internet pouvait uniquement relever d'une décision judiciaire³. Alors, en cas de récidive de l'abonné, l'affaire est transmise par l'Hadopi à la justice : « Si un abonné ne tient aucun compte des avertissements solennels et renouvelés que nous lui avons envoyés, explique la présidente de la commission, alors nous transmettrons le dossier au parquet [...], chaque fois que cela sera possible, seront également transmis les éléments sur la situation personnelle de l'abonné, pour que l'autorité judiciaire puisse, comme l'a voulu expressément le législateur, adapter la sanction éventuelle à la situation du contrevenant »⁴. La transmission du dossier au juge, selon Mireille Imbert-Quaretta, n'aura lieu « que lorsqu'il n'y aura plus aucun doute sur le fait que l'abonné est bien l'auteur de l'infraction »⁵, ce qui est rappelons-le compliqué en se basant uniquement sur une adresse IP comme nous l'avons vu.

1 « Hadopi : réponse graduée, mode d'emploi », *Le Figaro*, 30 août 2010

2 « Albanel : Bruxelles soutient la réponse graduée », *Le Figaro*, 29 octobre 2008

3 Nous verrons par la suite les polémiques autour de la coupure de l'accès à Internet par l'Hadopi

4 « Hadopi : réponse graduée, mode d'emploi », *Le Figaro*, 30 août 2010

5 « Sanction à l'Hadopifomètre », *Libération*, 29 juin 2010

C'est la loi relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur Internet, dite « loi Hadopi 2 » qui a eu pour but de réintroduire le volet répressif de la loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet (« loi Hadopi ») censuré par le Conseil constitutionnel le 10 juin 2009. Présentée le 24 juin 2009 en Conseil des ministres, les décrets d'application ont été publiés au Journal officiel le 31 décembre 2009. L'Hadopi transmettra donc au juge les informations dont elle dispose.

Pour éviter d'engorger les tribunaux, la justice utilisera la procédure simplifiée de l'ordonnance pénale, c'est à dire sans débat contradictoire, sauf en cas de demande de l'abonné. Les affaires seront traitées devant le tribunal correctionnel siégeant à juge unique. L'abonné qui se verrait couper son accès à Internet devra cependant continuer à payer son abonnement auprès de son fournisseur d'accès, qui devra continuer à lui fournir la téléphonie et la télévision dans le cas des offres liées, dites offres « triple play ». De plus, la loi a interdit la souscription d'un nouveau contrat chez un autre fournisseur d'accès durant la suspension, sous peine d'une amende de 3 750 euros.

On l'a vu, on ne peut imputer un acte à quelqu'un en se basant uniquement sur son adresse IP, celle-ci ne constituant de plus pas la signature de son propriétaire. C'est pourquoi a été introduit un nouveau délit, dit de « négligence caractérisée », condamnable à un mois de suspension d'accès à Internet et à 1750 euros d'amende. C'est à dire que pour pallier à la difficulté de prouver la responsabilité d'un téléchargement illégal avec une simple adresse IP, la loi a rendu l'internaute responsable de la sécurisation de son accès à internet, avec l'article L336-3 du Code de la propriété intellectuelle.

C. Un coût d'application discuté, dont les FAI ne veulent pas supporter la charge

Ce système de riposte graduée, s'il a de séduisant l'aspect préventif et pédagogique, a soulevé néanmoins de grosses polémiques quant à son coût d'application, et à la répartition de la charge financière qu'il suppose. En effet, si l'Hadopi dispose d'un budget propre, les coûts de repérage et de signalement des internautes contrevenants sont à la charge des ayants-droits, et les frais d'identification des internautes à la charge des fournisseurs d'accès à Internet. C'est autour de la contribution des fournisseurs d'accès que s'est cristallisée la lutte, alimentée par le flou quant au coût précis d'application de la

« riposte graduée » et par l'absence d'intérêt propre aux FAI dans cette mesure. Nous l'avons vu, les ayants-droits n'ont à priori qu'à gagner en réprimant le téléchargement illégal, mais ce n'est pas le cas des fournisseurs d'accès. Le coût d'identification des dits pirates s'élèverait ainsi à dix millions d'euros par fournisseur d'accès à Internet selon certaines estimations¹. Pour les opérateurs, la facture est plus variable : Orange estimait ses frais de mise en place du dispositif à 13 millions d'euros, et Free à 30 millions².

Les opérateurs, qui n'ont à rien à gagner dans la lutte contre le téléchargement illégal, ont donc naturellement froncé les sourcils. La Fédération Française des Télécoms (FFT) soulignait que « l'État n'a pas à faire peser financièrement sur les opérateurs les coûts d'une mission d'intérêt général étrangère à l'activité de ces mêmes opérateurs »³, ce qui est un principe consacré par une décision du Conseil constitutionnel du 28 décembre 2000. Pour la FFT, « il [revient] donc à l'État d'assumer les coûts très lourds afférents à la mise en œuvre de l'ensemble du dispositif »⁴. À quoi le Ministère a rétorqué que « les FAI s'étaient engagés à les prendre en charge », point peu clair puisque le directeur général de la FFT expliquait quant à lui que « les FAI ne se sont jamais engagés à payer quoi que ce soit »⁵. Aussi, l'association de fournisseurs d'accès FDN (French Data Network) a déposé un recours devant le Conseil d'État, en août 2010, pour contester la procédure de sanction de l'Hadopi. Recours rejeté, le Conseil d'État indiquant qu' « aucun des moyens invoqués par l'association requérante n'est de nature à faire naître, en l'état de l'instruction, un doute sérieux sur la légalité du décret dont elle demande la suspension »⁶. En parallèle, Free a insisté sur le fait que la compensation des frais d'identification des pirates par les opérateurs est « un préalable à la mise en œuvre » de ce dispositif, par la voix de Maxime Lombardini, directeur général d'Iliad, la maison mère du FAI. Et de demander une compensation de 65 centimes d'euros par adresse, pour compenser le coût du filtrage demandé par l'Hadopi⁷. La position de Free a été particulière puisque l'entreprise s'est opposée par la voix de son fondateur, Xavier Niel, à la loi Hadopi : « Nous ne ferons rien tant au niveau du filtrage que de la surveillance, surveillance à laquelle nous sommes totalement opposés »⁸. L'association des fournisseurs d'accès et de services Internet (AFA)

1 *Les Échos*, 26 février 2009, rapporté par *Libération*, « Sous le coût de la loi Hadopi », 27 février 2009

2 « Les principaux points du projet de loi », *Le Figaro*, 9 mars 2009

3 « Internet : l'Assemblée vote la suspension pour les pirates », *Le Figaro*, 3 avril 2009

4 *Ibid.*

5 « Hadopi et le doute s'installent », *Libération*, 11 janvier 2010

6 « Le Conseil d'État conforte Hadopi », *Le Figaro*, 16 septembre 2010

7 « Free fait de la résistance légale à l'Hadopi », *Le Figaro*, 6 octobre 2010

8 « Hadopi : premiers envois en juin, si tout va bien », *Libération*, 2 avril 2010

a quant à elle déploré qu'en « multipliant les charges, les pouvoirs publics prennent le risque d'affaiblir la capacité des acteurs de ce secteur à investir dans des projets d'équipement numériques essentiels, qui rendront la France innovante et compétitive »¹.

III. Favoriser le développement d'une offre légale sur Internet

Lutter contre le téléchargement passe aussi par la promotion d'une offre légale attrayante. Beaucoup d'idées ont émergées durant les débats, et une mission à cet égard a été confiée à Patrick Zelnik de chez Naïve², afin de faire des propositions. Ceci passait forcément par un assouplissement des mesures de protection des œuvres, les maisons de disques se sont donc naturellement engagées à supprimer un an après le vote de la loi les mesures de protection bloquant l'accès aux œuvres. Pour la vidéo, le gouvernement a décidé d'inscrire dans la loi le raccourcissement de sortie d'un film en vidéo après sa sortie sur grand écran.

A. La mission Zelnik et le constat d'une offre légale quasi-inexistante

C'est Frédéric Mitterrand qui a relancé le chantier de l'amélioration de l'offre légale en confiant une mission à Patrick Zelnik, ancien de chez Virgin, fondateur de Naïve, visant à faire des propositions « simples et concrètes »³, dans un délai initialement fixé à deux mois. Patrick Zelnik était alors entouré de Jacques Toubon, ancien ministre de la Culture, et de Guillaume Cerutti, président de Sotheby's France. Pour Frédéric Mitterrand, le but de cette mission était de « voir comment nous pouvons faciliter et améliorer les nouvelles offres légales, les rendre attractives pour les consommateurs, et faire en sorte que tous ceux qui participent à la chaîne de création soient justement rémunérés »⁴. Finalement rendu en janvier 2010, le rapport « Création et Internet » est assez sévère quant à la qualité de l'offre légale alors en place.

1 « Loi Création et Internet : passera, passera pas ? », *Le Monde*, 28 juin 2008

2 Naïve Records est un label indépendant français fondé en 1997

3 « Frédéric Mitterrand prépare l'après-Hadopi », *Le Figaro*, 4 septembre 2009

4 « Frédéric Mitterrand : "on ne me fait pas faire ce que je ne veux pas faire" », *Le Figaro*, 5 octobre 2009

Si pour les auteurs du rapport le piratage n'est pas une fatalité, il est néanmoins urgent de prendre des mesures appropriées au développement d'une véritable offre légale, pour pouvoir limiter le téléchargement illégal. Trois types d'offres gratuites ont ainsi été dégagées : les sites internet mettant à disposition des œuvres gratuitement dans le but de promouvoir une partie de leur catalogue payant, les sites se finançant par la publicité, et ceux revendiquant un partage libre et gratuit des contenus. Ainsi de Deezer, MusicMe ou GrooveShark qui permettent une lecture gratuite et légale en ligne, ou bien Jamendo qui distribue gratuitement les œuvres d'artistes ayant décidé de mettre leurs œuvres sous licence libre. D'autres sites comme We7.com permettent de télécharger les chansons, mais en contrepartie l'internaute doit accepter l'écoute de publicités. Par ailleurs, des artistes et maisons de disques mettent certains titres à disposition gratuitement dans le cadre de la promotion d'un nouveau disque, comme ont pu le faire Manu Chao, Bob Dylan ou Marianne Faithfull. À côté de ces sites, l'internaute peut aussi compter sur les chaînes de « rattrapage », qui permettent de visionner des programmes passés à la télévision : m6replay.fr, arte.fr, videos.tf1.fr ...

Le chiffre d'affaires des services musicaux en ligne s'établissait en 2008 à 61,4 millions d'euros, et se répartissait entre la vente de titres à l'unité (30%), la vente de musique par abonnement (18%), la vente d'albums (12%), la vente de sonneries téléphoniques (12%), la lecture en continu à la demande (5%) et les autres contenus musicaux comme les logos et fonds d'écrans par exemple¹. Au premier semestre 2009, le prix moyen d'un titre était de 0,76 euros TTC, d'après une estimation basée sur un échantillon de services. Cependant, la plate-forme largement dominante, l'iTunes Store, a établi ses prix à 0,99 euros, et c'est plutôt ce prix là qu'il faut prendre en compte. En effet, les services musicaux en ligne sont selon les conclusions de la mission encore mal connus et considérés comme trop chers. Le référencement de ces services est très insuffisant sur Internet, et rend leur diversité difficile à appréhender pour les internautes, qui se reportent facilement sur l'iTunes Store pour les achats, et sur Deezer pour la lecture légale en streaming. Lancer un service musical en ligne s'avère périlleux, du fait de la difficile obtention des accords des ayants-droits, et le prix des avances sur recettes exigés par les majors. Cette complexité est due tout d'abord à l'existence de plusieurs catégories d'ayants-droits, ce qui rend la négociation plus difficile, de même qu'il existe plusieurs catégories de droits : le droit de reproduction, le droit de communication en public ... De plus, la

1 ZELNIK Patrick, TOUBON Jacques, CERUTTI Guillaume, *Rapport Création et Internet*, Janvier 2010

facturation diffère en fonction de chaque label.

Les exemples des trajectoires de Deezer et Jiwa, sont assez représentatifs de la difficulté de s'ancrer sur ce marché. Le cofondateur et Président Directeur Général du site Jiwa, un service de musique légale en ligne, a annoncé la fermeture de la plate-forme le 3 août 2010, le tribunal de commerce de Paris ayant prononcé la liquidation judiciaire de la société le 29 juillet 2010. Pourquoi Jiwa a-t-il fermé ? Selon Jean-Marc Plueger, PDG du site Jiwa, celui-ci a été victime de l'appétit des majors, notamment de leurs minimums garantis, versés indépendamment du nombre d'écoutes : « Pour ce type de sites il faut pouvoir exploiter l'ensemble des catalogues, ceux des indépendants et des majors. Universal avait fixé un minimum garanti raisonnable, mais ceux des autres majors étaient déraisonnables et ne correspondaient pas au niveau de chiffre d'affaires qu'on pouvait réaliser en exploitant leurs catalogues »¹. Ceci confirme bien l'importance des négociations entre les services d'écoute en ligne et les majors et ayants-droits. Toujours selon M. Plueger, ces avances représentaient « un million d'euros, pour un chiffre d'affaires de 300 000 euros »². Il est alors indispensable d'atteindre une masse critique d'utilisateurs, permettant de financer une partie des engagements économiques via la publicité, *a fortiori* si les utilisateurs s'enregistrent sur le site, permettant ainsi de cibler plus précisément les publicités ce qui s'avère plus lucratif pour le site web. Néanmoins, l'exemple de Jiwa illustre l'incapacité du seul financement via la publicité à rendre ce genre de plates-formes rentables. Ainsi, Deezer s'est vu contraint d'imaginer des sources de financement nouvelles, permettant de rentabiliser un service qui se veut gratuit. En juin 2010, Orange a annoncé son intention de privilégier des « partenariats ouverts » avec les producteurs et éditeurs de contenus, ce qui se révèle être une stratégie payante de ce que l'on pourrait appeler du « *win-win* » en ce sens que chaque partie, en s'associant avec l'autre gagne : en visibilité, en chiffre d'affaires, en efficacité .. L'alliance avec Deezer a donc été décidée. L'opérateur de télécoms avait en 2009 lancé sa propre plate-forme d'écoute de musique en ligne WorMee, avant d'annoncer en juillet 2010 son entrée au capital de Deezer à hauteur de 11% en échange des actifs de WorMee, ce qui a eu pour effet de valoriser Deezer à 80 millions d'euros selon l'Express. Si la stratégie de partenariat de Deezer n'est pas une nouveauté – dès sa création, Deezer proposait un système d'affiliation avec iTunes qui permettait aux utilisateurs de télécharger gratuitement sur l'appstore d'Apple une chanson – l'ampleur et

1 KRUG François, « Musique en ligne : Jiwa ferme et accuse les majors », *Rue89*, 03 août 2010

2 *Ibid.*

les implications de celui-ci sont par contre inédites. Orange propose désormais des abonnements ADSL ou fibre « surf Musique » dotés d'une option permettant d'avoir un abonnement Deezer premium, quand celui-ci coûte habituellement 9,90 euros par mois¹. L'idée étant de profiter de la notoriété de Deezer pour différencier son offre de celle de ses concurrents directs, espérant ainsi attirer de nouveaux clients, offre qui trouve logiquement son écho de par l'inquiétude des internautes face aux législations mises en place visant à lutter contre le téléchargement illégal comme la loi Hadopi.

Dans le cas de l'audiovisuel, il s'avère que la France est dans une situation paradoxale. Selon les rédacteurs du rapport relatif à la mission « Création et Internet », « la France est un pays dynamique pour la création de services de VoD (Vidéo à la demande), mais le consommateur reste insatisfait ». Ainsi, « 47% des internautes considèrent qu'ils ne trouvent pas l'offre de leur choix sur les services de location de films à la demande. Force est de constater que les délais d'indisponibilité des films à la demande sont généralement plus longs que ce qui est maintenant permis par la chronologie des médias (4 mois) »². En France, on trouve un peu plus d'une centaine de services de Vod en 2008, dont la grande majorité sur Internet, et le pays est le plus dynamique sur ce marché. Près de 5000 œuvres sont disponibles début 2010, et l'on comptait 15% de films de moins de trois ans fin 2008 dans l'offre³.

Le marché du livre sur Internet n'a quant à lui pas vraiment d'existence économique encore selon le rapport. Il représenterait en 2010 seulement 0,1% du marché français de l'édition⁴. C'est la diffusion de terminaux spécifiques à la lecture d'œuvres en format numérique qui joue le rôle de déclencheur du marché, comme on a pu le voir aux États-Unis avec le Kindle d'Amazon. Le lecteur d'e-books proposé par la Fnac étant sorti il y a peu, il est encore tôt pour se prononcer sur l'avenir de l'édition en ligne.

Face à ce constat, la « mission Zelnik » a rédigé un ensemble de propositions dans un rapport rendu en Janvier 2010, avec donc quelques semaines de retard, puisque Frédéric Mitterrand souhaitait le recevoir vers le 15 novembre, soit un peu plus de deux mois après le début de la mission.

1 En mai 2010

2 Rapport « Création et Internet », *Op. Cit.*

3 *Ibid.*

4 *Ibid.*

B. Favoriser l'apparition d'une offre légale riche, accessible et sans verrous

Les propositions faites par la mission ont été structurées autour de trois axes : la musique, l'audiovisuel et le cinéma, et le livre. On notera encore ici l'absence d'autres secteurs touchés par le piratage, comme le jeu-vidéo ou l'édition de logiciels.

Les propositions de la mission pour le secteur de la musique ont pour piliers la création d'une carte « Musique en ligne » et la mise en place d'un système de gestion collective pour les ayants-droits. On l'a vu, la plupart des internautes considèrent les offres légales peu attrayantes notamment du fait de leur prix. De là découle l'idée qu'en leur permettant de consommer légalement pour moins cher, les services légaux décolleraient. Au vu des conclusions du rapport, l'idée est donc de rentrer dans un cycle vertueux, où les bénéfices engrangés par l'offre légale permettraient d'en faire la promotion. Ainsi, est préconisée la création d'une plate-forme sur laquelle l'internaute pourrait faire l'acquisition d'une carte « Musique en ligne », d'une valeur de 50 euros, qui lui coûterait 20 ou 25 euros, l'État prenant à sa charge la différence. Cette carte serait alors utilisable sur un ensemble de sites partenaires, et valable pour les téléchargements à l'acte comme pour les abonnements, l'idée étant d'accoutumer les internautes à l'usage des services légaux de musique en ligne. Par ailleurs, cette mesure devrait être accompagnée d'une vaste promotion de ces services. Selon leurs estimations, cela induirait un budget d'environ 25 millions d'euros par an, et pourrait toucher un million de bénéficiaires, pour injecter 60 millions d'euros dans le marché de l'achat de la musique en ligne, soit à peu près le chiffre d'affaires du secteur en 2008.

La réforme du système de négociation des licences est un autre enjeu majeur. Ainsi, une réforme visant à établir un mécanisme de gestion collective est un étape indispensable à l'envol du marché de la musique en ligne. Le rapport a donc appelé l'ensemble des professionnels à se réunir et à adopter un régime de gestion collective des droits, sous une forme volontaire. Néanmoins, dans le cas où il n'y aurait aucune avancée dans ce sens, ce serait à l'État d'imposer cette mutation par la loi de manière coercitive. Cette évolution est impérative selon les conclusions de la mission Zelnik du fait de plusieurs raisons. Il est premièrement difficile pour la Sacem de gérer les licences au cas par cas pour tous les acteurs de l'Internet, face à la variété des services proposés. Certains services innovants

rendent difficile l'adaptation du mode de rémunération : le streaming par exemple ; de même des services composites comme le téléchargement de sonneries musicales sur son téléphone portable. Les difficultés des négociations sont source de problèmes pour ces sites Internet, qui ont du mal à être réactifs, puisqu'elles ralentissent le processus de perception et de répartition. De plus, proposer un service de qualité requiert de disposer d'un catalogue quasi-exhaustif, or la pluralité des acteurs et des modalités et coûts d'obtention des catalogues rend cela difficile. Les catalogues ne sont en effet pas substituables, et pour pouvoir exister sur le marché, disposer des catalogues des quatre principales sociétés de production s'avère être un strict minimum. Ce régime de gestion collective serait donc un avantage tant pour les majors qui pourraient distribuer leur catalogue plus facilement que pour le marché de musique en ligne. Deezer a par exemple mis plusieurs années à obtenir un accord avec la Sacem, et l'autorisation des majors et labels à utiliser leurs oeuvres, ce qui l'a mis dans une situation juridiquement et économiquement difficile. Enfin, la teneur des négociations varie en fonction de la taille et l'importance des différentes parties, ce qui rend difficile l'arrivée de nouveaux acteurs sur le marché, et est un frein pour le développement de l'offre légale. Ceux qui détiennent les catalogues les plus importants, et par extension les plus indispensables, exigent des conditions de rémunération plus avantageuses. À contrario, les petits labels indépendants sont obligés de recourir à des sociétés intermédiaires de négociations des droits pour s'assurer une bonne visibilité sur le marché de la musique numérique.

Concernant le domaine de l'édition, la mission a préconisé trois démarches. Une première qui relève des pouvoirs publics, une deuxième des professionnels du secteur, et une dernière quant à elle mixte. Tout d'abord, il a été considéré que le prix unique devait être étendu au numérique. Une plate-forme unique de distribution des livres serait alors créée, afin de permettre aux libraires d'avoir accès à la totalité des œuvres numériques et de pouvoir jouer leur rôle de relais vis à vis des consommateurs, ceci impliquant alors une homogénéisation des formats. Les membres de la mission ont aussi invité à poursuivre et à intensifier l'effort de numérisation des livres, puisque l'offre est encore très peu développée du fait des coûts propre à la numérisation des œuvres. Le rapport a donc proposé de tripler les montants affectés à la numérisation pour arriver à une somme de 4 à 5 millions d'euros par an. Cette hausse du budget serait compensée par deux mesures : élargir l'assiette de la redevance sur le matériel de reproduction et d'impression et augmenter le taux maximal de participation de l'État à 70 ou 80% contre 40 à 50% au moment de la rédaction du rapport.

En contrepartie, les œuvres numérisées seraient utilisées à des conditions préférentielles par l'éducation nationale.

Pour le cinéma et l'audiovisuel, deux approches ont été envisagées par la mission Zelnik. Tout d'abord, pour donner sa chance à la VoD, la mission préconise d'assouplir la chronologie des médias issue de l'accord du 6 juillet 2009, c'est à dire le temps minimum requis pour un film entre sa sortie en salles et sa commercialisation sur un autre support. De plus, il faudrait inciter les FAI à élargir leur offre, la mission restant muette à ce sujet quant aux moyens à mettre en place. L'autre proposition tirée des conclusions de la mission « Création et Internet » était de créer un fond spécial pour la numérisation des films du patrimoine, qui serait financé par une redevance sur l'utilisation des œuvres qui seraient tombées dans le domaine public.

Selon les conclusions de la mission, la mise en place de ce programme de mesures serait chiffrable à 25 millions d'euros par an pour la carte « Musique en ligne », 5 millions d'euros en 2010 pour la campagne de communication associée, 12 millions d'euros par an pour renforcer le crédit d'impôt disque, 10 millions d'euros en 2010 déversés au IFCIC, et enfin 10 à 15 millions d'euros par an destinés à renflouer le CNL. Ainsi, il s'agirait d'environ 50 millions d'euros en 2010, puis 35 à 45 millions d'euros par an pour les deux années suivantes.

Chapitre 3 - Le processus pénible d'élaboration d'une nouvelle loi

Le processus de mise en place de la loi instaurant la Hadopi, et initiant la procédure dite de « riposte graduée » est le fruit de plusieurs années de combat politique et de *forcing* gouvernemental. Si elle trouve ses racines dans le projet de loi Dadvsi, son véritable point de départ est à trouver dans la « Mission Olivennes », c'est à dire la mission confiée à Denis Olivennes, alors PDG de la Fnac, qui consistait à remettre un rapport sur la lutte contre le téléchargement illégal et dégager des décisions. Ce rapport remis le 23 novembre 2007 au chef de l'État, il aura fallu quasiment trois ans pour que la « riposte graduée » que celui-ci préconisait soit mise en place.

Après avoir évoqué l'intérêt de cette « Mission Olivennes », nous verrons les difficultés qu'a eu la loi à s'imposer du fait des polémiques qu'elle a soulevé. L'extraordinaire mobilisation, tant politique que civile sera de même évoquée, avant de s'attacher à expliquer sa mise en œuvre dans la douleur.

I. Les Accords de l'Élysée de 2007

Comprendre la loi Hadopi, c'est comprendre que cela vient d'une volonté politique, celle de Nicolas Sarkozy. Lutter contre le téléchargement illégal faisait partie de ses engagements de campagne, et c'est donc tout naturellement que le dossier a été confié à Denis Olivennes, qui s'était fait remarqué en publiant « *Le gratuit c'est le vol* ». Le 5 septembre 2007, la ministre de la Culture et de la Communication a confié cette mission à M. Olivennes, alors PDG de la Fnac, dans le but de préparer un accord entre les professionnels de l'audiovisuel, de la musique, du cinéma et les fournisseurs d'accès à Internet. Un rapport a été remis, celui-ci amenant à la signature des Accords de l'Élysée, le 23 novembre 2007, entre 47 entreprises et organisations représentatives de la Culture et de l'Internet.

A. Les conclusions de la Mission Olivennes du 5 septembre 2007

Dans le cadre de sa mission, M. Olivennes a été assisté d'Olivier Bomsel, professeur d'économie et chercheur au Centre d'économie industrielle de l'École des Mines, d'Isabelle Falque-Pierrotin, Conseiller d'État, et de Pascal Faure, Vice-président du Conseil Général des Technologies de l'Information. Leur rapport est axé sur une triple dynamique : évaluer le piratage numérique en France, trouver les moyens d'inciter au développement de l'offre légale d'œuvres sur Internet, et enfin de désinciter l'offre légale sur Internet.

Selon les conclusions de la Mission, le piratage en France serait ainsi massif et diversifié, la France connaissant une situation spécifique du fait de son offre illégale très forte et de sa consommation légale encore très faible, notamment pour la musique. Pour les films par exemple, la Mission rapporte qu'une étude de 2007 estimait que 40,5% des films sortis en salles en France dans l'année 2006 étaient présents sur les réseaux de « pair-à-pair »¹. La Mission a insisté de même sur le fait que « le piratage recourt à des techniques en évolution constante »², que se soit sur les réseaux P2P ou encore par le téléchargement d'œuvres hébergées sur des sites Internet, et que celui-ci a des effets économiques négatifs, citant pour exemple la chute de chiffre d'affaires des producteurs de disques de 1 302 millions d'euros en 2002 à 819,2 millions d'euros en 2006³. Notons tout de même que le rapport entre le téléchargement illégal et la baisse des ventes est ici considéré comme *évident*, l'argument souffrant ici d'un manque évident de démonstration, les seuls chiffres de la baisse du chiffre d'affaires servant à dénoncer les effets négatifs du piratage⁴.

L'offre numérique légale est le second point d'ancrage des conclusions du rapport, celui-ci insistant sur la nécessité de la rendre attractive, tant « en terme de contenu que de facilité d'utilisation, de disponibilité et de prix »⁵. Et d'insister sur une accélération nécessaire de la mise à disposition en vidéo à la demande, notamment en raccourcissant les fenêtres de la chronologie des médias, c'est à dire les délais entre la sortie en salle et

1 Étude CNC / ALPA, d'octobre 2007, disponible sur le site du CNC

2 OLIVENNES Denis, BOMSEL Olivier, FALQUE-PIERROTIN Isabelle, FAURE Pascal, Rapport de la Mission Olivennes, disponible sur le site du Ministère de la Culture et de la Communication : <http://www.culture.gouv.fr/culture/actualites/index-olivennes231107.htm>

3 Chiffres publiés par le SNEP

4 Nous verrons d'ailleurs par la suite que l'impact entre le téléchargement illégal et la baisse du chiffre d'affaires des producteurs de disques est en l'occurrence difficile à établir et ambigu.

5 Rapport de la Mission Olivennes, *Op. Cit.*

l'exploitation sur d'autres supports. Par ailleurs, il est suggéré d' « élargir substantiellement le nombre des œuvres musicales en ligne sans mesures techniques de protection »¹, le manque d'attractivité de l'offre légale de musique en ligne résultant selon les rédacteurs du rapport évidemment des contraintes d'utilisation que les mesures techniques de protection imposent, puisque le cas échéant l'achat d'une œuvre ne permet pas une liberté d'usage optimale. Enfin, le rapport préconisait de développer des actions de valorisation de l'offre numérique légale, et de solliciter de l'Union européenne une baisse de la TVA sur les produits culturels, que l'on pourrait répercuter sur le prix public.

Le nécessaire découragement à la consommation de biens culturels de manière illégale via les réseaux P2P est la troisième conclusion du rapport, celui-ci étant clairement axé dessus, comme en témoigne la proportion du rapport qu'elle occupe (environ la moitié sans compter les annexes). En effet, celui-ci indique clairement que « la facilité d'usage et la disponibilité de l'offre légales, si elles sont essentielles, ne permettront une réduction importante de l'offre illégale que s'il existe aussi parallèlement une politique qui vise à rendre cette dernière plus difficile »². Ainsi, la mission a privilégié des « dispositifs proportionnés et évolutifs », à savoir une politique ciblée de réponses différenciées aux différents types de piratages (en réseaux P2P, *streaming* illégal, *direct download* etc.), ou bien un mécanisme d'avertissement et de sanctions piloté par une autorité publique, la sanction relevant de l'intervention du juge.

B. L'accord pour le développement et la protection des œuvres et programmes culturels sur les nouveaux réseaux du 23 novembre 2007

Le rapport Olivennes a été l'objet d'accords officiels, les Accords de l'Élysée, signés le 23 novembre 2007 entre les pouvoirs publics, les ayants-droits de l'audiovisuel, du cinéma et de la musique, ainsi que les chaînes de télévision, et les prestataires techniques, c'est à dire les FAI. Ces Accords sont la source d'engagements propres à chaque partie.

En premier lieu, les pouvoirs publics se sont engagés à « proposer au Parlement les textes législatifs et à prendre les mesures réglementaires, permettant de mettre en œuvre un mécanisme d'avertissement et de sanction visant à désinciter l'atteinte portée aux droits de

1 Rapport de la Mission Olivennes, *Op. Cit.*

2 *Ibid.*

propriété intellectuelle sur les réseaux numériques », en créant une autorité publique spécialisée, placée sous le contrôle du juge¹. Par ailleurs, l'État s'est engagé à publier mensuellement un indicateur mesurant par échantillonnage les volumes de téléchargements illicites, et à solliciter de l'Union européenne une généralisation à l'ensemble des biens et services culturels du taux de TVA réduit, dans le but d'en baisser le prix final pour le consommateur.

Les ayants-droits se sont engagés quant à eux à s'organiser pour utiliser les dispositifs légaux, à aligner la fenêtre de la vidéo à la demande à l'acte sur celle de la vidéo physique dans le cadre de la chronologie des médias mais aussi à raccourcir les délais de mise à disposition des œuvres après passage en salle, tout en rendant l'offre disponible sur Internet plus riche et plus attractive.

Les FAI, sous le nom de « prestataires techniques » dans le texte des Accords de l'Élysée, se sont eux engagés à s'inscrire dans le cadre d'un mécanisme d'avertissement et de sanctions, à collaborer avec les ayants-droits pour la mise au point de techniques de filtrages sous 24 mois, et à les déployer par la suite si les résultats se révèlent probants, et à généraliser les techniques de reconnaissance de contenus.

On le voit, ces accords sont l'essence même de la loi Hadopi, celle-ci étant largement inspirée des conclusions tirées par M. Olivennes et ses collaborateurs lors de sa Mission. L'État s'est donc engagé à lancer des procédures législatives pour mettre en place un système d'avertissements et de sanctions pour le téléchargement illégal, procédure qui s'avérera difficile, du fait des nombreuses polémiques soulevées par la loi, et des problématiques qui ont émergé au cours des débats.

¹ Accords de l'Élysée, disponibles sur <http://www.culture.gouv.fr/culture/actualites/index-olivennes231107.htm>

II. Polémiques et problématiques soulevées par le projet de loi

Débuté en 2008, le processus d'adoption de la loi Hadopi s'est vu confronté à de nombreux problèmes, tant du côté politique que du côté de l'opinion. Il faut se replacer dans le contexte. En 2008, le projet de loi était bien différent de la version qui a été adoptée et qui régit aujourd'hui la Hadopi. Ainsi, pour le résumer grossièrement, la Hadopi était alors imaginée comme étant en charge de la procédure pédagogique et préventive, comme c'est le cas aujourd'hui, mais aussi de l'exécution de la sanction. En effet, la suspension de l'accès à Internet ne relevait alors pas du juge, mais du collège de magistrats de l'Hadopi. De plus, le filtrage ne concernait non pas seulement les réseaux de pair à pair, mais aussi les services de messagerie.

A. La surprise du rejet par l'Assemblée Nationale le 9 avril 2009

Le projet de loi Hadopi a été l'objet de très longs débats sur la scène parlementaire. La politisation autour du sujet a été très forte, et une extrême polarisation des opinions s'est faite sentir très tôt ; l'Hadopi si elle a été l'épicentre des discussions, a aussi apporté avec elle de nouveaux débats, la situation s'étant alors vite transformée en « un feuilleton interminable, [confinant] au grotesque »¹.

Pourtant, tout semblait bien parti. En effet, la première session parlementaire s'est relativement bien déroulée. Christine Albanel, alors Ministre de la Culture, a présenté au Sénat les 29 et 30 octobre 2008 son projet de loi, basé sur le principe de la « riposte graduée ». À ce moment là, il faut noter que le texte est bien différent de la version finale adoptée en 2009. Le Sénat a adopté le texte le 30 octobre 2008 dans un climat de consensus général, seul les communistes s'étant abstenus. Seul bémol, le Sénat éprouvait quelques réticences envers la suspension totale, et aurait aimé que l'internaute puisse conserver sa messagerie en cas de coupure². Les débats se sont cristallisés alors sur la possibilité ou non de cibler la coupure, notamment en cas d'offres « triple play » mêlant

1 Le député PS Bruno Le Roux dans « Internet : Hadopi 2 passe l'épreuve de l'Assemblée », *Le Figaro*, 16 septembre 2009

2 « Albanel : Bruxelles soutient la réponse graduée », *Le Figaro*, 29 octobre 2008

accès à Internet, téléphonie et télévision. Le sénateur Bruno Retailleau estimait alors que de graves préjudices pouvaient découler de la coupure : « Plus de trois millions de français disposent d'un abonnement triple play [...]. En cas de coupure de l'Internet, ils risquent d'être également privés de télévision et, plus grave, de téléphone. Cela pourrait créer une forte discrimination. À la place de la coupure, je préconise l'instauration d'une amende dont le montant devra être défini par un décret en Conseil d'État »¹. L'autre sujet de débat étant la possibilité d'une double peine pour l'abonné. En effet, si le texte prévoyait que les ayants-droits s'adressant à l'Hadopi suite à la constatation d'un téléchargement illégal renonceraient à poursuivre par la suite l'internaute en justice, on ne peut en droit empêcher quelqu'un d'entamer une action judiciaire. La Commission des affaires économiques du Sénat avait certes proposé de remplacer la suspension de l'abonnement par une amende le 28 octobre 2008, mais sans trouver d'écho dans la chambre haute, et sans que les débats aillent plus loin². La procédure de vote a été un peu plus houleuse du côté de l'assemblée, mais après 48 heures de discussions, la loi était votée, bien que les députés verts, communistes et socialistes aient voté contre.

Les deux versions du texte étant différentes, le texte a été renvoyé en Commission Mixte Paritaire (CMP). Le 9 avril 2009, à la surprise générale, le texte a été rejeté par l'Assemblée Nationale, alors que le Sénat avait de nouveau voté le projet de loi, et c'est à partir de ce moment là que les débats ont commencé à prendre de l'ampleur. En effet, sachant les députés de la majorité divisés sur le projet de loi, le socialiste Alain Néri, alors président de la séance, a discrètement mobilisé les députés socialistes, qui ont surgi dans l'Hémicycle au moment du vote, prenant les quelques députés de la majorité présent au dépourvu. Alors, le texte a été repoussé par 21 voix contre 15 avec tout de même quelques votes contre de la part des membres issus de la majorité et de la droite en général. Jean Dionis du Séjour et Nicolas Dupont-Aignan ont ainsi voté contre. Cette action de la part des députés PS a été vivement critiquée, qualifiée de « manœuvre de couloir »³, de « coup politique indigne »⁴ ou bien encore de « bon mauvais coup socialiste »⁵. Au contraire, la direction du PS a souligné que ceci était une manifestation de « l'absence de soutien des députés UMP à ce texte » et un véritable « revers personnel pour le président de la

1 « Piratage : une amende pour éviter la coupure », *Le Figaro*, 30 octobre 2008

2 « Loi antipiratage, deuxième essai au Sénat », *Le Monde*, 30 octobre 2008

3 Christine Albanel, rapporté par « Internet : coup de théâtre à l'Assemblée Nationale », *Le Figaro*, 10 avril 2009

4 *Ibid.*

5 Jean-François Copé, rapporté par « L'échec collectif de la loi Hadopi », *Le Figaro*, 11 avril 2009

République »¹.

La majorité était en effet divisée, les « anti-Hadopi » ayant en première ligne les députés Lionel Tardy, Marc Le Fur et Alain Suguenot. Ceux-ci avaient déposé plusieurs amendements avant le vote du 9 avril, soutenus par le PS, qui prévoyaient de « maintenir le contrôle par un juge pour l'accès aux données personnelles des internautes », considérant que la coupure Internet pourrait avoir des « conséquences très graves »². Le remplacement de la coupure par une amende avait de même été voté en commission des affaires économiques, par six voix contre quatre. Les premiers sursauts des problématiques qui ont émergées avec le projet de loi Hadopi apparaissent alors : « La coupure Internet sera difficile à mettre en œuvre et ressentie comme une provocation », expliquait Jean Dionis du Séjour³. Patrick Bloche, député socialiste, pense déjà ce texte comme « politiquement mort »⁴.

Le texte a finalement été voté le 12 mai 2009, dans un climat très hostile, par l'Assemblée Nationale après 53 heures de débats, en deuxième lecture. Du côté de la majorité, 284 députés ont voté le texte, 44 ont refusé de voter, six ont voté contre (Lionel Tardy, Christian Vanneste, Denis Jacquat, Michel Zumkeller, Franck Marlin et François Goulard) et 17 se sont abstenus. Enfin, neuf députés n'ont pas pris part au vote, dont Alain Suguenot, qui on l'a vu, s'était publiquement déclaré hostile au projet de loi. Dans le groupe Nouveau Centre, sur les 23 députés, 11 ont voté pour et 6 ont voté contre, dont Jean Dionis du Séjour, et 5 se sont abstenus. Au PS, seul Jack Lang a voté pour, mais il y a eu 6 abstentions, remarquées. L'ensemble du groupe GDR (communistes et verts) a quant à lui voté contre, tout comme sept non-inscrits, dont François Bayrou.

B. La question de l'absentéisme parlementaire

Le rejet à l'Assemblée Nationale le 9 avril 2009 a été une véritable surprise pour la majorité. En effet, le vote s'étant bien passé en première lecture au Sénat, et ayant été adopté de même à l'Assemblée Nationale, le vote en Commission Mixte Paritaire semblait relever de la formalité. La question qui s'est légitimement posée est celle de la sanction financière des députés trop souvent absents. En 2008, un sondage ifop montrait que 85%

1 « Internet : coup de théâtre à l'Assemblée Nationale », *Le Figaro*, 10 avril 2009

2 « Piratage sur Internet : bras de fer à l'Assemblée », *Le Figaro*, 9 mars 2009

3 *Ibid.*

4 Rapporté par « Piratage sur Internet : les tensions persistent », *Le Figaro*, 4 mai 2009

des français se disaient favorables à une sanction pécuniaire pour les députés absentéistes. Roger Karoutchi a donc proposé de sanctionner financièrement l'absentéisme parlementaire, responsable de l'échec cuisant du 9 avril 2009.

Cette proposition a été accueillie timidement, et ce pour deux raisons. Tout d'abord, comme l'a souligné assez justement le député Hervé Mariton, « l'absentéisme est une forme polie de contestation. Si l'exécutif avait contraint les députés de notre groupe opposés à la loi Hadopi, ou à la loi OGM, comment croyez-vous qu'ils auraient voté ? »¹. Pour Jean-François Copé, cette mesure n'était cependant pas envisageable. Il faut néanmoins rappeler qu'elle est déjà prévue par l'article 162 du règlement intérieur de l'Assemblée, bien que n'ayant jamais été appliquée.

C. Un affrontement entre droit national et droit européen

Le parcours de la loi Hadopi a été compliqué par la législation européenne, qui a légiféré en défaveur des mesures visant à couper Internet, et ce en plein durant les débats français. Bien que l'Union européenne exerce des compétences limitées, strictement énoncées par les huit traités qui l'organisent, le débat sur l'influence du droit communautaire est réapparu avec l'Hadopi, qui était directement visée par un amendement socialiste à un texte en discussion au parlement européen.

Ainsi, le 10 avril 2008, le Parlement européen a validé un amendement appelant à « éviter l'adoption de sanctions telles que l'interruption de l'accès à Internet »² avant de rejeter ce même amendement le 3 juin. Dans les discussions sur le « Paquet Télécoms », le Parlement a estimé le 24 septembre 2008 que seul un juge pouvait porter atteinte aux droits et libertés fondamentaux des citoyens. L'amendement 138, dit « Bono-Cohn Bendit », a été adopté avec une très grosse majorité dépassant le cadre des simples alliances partisans (573 pour, 74 contre). Celui-ci disposait que l'accès à Internet relève des droits et libertés fondamentaux, et que seul le juge a donc autorité pour couper un accès à Internet. Cet amendement a par la suite été rejeté par le Conseil européen sous pression de la France³, avant d'être réintroduit en mars 2009 sous le numéro 46. Le 6 mai 2009, le Parlement, réuni en session plénière, a adopté l'amendement numéro 46, par 407 voix contre 57, avec

1 « Les députés absents dans le collimateur », *Le Figaro*, 15 avril 2009

2 *Le Figaro*, 10 avril 2008

3 « Hadopi, le paquet piégé », *Libération*, 24 avril 2009

171 abstentions. Daniel Cohn-Bendit résumait alors la situation ainsi : « Les gouvernements ont le choix : soit renoncer [au Paquet Télécoms] pour pouvoir garder la loi Hadopi, soit adopter notre amendement »¹. En effet, à défaut d'entente entre le Parlement et le Conseil, le texte serait simplement abandonné. Lors de la troisième lecture du Paquet Télécoms, début novembre 2009, l'accès à Internet a finalement été déclaré « droit fondamental », dont chaque interruption doit pouvoir faire l'objet d'un recours judiciaire. C'est une sorte de compromis : l'amendement 46 prévoyait en effet que toute suspension d'accès devait être le fruit d'une décision judiciaire. Il y avait besoin de ce paquet, qui en dehors de cet amendement polémique, amenait beaucoup de dispositions nécessaires pour reprendre la croissance en Europe, le compromis était donc nécessaire. Autre exemple d'un cadre européen peu favorable au projet de loi français : la Commission européenne critiquait le projet de loi en novembre 2008, celui ne respectant pas à priori la directive « service universel » votée en 2002 qui garantit un accès minimum à l'Internet pour tous les citoyens européens. Pour la Commission, couper à internet « pourrait porter atteinte à [la] capacité d'accéder à des services (...) essentiels »². Enfin, le 26 mars 2009, le Parlement votait, par 481 voix contre 25, un rapport sur le « renforcement de la sécurité et des libertés fondamentales sur Internet » qui disposait que « chaque individu, tout au long de sa vie, doit avoir le droit d'accéder à un ordinateur et à Internet » et que « cet accès ne devrait pas être refusé à des citoyens, en tant que « sanction » contre des infractions, par des gouvernements ou des sociétés privées »³.

Le débat était donc le suivant : l'accès à Internet est-il un droit fondamental ? Selon Alain Lipietz, économiste et député européen jusqu'en 2009⁴, « les critères au nom desquels, par l'amendement Cohn-Bendit-Bono, le Parlement européen a condamné la loi Hadopi, rattachent les libertés sur Internet à la Charte des droits fondamentaux par deux maillons essentiels : la liberté d'expression, et l'accès à la culture et à l'éducation. La bataille relative à l'instance chargée de défendre ou limiter ces droits est, elle secondaire ». Il explique ainsi qu'il est courant de déduire un droit nouveau à partir de l'énoncé d'un droit fondamental. Ainsi du « droit au logement » par exemple, qui n'est nullement inscrit dans la Constitution française, mais qui découle du droit à vivre dignement. Alain Lipietz considère que « ce genre de déductions se fonde sur l'émergence d'une légitimité, qui fait apparaître l'aspect

1 « Surprise-partis à Strasbourg », *Libération*, 5 juin 2009

2 « La Commission européenne critique le projet de loi création et Internet », *Le Monde*, 27 novembre 2008

3 « Il est interdit d'interdire Internet », *Libération*, 27 mars 2009

4 Voir LIPIETZ Alain, *Un droit fondamental ?*, dans *La Bataille Hadopi*, InLibroVeritas

dérivé comme aussi fondamental que le droit primaire ». Ainsi, « la notion de droit fondamental est donc historiquement évolutive. Elle dépend de la technique, du social et de la bataille politique ». Aussi, défendre le droit d'accès à Internet ne revient nullement à défendre l'accès à une technique, mais à un contenu. Le parlement européen a donc estimé que le droit d'accéder à Internet découlait du droit à la liberté d'expression et à la culture.

D. Le caractère non-contraignant du droit européen mis en avant par le gouvernement

Si le Parlement européen a clairement statué en faveur de la reconnaissance de l'accès à Internet comme droit fondamental, le gouvernement français a directement minimisé sa portée, s'appuyant sur le caractère non-contraignant du droit européen dans ce cas précis. Ainsi, Christine Albanel expliquait-elle en mai 2009 qu' « il y a une manipulation destinée à faire croire que l'accès à Internet est un droit fondamental, ce qu'il n'est pas »¹, considérant que son projet « ne remet nullement en cause les droits fondamentaux des personnes »². Et de rappeler que le Conseil de l'Union européenne s'était opposé à ce que cet amendement figure dans le Paquet Télécoms, bien qu'on l'a vu celui-ci a été réintroduit et finalement voté. Ainsi, selon la Ministre, le vote de Strasbourg « ne remet en aucune façon en cause le projet de loi »³. Il est vrai qu'au moment où elle tenait ces propos, le vote n'était encore pas définitif. Appuyant cette position qui consistait à dire que le vote n'était encore pas définitif, Jean-François Copé affirmait quant à lui que « sans même poser la question de la nature de l'Hadopi, composée de magistrats, on peut raisonnablement considérer que l'accès à Internet depuis son domicile n'est pas un droit fondamental répertorié dans le droit français ou européen »⁴.

On l'a vu cependant, si ces propos tenaient du vrai en mai-juin 2009, alors que le vote sur l'amendement n'était pas définitif, le vote de compromis de novembre 2009 a clairement énoncé que la possibilité d'un recours judiciaire était indispensable à toute coupure de l'accès à Internet. Position confirmée par la décision du Conseil Constitutionnel dans sa décision du 10 juin 2010, censurant une partie des articles de la loi Hadopi.

1 « Hadopi : nouvel incident de parcours », *Le Figaro*, 7 mai 2009

2 *Ibid.*

3 « Loi Hadopi : le gouvernement affiche sa confiance », *Le Figaro*, 8 mai 2009

4 « La torpille socialiste contre Hadopi a raté sa cible », *Libération*, 1er juin 2009

E. La censure originelle du Conseil constitutionnel

La censure du Conseil constitutionnel par sa décision du 10 juin 2009 a explicité les points problématiques de la loi au regard de la Constitution française, rompant avec la politisation à outrance du sujet, qui rendait les débats contradictoires et peu objectifs. En juin 2009, selon un sondage BVA rapporté par *Libération*, 60% des français approuvaient la censure du Conseil constitutionnel¹.

1. Les points de la loi portés devant le Conseil constitutionnel par l'opposition

Les points de la loi portés devant le jugement du Conseil constitutionnel illustrent bien tous les aspects problématiques ayant prêté à débat. Ils sont au nombre de onze². Suivent ici les points les plus importants, puisque présents dans le débat général concernant le projet de loi.

- « Le défaut d'information des parlementaires et l'atteinte au principe de clarté et de sincérité des débats parlementaires »

Selon l'opposition, « les seuls motifs invoqués afin de justifier le dispositif mis en place reposent sur le postulat selon lequel la baisse du chiffre d'affaires des industries culturelles serait liée à la pratique du partage de fichiers d'œuvres protégées sur Internet. Or, le manque flagrant de données étayant ce postulat est patent puisqu'aucune étude ne démontre clairement que les échanges de fichiers via les réseaux « pair à pair » sont déterminant d'une baisse des ventes dans un secteur qui, par ailleurs, est en pleine mutation du fait notamment, du développement de nouveaux modes de distribution des œuvres de l'esprit au format numérique ».

- « Des mesures législatives manifestement inappropriées à l'objectif poursuivi par le législateur »

Le dispositif pensé par la loi « Création et Internet » se voudrait contournable, contre-productif, inapplicable et coûteux. L'opposition se base ici notamment sur un rapport de l'ARCEP (Autorité de régulation des communications électroniques et des postes) qui indique que « l'application de cette nouvelle disposition sera limitée en pratique ». De plus,

¹ « Internet », *Libération*, 17 juin 2009

² Nous nous basons à partir d'ici sur le recours définitif de l'opposition

il serait contre-productif car transférant les échanges de fichiers via les réseaux de « pair à pair » vers des services cryptés, qui rendraient la tâche du législateur encore plus ardue pour lutter contre le téléchargement illégal. Coûteux, nous l'avons vu, du fait du budget alloué à l'Hadopi, qui si l'on en suit le postulat de l'opposition, ne servirait à rien, doublé d'un coût de mise en place pour les fournisseurs d'accès à Internet.

- « Une conciliation manifestement déséquilibrée entre la protection des droits d'auteurs et la protection de la vie privée »

Ce point est souvent revenu dans les débats, tant du côté des hommes politiques, que des associations de défense des libertés sur Internet, que des représentants de certains FAI, Free en tête. Ainsi, dans sa saisine du Conseil constitutionnel, l'opposition relève que l'on ne peut assurer l'effectivité de cette loi « sauf à permettre une surveillance de l'utilisation du réseau Internet par les citoyens et donc de violer le droit au respect de la vie privée ». Ainsi, « l'efficacité d'un tel dispositif ne pourra être acquise qu'au prix de nombreuses atteintes aux droits fondamentaux puisque la réalisation de l'objectif poursuivi suppose la mise en place d'un contrôle automatisé, quasi général et constant du réseau internet ».

- « Le caractère flou et imprécis du manquement institué par la loi. L'ensemble du dispositif institué par la présente loi repose sur le manquement à l'obligation de surveillance de l'accès Internet créé par l'article 11 de la loi soumise à votre contrôle »

L'opposition souligne ici que l'obligation faite à l'utilisateur de sécuriser sa connexion à Internet est évolutive, du fait que « les moyens de sécurisation se développent et évoluent constamment. (...) L'obligation ainsi imposée est donc évolutive et de ce fait incompatible avec l'exigence constitutionnelle de sécurité juridique ».

- « Une sanction manifestement disproportionnée »

La coupure de l'accès à Internet est soulignée comme disproportionnée, du fait de « l'importance que revêt, à l'époque contemporaine, l'accès à Internet ». Il résulterait de la coupure une double sanction puisque l'abonné continuera à payer le prix de son abonnement : « autrement dit, la suspension est assortie d'une sanction financière dont le produit ne bénéficiera ni à la collectivité publique ni aux auteurs que la loi est censée protéger, mais au bénéfice exclusif de l'intérêt particulier des fournisseurs d'accès ».

- « Une atteinte caractérisée au principe du respect des droits de la défense et au

droit à un recours effectif »

Les députés PS ont ici dénoncé l'automatisation et la mécanisation de la justice, incompatible avec les exigences du droit à un procès équitable et du respect des droits de la défense et de la présomption d'innocence.

- « L'instauration d'une présomption de culpabilité. L'imputabilité des actes de téléchargement et l'atteinte caractérisée au principe de personnalité des délits et des peines »

Comme le rappellent les élus socialistes, « il appartient à celui qui porte l'imputation d'apporter la preuve de la matérialité et de la réalité du manquement ».

En plus des points précédemment cités, sont invoqués la violation du principe de proportionnalité et de la liberté d'expression, le caractère exorbitant des compétences et des pouvoirs de l'Hadopi, ainsi que la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence.

2. Les points d'inconstitutionnalité relevés par le Conseil constitutionnel

Par sa décision du 10 juin 2009, le Conseil constitutionnel a censuré la partie « sanction » de la loi. Les membres du Conseil constitutionnel ont ainsi refusé de reconnaître à l'Hadopi l'autorité de suspendre l'accès à Internet des internautes s'adonnant à des actes de contrefaçon. Le Conseil constitutionnel considère que la sanction pour « le défaut de surveillance de son abonnement à Internet » ne peut être que du ressort d'un juge. De plus, le Conseil a censuré le renversement de la charge de la preuve, respectant ainsi le principe de présomption d'innocence. Par la même décision, les sages du Palais Royal étendent le principe de « libre communication des pensées et des opinions » énoncé par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 à l'accès à Internet. De par cette décision, le Conseil constitutionnel a rendu caduc le volet coercitif de la loi Hadopi.

Cette censure a été différemment interprétée par les membres de la majorité et de l'opposition. Ainsi, si selon la gauche c'est un château de cartes qui s'effondre, la décision des juges du Palais Royal remettant complètement en cause l'essence même de la loi, la droite considère elle que « seul le dernier étage de la loi est invalidé. (...) En aucun cas, il ne s'agit d'une remise en cause du texte. La Haute Autorité existe et la riposte graduée est

validée »¹. Et d'ajouter : « [nous nous félicitons] que le principe d'un dispositif pédagogique de prévention du piratage ait été validé »². Il faut accorder à ces propos que les membres du Conseil ont considéré par la même occasion que sanctionner un internaute pour ce motif n'était en soi pas contraire à la constitution.

Beaucoup de réactions se sont centrées sur le rattachement de l'accès à Internet à un droit fondamental. Henri Guaino considérait ainsi « assez curieux que le droit d'accès à Internet soit plus fortement défendu que le droit d'accès à l'eau ou à l'électricité. On peut couper l'eau et l'électricité à n'importe qui très facilement. Mais l'accès au réseau, c'est une violation des droits de l'homme et – rendez vous compte ! - de la Déclaration de 1789, dont vous vous souvenez d'ailleurs qu'Internet était une préoccupation de ses rédacteurs »³. Alain Minc expliquait quant à lui qu'il était « bizarre » que « le droit d'accès à Internet [soit] un droit plus essentiel que le droit d'accès à l'eau, à l'électricité ou au gaz »⁴. Et de constater « un coup de jeune ou de jeunisme bizarre [chez les membres du Conseil constitutionnel] »⁵. Ces propos, considérés comme « la mauvaise fois du perdant »⁶ par Gilles Guglielmi, professeur à Paris-II Panthéon-Assas, reflètent une mauvaise compréhension de la décision du Conseil constitutionnel. En effet, celle-ci statue que « l'accès à Internet, si ce n'est pas un droit fondamental, devient un accessoire de la liberté d'expression qui, elle, est un droit fondamental »⁷, tout comme l'accès à l'eau ou à l'électricité sont garantis par la Constitution, de par le droit constitutionnel aux moyens d'existence.

F. Le « scandale TF1 »

L'« image de marque » du projet de loi Hadopi a été sévèrement entachée par un scandale politico-médiatique autour des liens ambigus entre le pouvoir et TF1, alimentant le débat et les polémiques quant à la loi proprement dite.

1 Christine Albanel, rapporté par « Amputée, la loi sera promulguée puis complétée à la rentrée », *Le Figaro*, 11 juin 2009

2 Christine Albanel, rapporté par « Christine Albanel vers la sortie ? », *Libération*, 11 juin 2009

3 Le 14 juin 2009 sur Europe 1, rapporté par « Minc et Guaino, mauvaise foi siamoise », *Libération*, 3 juillet 2009

4 Alain Minc, le 24 juin sur BFM tv, rapporté par « Minc et Guaino, mauvaise foi siamoise », *Libération*, 3 juillet 2009

5 *Ibid.*

6 Gilles Guglielmi, professeur à l'université Paris-II Panthéon-Assas, rapporté par « Minc et Guaino, mauvaise foi siamoise », *Libération*, 3 juillet 2009

7 « Maître Eolas », blogueur juriste, dans « "Le pirate jouit de la liberté d'expression" », *Libération*, 12 juin 2009

1. Jérôme Bourreau-Guggenheim : « la première victime de l'Hadopi »

Jérôme Bourreau-Guggenheim, alors responsable du pôle innovation web de TF1, aurait été licencié pour avoir émis des critiques sur le projet de loi Hadopi¹. Celui-ci a contacté sa député, Françoise de Panafieu afin d'émettre des réserves concernant ce qui était alors le projet de loi Hadopi. La députée a par la suite relayé le courriel, envoyé depuis la messagerie personnelle de M. Bourreau-Guggenheim, au cabinet de la Ministre de la Culture et de la Communication, Christine Albanel. Le 4 mars 2009, il a été convoqué par Arnaud Bosom, le président de TF1, puis a reçu le 16 avril une lettre de « licenciement pour divergence forte avec la stratégie » de TF1². Christophe Tardieu, directeur de cabinet adjoint de la ministre, a fait suivre le courriel à TF1, d'où le licenciement³, ce qui a été confirmé par le cabinet de la ministre le 10 mai 2009 : « Christine Albanel a déploré cet envoi qu'elle considère comme étant une erreur regrettable. Elle a refusé la démission que lui avait remise ce collaborateur et a décidé de le suspendre immédiatement de ses fonctions présentes pendant une durée d'un mois »⁴. TF1 a considéré « cette prise de position comme un acte d'opposition à la stratégie du groupe TF1 [pour qui] l'adoption de ce projet de loi est un enjeu fort », reprochant à l'ancien salarié d'avoir « mis [le] groupe en difficulté, [sa] position faisant apparaître le défaut d'alignement d'un responsable « web » avec la position officielle défendue par la direction »⁵.

2. UMP et TF1 : des liens ambigus ?

Cette affaire, qui relevait peut-être du fait divers, et qui n'est pas en rapport directement avec le contenu de loi, auquel nous nous intéressons ici, a tout de même eu le mérite de poser la question des rapports entre la chaîne de télévision privée et le pouvoir en place. En effet, la loi ayant été sur-médiatisée, et la polémique vivace, l'idée d'une « position officielle » des médias est problématique, ceux-ci sortant alors de leur rôle de relayeurs d'informations. Cette affaire a de plus une utilité pour appréhender un autre événement similaire. En mars 2010, le CSA a en effet reproché à TF1 des « manquements à l'obligation de rigueur » de l'information, la chaîne ayant lors d'un reportage sur la loi Hadopi diffusé des images d'un hémicycle plein, alors que seuls 16 députés étaient présents

1 Selon « Dénoncé par Albanel, viré par TF1 », *Libération*, 7 mai 2009.

2 « Albanel suspend un collaborateur », *Libération*, 11 mai 2009

3 « Le viré de TF1 », *Le Figaro*, 6 janvier 2010

4 « Albanel suspend un collaborateur », *Libération*, 11 mai 2009

5 *Ibid.*

durant la séance commentée¹. Acte commenté comme représentatif des « relations incestueuses entre le pouvoir et la chaîne Bouygues »² par les syndicats SNJ-CGT et CFDT.

G. La problématique absence de sécurité juridique pour les internautes

Un des grands problèmes soulevés par les personnes opposées à la loi « Création et Internet » est que la loi n'offre aucune possibilité à l'internaute de prouver son innocence en cas d'avertissement de l'Hadopi. L'article L. 331-32 du Code de la Propriété Intellectuelle, institué par la loi Hadopi 1, c'est à dire la loi « Création et Internet », décrit les conditions dans lesquelles l'Hadopi « établit une liste labellisant les moyens de sécurisation dont la mise en œuvre exonère valablement le titulaire de l'accès de sa responsabilité ». Or aujourd'hui [mai 2011], aucune offre de sécurisation n'a encore été labellisée, rendant problématique la garantie des droits de la défense. En effet, en cas de réception de courrier électronique ou de lettre de la part de la Haute Autorité, l'abonné n'a aucune possibilité de démontrer son innocence. Nous l'avons vu, prouver qu'une connexion internet a été usurpée relève de l'impossible. L'idée sous-jacente à ce logiciel de sécurisation serait que celui-ci relève les activités auxquelles s'adonnent l'internaute, avec encore ici des problèmes quant au respect de la vie privée, ou bien qu'il empêche le téléchargement de certains types de fichiers, ce qui rendrait difficile l'utilisation de son ordinateur, la totalité des fichiers musicaux ou vidéos téléchargés n'étant pas illégaux. On peut également s'inquiéter que la sécurisation d'un accès à Internet soit encadrée par les autorités publiques. Ainsi, selon Jérémy Zimmerman, co-fondateur de la Quadrature du Net, association de défense des libertés sur Internet, « il serait simplement folklorique qu'une autorité administrative dépendant du Ministère de la Culture édicte les règles de sécurité informatique devant s'appliquer à des millions de foyers et d'entreprises »³. Selon lui, trois scénarios sont possibles. Premièrement, ces moyens de sécurisation pourraient protéger le réseau contre une intrusion extérieure, à la manière des clés de connexions au réseau wi-fi. Ceux-ci pourraient de même filtrer les contenus des réseaux, ce qui s'avérerait extrêmement coûteux. Enfin, ils pourraient empêcher l'utilisateur d'utiliser les applications

1 « Bonnet d'âne médiatique », *Le Figaro*, 11 mars 2010

2 « Affaire Bourreau : Albanel s'enlise », *Libération*, 9 mai 2009

3 ZIMMERMAN Jérémy, *La charpente vermoulue de l'Hadopi*, dans *La bataille Hadopi*, InLibroVeritas

permettant de partager les œuvres protégées, ou filtreraient ses communications, amenant ici à des questionnements quant au respect de la vie privée.

À ce jour, la labellisation de « moyens de sécurisation » n'a pas avancé, malgré l'arrivée sur le marché de logiciels semblables à ce que l'on pourrait s'imaginer être les attentes de l'Hadopi. Ainsi, la société H2DS propose-t-elle un logiciel de sécurisation grand public, Isis, qui permet de surveiller l'accès à Internet et d'éviter les intrusions externes, de même qu'il bloque les applications, sites web et fichiers non autorisés. Christophe Painset, de chez H2DS, explique ainsi qu'Isis permet de « bloquer certains sites web selon leur contenu, interdire de télécharger les fichiers qui présentent une extension particulière, notamment les fichiers audio et vidéo, et empêcher l'utilisation de programmes de partage de données et de téléchargement illégal comme eMule »¹, chaque opération étant stockée dans un journal (un fichier référençant les activités sur l'ordinateur) sur l'ordinateur et sur un serveur d'H2DS. Orange de même, a proposé à partir de juin 2010 un logiciel de sécurisation qui, pour deux euros par mois et sans engagement, offrait une option de contrôle de téléchargement, présenté comme permettant de sécuriser jusqu'à trois ordinateurs « contre les usages de téléchargement illégaux d'œuvres par Internet », et de « prouver la bonne foi [des utilisateurs du service d'Orange] en cas d'usage frauduleux de leur connexion Internet ». Cette solution n'étant néanmoins pas interopérable, et ne fonctionnant donc pas sur un autre système d'exploitation que Windows, et se contentant de bloquer l'utilisation des programmes d'échanges de fichiers de pair à pair, en fonction d'une liste de référencement². Ce logiciel a par la suite présenté de sérieuses failles de sécurité³ faisant « fuiter » des listes d'adresses IP d'internautes utilisant le programme. La Haute Autorité a néanmoins souligné que ces logiciels « ne [peuvent] être entièrement conforme[s] aux spécifications édictées par l'Hadopi, dans la mesure où ces spécifications sont encore à l'étude »⁴.

Aujourd'hui, l'on ne sait toujours pas quelles seront les spécifications fonctionnelles de ce ou ces logiciels de sécurisation. Autre point problématique, leur interopérabilité, leur modalité d'obtention (gratuite ou payante) sont encore dans le flou. Le 26 juillet 2010,

1 « Une première solution de sécurisation pour Hadopi », *Le Figaro*, 6 décembre 2010

2 *Génération NT* : <http://www.generation-nt.com/orange-hadopi-controle-telechargement-p2p-actualite-1032921.html>

3 *Numérama* : <http://www.numerama.com/magazine/15959-faille-de-securite-sur-le-logiciel-hadopi-d-orange-des-ip-revelees.html>

4 *Le Figaro*, dans un *erratum* concernant son article du 6 décembre 2010, où il annonçait le logiciel comme conforme aux spécifications techniques de l'Hadopi concernant les moyens de sécurisation

L'Hadopi a lancé une première consultation concernant les spécifications fonctionnelles du logiciel, consultation étendue jusqu'au 30 octobre 2010, et confiée à Michel Riguidel, professeur à l'école Télécom-ParisTech. Cette consultation a été, à compter du 6 septembre 2010, étendue jusqu'au 30 octobre de la même année, et élargie à « toutes les personnes qui pourraient être intéressées par le sujet »¹. Le 20 avril 2011, l'Hadopi a annoncé l'ouverture d'une seconde consultation sur les spécifications fonctionnelles des moyens de sécurisation².

Le fait qu'aucun programme de sécurisation n'ait été labellisé est un problème, tout comme le flou qui entoure ses spécifications techniques, et sa compatibilité avec l'immense diversité des matériels utilisés par les internautes : le logiciel sera-t-il payant, utilisable sur d'autres systèmes d'exploitation que Microsoft Windows ? Quelle sera la durée de conservation des journaux du programme ? Il faut tout de même saluer l'application qu'a semblé mettre depuis son lancement l'Hadopi quant à la définition des spécifications fonctionnelles de ce logiciel. En effet, celle-ci relève d'une consultation, qui plus est publique, et a semblé privilégier le résultat à la précipitation. Néanmoins, l'idée de ne pouvoir concrètement prouver son innocence suite à un avertissement de l'Hadopi, ou – pire – devant un juge, est très dérangeante, et fait partie des points sur lesquels l'Hadopi semble buter pour être considérée comme une solution valable aux problèmes liés au téléchargement illégal et à la baisse des ressources dans le monde de la création, notamment musicale.

H. Le premier avis critique de la Cnil

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

1 Le site internet de l'Hadopi : <http://www.hadopi.fr/actualites/agenda/consultation-sur-les-specifications-fonctionnelles-des-moyens-de-securisation.html>

2 Le site internet de l'Hadopi : <http://www.hadopi.fr/actualites/agenda/seconde-consultation-specifications-fonctionnelles.html>

numérique »¹, rappelant néanmoins « que s'il n'entre pas dans ses missions d'apprécier la légitimité du dispositif proposé, il lui appartient en revanche d'examiner si, au regard des finalités poursuivies, les traitements de données personnelles envisagés sont proportionnés et si les garanties prévues pour assurer la protection des données personnelles recueillies et traitées sont de nature à préserver l'exercice des libertés constitutionnellement protégées au nombre desquelles figure la liberté individuelle dont le droit au respect de la vie privée constitue une des composantes »².

De plus, dans son rapport du 30 mai 2008, la Cnil émettait-elle un avis critique contre le projet de loi issu du rapport Olivennes. Selon la Cnil, la riposte graduée « attaquerait de plein fouet le problème de proportionnalité entre l'atteinte à la vie privée (collecte de masse d'adresses IP, coupure de l'accès à Internet) et le respect du droit de propriété (la protection des ayants-droits), via une base de données personnelles monstre. Pour faire bref, il y aurait un déséquilibre non tolérable entre ces deux droits de portée constitutionnelle »³. Ont aussi été évoqués par la Cnil le problème de double peine, le « risque de surveillance individualisée de l'Internet »⁴ avec comme seul motif la « baisse du chiffre d'affaires des industries culturelles »⁵. Et d'ajouter : « la Commission observe que le projet de loi, en plus de donner le choix entre différentes procédures aux SPRD [sociétés de répartition et de répartition des droits] et aux organismes de défense professionnelle, leur permet également de procéder à la qualification juridique des faits constatés en fonction de critères qu'il leur appartiendra seuls de déterminer. En effet, des faits pourront passer du statut de « manquement » associé à une sanction administrative – à celui de délit de contrefaçon associé à une sanction pénale potentiellement assortie d'une peine de privation de libertés »⁶.

1 La Cnil, dans sa délibération n°2008-101 du 29 avril 2008 portant avis sur le projet de loi relatif à la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet

2 *Ibid.*

3 « Nouveau camouflet pour le projet de loi Hadopi », *Le Monde*, 2 juin 2008

4 « Un rapport non diffusé relance les critiques sur la loi antipiratage », *Le Monde*, 8 novembre 2008

5 *Ibid.*

6 La Quadrature du Net, dossier sur la riposte graduée, téléchargeable sur : <http://www.laquadrature.net/fr/HADOPI>

III. Mobilisation et polarisation de la société

La loi Hadopi n'a pas, loin de là, seulement mobilisé les forces politiques, mais c'est bien une grande partie de la société qui s'est manifestée, que cela soit en faveur ou contre le projet de loi. Les ayants-droits et leurs représentants ont tout d'abord été très actifs, notamment dans le cadre de la défense du projet de loi. Les acteurs de la société civile, de simples internautes souvent, se sont largement mobilisés via les blogs, des pétitions, ou encore des « attaques » sur les sites en lien avec l'Hadopi. Enfin, la société s'est extrêmement polarisée durant le débat, les positions se radicalisant, confinant parfois à l'absurde. Une forte fracture s'est créée entre les partisans du « tout-gratuit » et ceux du contrôle par le législateur de l'outil Internet.

A. Le projet de loi « Création et Internet » : un projet mobilisateur, largement soutenu par les ayants-droits

L'une des lignes de défense des partisans du projet de loi a été de dire que celui-ci était largement soutenu par le monde culturel de manière générale. À titre d'exemple, la Ministre de la Culture Christine Albanel affirmait-elle que « tous les acteurs de la culture sont très mobilisés pour que l'on trouve enfin une réponse adaptée au piratage sur Internet »¹. Ainsi, pour une grande majorité des acteurs du monde de la culture, représentants des industries culturelles, comme artistes, la réponse graduée instaurée par le projet de loi était-elle appréciée comme une réponse efficace au fléau de la contrefaçon sur Internet. En effet, face à la menace du piratage, le modèle de la réponse graduée a été ressenti comme une initiative permettant de mettre en place un cercle vertueux, dans lequel « l'innovation technique ne vient plus du vol mais par le respect de la propriété intellectuelle »², fonctionnant par un mécanisme de « pollueur-payeur ».

Après s'être attardé sur la position univoque des majors du disque et autres représentants des ayants-droits, nous nous focaliserons sur la position des artistes qui elle

1 Christine Albanel, rapporté par « Albanel : Bruxelles soutient la réponse graduée », *Le Figaro*, 29 octobre 2008

2 Olivier Bomsel, économiste, dans « Pour faire respecter la propriété industrielle », *Le Figaro*, 5 mars 2009

est plus nuancée.

1. Le lobbying actif des représentants des ayants-droits

Les représentants du monde de la musique ont très tôt considéré comme inéluctable l'approche adoptée par l'Hadopi. En effet, en plus de considérer le piratage comme unique responsable de la crise importante que traversait l'industrie du disque depuis plusieurs années, ils ont estimé dans leur grande majorité que le principe de réponse graduée donnera de bons résultats.

Le premier axe sur lequel se sont basés les majors et les ayants-droits a été, tout comme l'a fait la majorité, de remettre en perspective la décision du Conseil constitutionnel de censurer une partie de la loi, le 10 juin 2009. David El Sayegh, alors directeur du Snep (Syndicat national de l'édition phonographique), qui représente les majors du disque, a été en pointe de ce mouvement de soutien. Suite à la décision du Conseil constitutionnel de censurer le volet « sanction » de la loi, il a ainsi réagi considérant que « la liberté d'utiliser Internet peut constituer une liberté fondamentale mais pas absolue »¹, rappelant de même que le marché du disque avait perdu 53% de sa valeur depuis 2002². Selon lui, « le Conseil constitutionnel n'a absolument pas invalidé la loi. Il a reconnu la légitimité de l'Hadopi, il a validé le volet pédagogique et a expliqué que ce n'était pas l'Hadopi qui pouvait prononcer la coupure de l'accès mais le juge »³. On retrouve donc ici vraisemblablement les mêmes arguments que ceux avancés par la majorité.

L'autre grande idée défendue par les ayants-droits a été de dire que la régulation était le seul moyen de sortir de la crise de la filière musicale. Comme le rappelait Pascal Nègre, « chaque mois qui passe, 10 à 15% du chiffre d'affaires de la filière musicale s'envole »⁴, phrase à laquelle fait écho l'idée selon laquelle « on s'en sortira en régulant. Parce que le problème est simple pour la musique : à partir du moment où vous pouvez vous procurer gratuitement de la musique, vous n'allez pas payer pour accéder à des offres légales. Je suis persuadé qu'une fois la régulation établie, le marché repartira »⁵. On le voit ici, les attentes sont grandes quant au projet de loi du gouvernement, comme le soulignent encore les

1 David El Sayegh, « David El Sayegh, l'avocat pugnace des éditeurs de musique », *Le Figaro*, 18 juin 2009

2 *Ibid.*

3 « "Les producteurs de musique ont besoin de la loi Hadopi" », *Le Figaro*, 25 juin 2009

4 « Deux camps prêts à l'affrontement avant la présentation du projet de loi antipiratage », *Le Monde*, 5 juin 2008

5 David El Sayegh, « "Les producteurs de musique ont besoin de la loi Hadopi" », *Le Figaro*, 25 juin 2009

propos du PDG d'Universal : « Le numérique légal ne décollera pas réellement en France, pas tant que cette nouvelle riposte graduée ne sera pas en place »¹.

Concernant l'audiovisuel, la position dominante a été sensiblement la même. Nicolas Seydoux, alors président de l'association de lutte contre le piratage audiovisuel (ALPA), estimait ainsi que le mauvais coup socialiste ayant abouti au rejet de la loi en deuxième lecture à l'assemblée nationale était « une pantalonnade qui ne sert pas la démocratie »². On peut cependant lui accorder que cela relève quelque peu du « coup » politique. Allant plus loin, Alain Terzian, président de l'Union des producteurs de films (UPF), a voulu « rendre hommage à Christine Albanel, qui dans la même année a porté la loi sur la télévision publique et la loi Hadopi contre la piraterie sur Internet. Sur cette loi, je suis d'une solidarité sans faille avec elle »³. De même, le Directeur Général de Walt-Disney Studios Motion Pictures France a considéré la loi comme « explicite », en ce sens qu'elle « ne demande pas de manière forte de l'argent aux gens parce qu'ils ont volé un film »⁴.

2. L'engagement des artistes : aussi unanime qu'on ne le croit ?

Au cours de la polémique « Hadopi », les artistes se sont massivement engagés, tout comme les représentants des industries culturelles. Au travers de pétitions, de lettres ouvertes, ils se sont énormément exprimés sur le sujet, et sont devenus semble-t-il un véritable enjeu politique malgré eux. Dans le cadre des affrontements politiques sur la question du téléchargement illégal, avoir les artistes de son côté s'est révélé être un objectif, pour les représentants de la gauche, comme de la droite.

Ainsi, comme le soulignait François Fillon avec une légère ironie : « Je ne suis pas obnubilé par le soutien des artistes, mais c'est quand même mieux quand ils nous soutiennent plutôt que de nous critiquer. Et cela affaiblit le PS »⁵. Beaucoup d'artistes ont en effet vivement critiqué le Parti Socialiste, allié « historique » des artistes, pour avoir lutté contre le projet de loi, considéré comme nécessaire et utile. On a même parlé de « blessure profonde du monde culturel par rapport au PS »⁶. Martine Aubry les invitait-elle donc à « [qu'ils se rencontrent] pour [se] comprendre et [se retrouvent] »⁷, rappelant

1 Pascal Nègre, « La "riposte graduée" sur le pont », *Libération*, 17 janvier 2009

2 « La loi Hadopi produira ses effets début 2010 », *Le Figaro*, 20 mai 2009

3 « Cinéma : 2008, plus belle année depuis 35 ans », *Le Figaro*, 21 mai 2009

4 « "Un film mal distribué perd beaucoup de sa valeur" », *Le Figaro*, 4 avril 2009

5 « Le vote du projet de loi sur le piratage est repoussé d'une semaine », *Le Figaro*, 6 mai 2009

6 *Ibid.*

7 « Aubry propose aux artistes de se retrouver », *Le Figaro*, 8 mai 2009

qu'Hadopi était « un texte perdant-perdant », qui ne rapportera pas d'argent à la création¹. Des artistes ont été reçus au ministère de la Culture et de la Communication à plusieurs reprises afin d'entendre leur position sur le texte, invitations manifestant bien le désir, la nécessité, du soutien des acteurs du monde culturel, et notamment des artistes, pour mener à bout le projet de loi.

En effet, les artistes se sont beaucoup mobilisés en faveur du texte, et ce assez bruyamment au travers de la presse nationale, soulignant la difficulté de se financer du fait du piratage sur Internet² et l'utilité de la loi. Le 30 mars 2009, une cinquantaine d'artistes, parmi lesquels Alain Corneau, Renan Luce, et Jean-Jacques Anneau, se sont ainsi retrouvés au Théâtre de l'Odéon, à Paris, pour dénoncer le piratage qui n'est « ni plus ni moins que du vol »³. De même, le 30 avril 2009, une quinzaine d'artistes se sont-ils rendus à l'Assemblée Nationale en soutien du gouvernement durant les discussions parlementaires⁴.

Cependant, c'est au travers des journaux et de lettres ouvertes que la mobilisation a été la plus forte du côté des artistes en faveur de l'Hadopi. Ainsi, les chanteurs Juliette Gréco et Maxime Le Forestier, ainsi que les comédiens Michel Piccoli et Pierre Arditi ont adressé une lettre ouverte à Martine Aubry pour s'étonner de l'opposition du PS à ce texte, appelant le parti socialiste à « redevenir de gauche » : « Vous étiez la résistance à la déréglementation, à la loi de la jungle et du plus fort qui assassine la diversité culturelle. Vous êtes désormais par l'effet d'une étrange ironie de l'Histoire, les avocats du capitalisme débridé contre les droits des artistes à l'heure du numérique »⁵. Cet incompréhension de la position du parti socialiste est beaucoup revenue dans les débats, en associant maladroitement le rejet du projet de loi par les socialistes à un acquiescement d'un « libéralisme » malsain pour la création ; ainsi Denis Olivennes soulignait-il dans un parallèle contestable avec la question du voile, que « ce sont les mêmes qui défendent le droit libéral de pirater et protestent contre le droit libéral de porter le voile. Comprenne qui pourra. »⁶. Un autre texte collectif avait été publié par *Le Monde*, en juillet 2009, où des cinéastes s'offusquaient que certains qualifient de « liberticide » le projet de loi : « Est-il

1 « Aubry propose aux artistes de se retrouver », *Le Figaro*, 8 mai 2009

2 Jean-Jacques Anneau, cinéaste, « Mes films se financent à 60% par la vente de DVD. Mais les ventes chutent de 10% par an à cause du piratage. Il est impossible de faire aujourd'hui les films que je faisais il y a 15 ans », « Bataille Politique autour de la loi antipiratage », *Le Figaro*, 31 mars 2009

3 *Ibid.*

4 « Hadopi : reprise des travaux à l'Assemblée », *Le Figaro*, 30 avril 2009

5 « Le rejet du projet de loi Hadopi à l'Assemblée Nationale grâce à un jeu de cache cache », *Le Figaro*, 6 mai 2009

6 Denis Olivennes, *Hadopi et Burqa sont dans un bateau*, laviedesidees.fr

liberticide de soutenir un texte qui se propose de substituer aux peines de prison actuellement prévues des messages d'avertissement et éventuellement une suspension d'abonnement (...) ? »¹, rappelant de même que « la vitalité et le dynamisme de [leur] création ont un prix que [la France] a toujours su défendre en adaptant notamment le financement de la création et la rémunération des auteurs aux évolutions technologiques »². Et de rappeler, qu'à l'instar de la licence globale pour la musique, « aucune proposition concrète et alternative au financement actuel des films et à la rémunération des cinéastes »³ n'a été avancée par les opposants à l'Hadopi.

Beaucoup ont souligné de même l'importance du projet Hadopi au regard du financement même de la création. Paul McGuinness, manager de U2, a ainsi expliqué que les concerts ne pourraient remplacer la vente de musique enregistrée en tant que modèle économique, arguant que « c'est un mythe de considérer que les artistes peuvent construire des carrières à long terme basées uniquement sur la musique live » et que « l'avenir de toute une nouvelle génération d'artistes qui aspirent à être les prochains U2 est en jeu »⁴. Bono, le chanteur du célèbre groupe de rock irlandais, s'est de même prononcé en faveur d'une lutte contre le téléchargement illégal orchestrée par les pouvoirs publics, estimant que « dans quelques années, on pourra télécharger une entière saison de 24 heures chrono [la série télévisée] en 24 secondes »⁵.

Si, on le voit, les artistes semblent s'être massivement engagés dans la défense du projet de loi, on ne peut remarquer tout de même que, loin de représenter le vivier de la création française, les artistes ci-dessus cités sont tous sans exception des artistes à succès. Le risque est donc d'assimiler ceux-ci à des « feignants cyniques et arrivistes obsédés par l'argent »⁶. Il faut en effet leur accorder que leur préoccupation pour le financement de la création est légitime, mais en n'oubliant pas qu'ils n'en représentent qu'une infime partie, celle des artistes à succès. On voit en effet que, contrairement à ce que l'on peut croire, beaucoup d'artistes se sont aussi portés contre le projet de loi, mais en ayant retenu moins d'attention, du fait de leur médiatisation moindre. En effet, si « dans les discours officiels, les auteurs et les artistes sont toujours présentés comme partisans d'Hadopi, contre le

1 « Culture ne rime pas avec gratuité », *Le Monde*, 9 juillet 2008

2 *Ibid.*

3 *Ibid.*

4 « Pourquoi nous, artistes, approuvons la loi contre le piratage », *Le Figaro*, 6 avril 2009

5 « U2 dénonce le téléchargement illégal », *Le Figaro*, 4 janvier 2010

6 Polo, chanteur du groupe Les Satellites, « Anti-Hadopi : la posture du mépris ? », *Libération* 7 avril 2009

téléchargement, pour la protection de leurs droits »¹, beaucoup ont au contraire exprimé leur opposition au projet de loi issu de la Mission Olivennes., estimant qu'Hadopi «[était] contraire à [leurs] pratiques, tout comme [le projet de loi était] méprisant des usages et totalement ignorant d'un monde simplement contemporain », et que « l'œuvre est regardée, écoutée, partagée, comme jamais auparavant »². Il faut en effet leur accorder, qu'en terme d'audience, la création ne s'est jamais mieux portée qu'à l'heure d'Internet : la diffusion est universelle, instantanée. Rien de plus simple et efficace que de promouvoir une chanson sur Internet, que les internautes peuvent par la suite partager, «aimer» sur Facebook parmi bien d'autres leviers de diffusion. Avec comme contrepartie l'abandon d'une forme de rémunération. C'est là que s'est fait le clivage entre artistes : si certains voyaient dans le téléchargement illégal une atteinte à leurs droits exclusifs en tant qu'artistes, d'autres y ont vu une formidable opportunité en terme de captation d'audience. Ainsi, dans une lettre ouverte, à la manière des « pro-Hadopi », certains expliquaient-ils que « que ce soit par un système de licence globale ou par le développement d'une plate-forme unifiée de téléchargement des œuvres à prix accessibles et sans DRM, il faut dès aujourd'hui des réponses positives à ce nouveau défi, et se montrer à la hauteur des spectateurs »³.

B. La mobilisation de la société

En plus d'avoir mobilisé largement les représentants des industries culturelles et les artistes, ce qui est assez logique au vu de l'objectif de la loi, lutter contre le téléchargement illégal, les débats engagés ont eu un véritable écho dans la société, faisant déborder la polémique du cadre des acteurs de la culture et des politiques. Le mouvement citoyen s'est centralisé notamment autour des problématiques soulevées par la loi au regard du respect de la vie privée, de l'absence de jugement (pour la première mouture de la loi, censurée par le Conseil constitutionnel), et son inefficacité annoncée, liée à son caractère inadapté aux usages et aux pratiques de l'Internet. Dès juin 2008, le débat a dépassé le cadre du parlement, le magazine SVM, spécialisé en questions informatiques, ayant lancé une pétition en signe de contestation au projet gouvernemental. Celle-ci a recueilli plus de 18 600 signatures, dont celles des eurodéputés Guy Bono (PS), Daniel Cohn-Bendit (Verts), et

1 RIVOIRE Annick, *Ces artistes qui ont dit « téléchargez-moi »*, *La Bataille Hadopi*, InLibroVeritas

2 *Ibid.*

3 Lettre ouverte de Chantal Akerman, Christophe Honoré, Gael Morel, Paulo Branco et Jean-Pierre Limosin dans « Lettre ouverte aux spectateurs citoyens », *Libération*, 7 avril 2009

Vincent Peillon (PS), ainsi que celles de nombreuses associations de défense du logiciel libre¹. Le magazine jugeait déjà le projet de loi comme « liberticide », « indigne d'une économie moderne », ayant pour seul effet la « criminalisation des internautes »². Une véritable fracture s'est créée, pour le résumer grossièrement, entre les partisans du tout-gratuit et les défenseurs acharnés des droits d'auteurs, ces derniers étant représentés par une partie des artistes et les représentants des industries culturelles comme nous avons pu le voir.

1. Le web s'enflamme

Le web a été l'épicentre de la contestation populaire, les internautes s'étant largement mobilisés, tout comme les associations de défense des libertés sur Internet ou encore les acteurs du mouvement du logiciel libre.

En mars 2008, la majorité avait lancé via son site Internet un débat sur le téléchargement, qui s'était vu envahi par les internautes hostiles au projet de loi, considérant que le « projet de loi remet en question des principes fondamentaux de notre démocratie, tels que la liberté individuelle, le droit à un procès équitable, la protection des données individuelles »³. Après le rejet par l'Assemblée Nationale le 9 avril 2009, les internautes ont exulté, s'exprimant massivement sur les réseaux sociaux, savourant un véritable sentiment de victoire : « Epic Fail »⁴, « JF 50-55 ans recherche emploi dans le domaine de la culture. Expérience dans les châteaux. Ancienne ministre » font partie de la masse de statuts Twitter ou Facebook consacrés à l'événement. Il en fut de même lors de la censure du Conseil constitutionnel le 10 juin 2009 : « C'est la première fois que la censure est applaudie sur Twitter »⁵, « Hadopi va coûter des millions d'euros pour envoyer des e-mails ? Albanel a créé la mailing-list la plus chère du monde ... »⁶. Par ailleurs, certains internautes avaient menacé d'attaquer le site Internet de la Haute Autorité⁷. Aussi de l'attaque par des internautes du site « jamelesartistes.fr », monté par le ministère de la

1 « Nouveau camouflet pour le projet de loi Hadopi », *Le Monde*, 2 juin 2008 et « Deux camps prêts à l'affrontement avant la présentation du projet de loi antipiratage », *Le Monde*, 5 juin 2008

2 « Deux camps prêts à l'affrontement avant la présentation du projet de loi antipiratage », *Le Monde*, 5 juin 2008

3 Commentaire d'un internaute sur le blog de l'UMP, relevé par « Le web est vent debout contre le texte », *Le Figaro*, 9 mars 2009

4 Expression idiosyncratique de l'Internet désignant un « loupé » total, si possible dégradant

5 L'utilisateur Unimaru, rapporté par « Le Web se rit d'Hadopi », *Libération*, 12 juin 2009

6 L'utilisateur Nomalz, *Ibid.*

7 « Pas friand de l'Hadopi, Free joue l'obstruction », *Libération*, 8 octobre 2010

Culture et visant à promouvoir son dispositif de « réponse graduée », et dont le nom de domaine est aujourd'hui occupé par un site opposé à l'Hadopi, qui affiche fièrement : « J'aime les artistes ... Pas les majors ! » en première page, pointant vers divers autres sites opposés au projet de loi via ses bannières.

C'est cependant via le concours des associations et acteurs du net que la mobilisation a été la plus forte. L'association La Quadrature du Net, veillant au respect des libertés des internautes, a lancé le projet d'habiller les sites et les blogs de noir, en signe de protestation et d'opposition au projet gouvernemental, dans la lignée de ce qu'avaient fait les internautes néo-zélandais en réaction à un projet de loi équivalent, et qui c'était révélé payant, puisque le projet visé avait été abandonné. Cette opération « Black Out », a mobilisé 530 URL¹, c'est à dire 530 sites web, qui ont marqué d'un fanion noir ou coloré entièrement leur page de garde. Le site Pcinpact² avait de son côté rapporté qu'en 1791, l'Assemblée nationale dénonçait que « par l'effet d'un zèle inconsidéré », le pouvoir « [avait] cru pouvoir soumettre à [sa] surveillance et à sa [recherche] la correspondance des particuliers », considérant ceci comme un « abus qu'il est indispensable d'arrêter », tolérable uniquement « dans un moment d'alarme universelle et dans un péril imminent »³. Par ailleurs, l'Association des Services Internet Communautaires (ASIC), qui regroupe entre autres AOL, DailyMotion, Google, Wikipédia et Microsoft, a adressé une lettre à l'Élysée dans laquelle elle a dénoncé le projet Hadopi, évoquant une « riposte graduée » qui « n'est pas neutre et ne constitue pas un simple agencement de procédure ou de transfert de compétences. Elle [la riposte graduée] affecte bien le fond du droit »⁴. Si cette critique était plus recevable avant le remodelage de la loi suite à la censure du Conseil constitutionnel, qui a amené à un transfert des compétences de sanction au juge, leur critique n'en reste pas moins pertinente concernant la loi en vigueur aujourd'hui : « Bannir, même temporairement, des internautes de la société de l'information, ce n'est pas seulement les empêcher de télécharger des contenus illicites, c'est aussi et surtout leur interdire toute utilisation d'un vecteur de communication et d'expression devenu indispensable, qui offre l'accès à une pluralité d'information, à une diversité de contenus, ou à une multitude de services publics »⁵. De son côté, l'Aysel (Association pour le commerce et les services en

1 REES Marc, *Mobilisation des internautes sur le web et dans la rue, La Bataille Hadopi*, InLibroVeritas

2 [Http://www.pcinpact.com](http://www.pcinpact.com)

3 Rapporté par « 1791 », *Libération*, 9 novembre 2009

4 « Téléchargement : les géants de l'Internet en croisade contre le projet de loi Olivennes », *Le Monde*, 7 mai 2008

5 *Ibid.*

ligne) a réclamé un « moratoire de six mois » sur la suspension de l'accès à Internet par la voix de son président Pierre Kosciusko-Morizet¹. Enfin la Quadrature du Net a quant à elle décrit l'Hadopi comme un « laboratoire pour lobbies obscurantistes », née d'un projet caractérisé par « l'extrémisme de ses rédacteurs », de « dangereux incompetents », qui lui a conféré un pouvoir digne « d'une économie soviétique »².

2. Les réactions des associations de défense des consommateurs

Tout comme les acteurs du web, les associations de défense des consommateurs ont condamné de manière quasi-unanime le projet de loi. Dès juin 2008, l'Association européenne de consommateurs (BEUC) voyait dans la coupure de l'accès à Internet « une mesure disproportionnée, inefficace et, plus grave, qui viole certains droits fondamentaux tels que les droits à la présomption d'innocence et à la protection des données personnelles »³. L'UFC-que-choisir a elle lancé une série de vidéos baptisées « Dédé ça va couper » en référence à la sanction de la suspension de l'accès à Internet, regrettant que seul le volet sanction aie donné lieu à une véritable mobilisation de la part de la Haute Autorité : « L'Hadopi s'est péniblement mise en route, elle a mis un an, et au lieu de développer l'offre légale, comme promis, elle passe directement à la machine à claques »⁴ ; l'association a de même menacé de traduire la France devant la Cour européenne des droits de l'Homme dans le cas où il y aurait des coupures de l'Internet⁵. Ainsi, l'UFC-que-choisir a-t-elle réclamé que soient réalisées « des études d'impact sérieuses afin que les débats prennent enfin en compte les enjeux et les contraintes techniques ou économiques de cette réforme »⁶.

3. La position ambiguë des Fournisseurs d'Accès à Internet

La position des FAI est plus ambiguë et nuancée. En effet, si ceux-ci ont critiqué le projet de loi, et parfois avec virulence, il convient de rappeler que ce même projet de loi est issu des propositions de la Mission Olivettes, qui a débouché sur les Accords de l'Élysée de 2007. Or ces mêmes FAI étaient signataires de ces accords ! Ainsi, leur critique du

1 « La loi Hadopi au pilori », *Libération*, 11 mars 2009

2 « Les internautes refusent de se faire couper la connexion », *Libération*, 13 mai 2008

3 « Deux camps prêts à l'affrontement avant la présentation du projet de loi antipiratage », *Le Monde*, 5 juin 2008

4 « Internet : la bataille d'Hadopi », *Le Figaro*, 8 octobre 2010

5 *Ibid.*

6 « Le projet de loi Hadopi met la Ve bis à l'épreuve », *Libération*, 15 avril 2009

projet de loi se veut assez timide de manière générale. Maxime Lombardini, de chez Free, soulignait donc d'abord les problèmes d'application concrète de la loi, sans en contester le fond : « La loi se fonde sur une vision optimiste qui veut que les mesures de prévention aient un impact très favorable sur la baisse du piratage (...). Le vote d'un texte de loi est une chose mais il ne faut pas sous-estimer la complexité de sa mise en œuvre »¹. Face aux réticences de Free quant au texte, France Télécom s'inquiétait « surtout du fait que tous les fournisseurs d'accès fassent les mêmes efforts afin qu'il n'y ait pas de distorsion de concurrence entre eux »². Free a en effet publiquement déclaré par la voix de son fondateur, Xavier Niel, que le projet de loi aboutissait à la mise en place d'un système inadapté : « Ce ne sont pas les privilégiés qui seront pénalisés. C'est tout sauf une mesure de crise. La loi est inadaptée et sera mal appliquée. On coupera quelques personnes qui ne sont pas les vrais délinquants »³, rappelant que « la création française ne s'est jamais aussi bien portée. La Sacem n'a jamais autant reversé aux artistes. Il n'y a jamais eu autant d'argent dans le cinéma »⁴. Même si c'est plutôt Free qui s'est engagé dans le combat contre Hadopi, les autres FAI ne s'aventurant pas trop sur ce terrain, l'AFA (Association des Fournisseurs d'accès et de services Internet) a tout de même, via un communiqué destiné au gouvernement, souligné que le projet de loi pénaliserait « à l'excès les internautes et leurs fournisseurs »⁵, soulignant que leur engagement dans l'accord issu de la mission Olivettes ne traitait que de tests, sans précision de date⁶. Ainsi, selon les FAI, les internautes disposeraient d'un « droit d'accès au réseau » : priver les internautes contrevenants équivaudrait à une mise à l'écart dramatique, par exemple du fait du nombre croissant de procédures administratives se réalisant via internet.

Le désaccord de Free s'est aussi manifesté concrètement. Ainsi, en octobre 2010, lors des premiers envois de noms associés aux IP relevées par les ayants-droits, Free a répondu à l'Hadopi, sur support papier, « pour des raisons de sécurité, car c'est une énorme responsabilité d'envoyer des données personnelles sans qu'elles soient clairement sécurisées »⁷. Forme polie de contestation en somme, car agissant de la sorte, le fournisseur d'accès contraignait l'Hadopi à ré-informatiser tout les listings papiers. Le 13 octobre 2010,

1 « Piratage : la suspension d'internet en question », *Le Figaro*, 1er novembre 2008

2 *Ibid.*

3 « Free peut financer à la fois le mobile et la fibre », *Le Figaro*, 20 mars 2009

4 *Ibid.*

5 « Loi Création et Internet : passera, passera pas ? », *Le Monde*, 28 juin 2008

6 *Ibid.*

7 « Internet : la bataille d'Hadopi », *Le Figaro*, 8 octobre 2010

le gouvernement a fait passé un décret disposant qu'en cas de non collaboration pour associer les adresses IP aux utilisateurs, les FAI sont passibles de 1500 euros d'amende par IP non révélée. En effet, Free s'appuie sur le fait qu'une convention avec le ministère de la Culture et les ayants-droits devant assurer « la sécurité, l'intégrité et le suivi des données et informations conservées »¹ devait voir le jour. Free a par la suite refusé d'envoyer les mails d'avertissement aux internautes, et était dans son bon droit comme l'a remarqué Jean-Christophe Guerrini, président intranet et nouvelles technologies du Conseil national des barreaux (CNB) : « Le texte de loi ne prévoit ni obligation ni sanction vis-à-vis des fournisseurs d'accès »². La résistance de Free n'aura pas fait long feu, puisque dès le 18 octobre 2010, Free a annoncé dans les Échos qu'ils allaient commencer à envoyer les courriels d'avertissement. En effet, le ministère de la Culture a publié d'urgence un nouveau décret imposant aux opérateurs de coopérer avec la Haute Autorité³, nouveau décret qui « [semblait] illégal », selon Xavier Niel⁴. De fait, toute mesure pénale visant les opérateurs télécoms doit être notifiée avant sa mise en œuvre à la Commission européenne, ce qui n'a pas été le cas. On a beaucoup polémique sur le fait que la position de Free aurait été une position de circonstances, pour « faire le *buzz* » et recruter de nouveaux clients, du fait du peu de popularité de la loi. Xavier Niel s'en est défendu, expliquant que « [leur] position n'était ni marketing ni financière », et qu'ils n'ont « pas gagné un abonné en refusant de collaborer au-delà de ce que [leur] imposent les textes »⁵.

C. Des clivages politiques brouillés

Deux constats s'imposent : tout d'abord, les droites et les gauches sont divisées sur le sujet, et ce clivage semble *a priori* basé sur des connaissances techniques, voire générationnel.

1. Droites et gauches divisées

On l'a vu, les débats ont été houleux à l'Assemblée nationale. Cependant, cela ne relève pas uniquement d'une contestation massive au projet de loi par l'opposition, mais de

1 « Hadopi : vous avez un message », *Libération*, 5 octobre 2010

2 « Free : merci les avocats ! », *L'Express*, 13 octobre 2010

3 « Contraint, Xavier Niel se plie à Hadopi mais ne rompt pas », *Libération*, 19 octobre 2010

4 *Ibid.*

5 *Ibid.*

clivages internes à la majorité. En effet, les débats concernant la loi Hadopi ont été caractérisés par des fractures assez importantes, tant à gauche qu'à droite. Ainsi, à droite, un front « anti-Hadopi » s'est créé dès la genèse du projet de loi, au sein duquel se trouvaient en première ligne un noyau de députés UMP très hostiles au projet, parmi lesquels Marc Le Fur, Alain Suguenot, ou bien Lionel Tardy. Au Nouveau Centre, le porte parole du groupe, Jean Dionis du Séjour, était clairement contre de même. Ces députés UMP considéraient en effet comme « urgent (...) d'ajourner une loi déjà obsolète avant d'être votée, et de réfléchir collectivement aux moyens qu'offre le marché afin de mieux rémunérer la création et de ne plus opposer créateurs et internautes »¹. Patrice Martin-Lalande (UMP) voulait quant à lui expérimenter l'amende et « faire un bilan (...) au premier janvier 2011, [voir] si on renonce ou non à la suspension »².

Au sein de la gauche, même constat. Si la position « officielle » du PS était de s'opposer au projet de loi, des dissensions sont tout de même apparues. Les anciens ministres de la Culture Jack Lang et Catherine Tasca ont en effet manifesté leur soutien au texte du gouvernement. Jack Lang expliquait ainsi que « ce texte est en cohérence avec [sa] conviction ancienne et persistante que les artistes ne peuvent pas vivre seulement d'amour et d'eau fraîche. Il faut tenter de trouver un équilibre entre les droits d'auteurs et la liberté de communication. Le tout est de trouver la ligne de crête permettant de concilier les libertés des uns et des autres »³.

Il est bien entendu naturel, et préférable, de voir que chacun, malgré son appartenance politique, est libre de ses choix, et que le consensus partisan n'était pas optimal dans ce cas là. Ceci a souvent été commenté comme étant le reflet d'une « fracture générationnelle », ou « fracture technique », plutôt qu'une fracture partisane. En effet, comme l'explique un député UMP : « Sur le projet Hadopi, nous étions dix à savoir de quoi nous parlions »⁴.

2. Un clivage plutôt générationnel ou technique ?

La tentation est en effet assez forte d'assimiler les fractures à des clivages générationnels ou techniques, d'autant plus lorsqu'il s'agit d'un sujet lié aux nouvelles

1 « Après l'échec de la loi Hadopi, la majorité est appelée à faire bloc », *Le Figaro*, 27 avril 2009

2 « L'opposition à l'assaut d'Hadopi », *Libération*, 31 mars 2009

3 « Jack Lang quitte le mode veille », *Libération*, 18 avril 2009

4 Un député UMP, non cité, « Absentéisme : les députés sous surveillance », *Le Figaro*, 15 avril 2009

technologies, et dont l'aspect technique est important. Cependant, il faut minimiser cet effet générationnel ou technique dans le cas présent. Il est bien évident que les 577 députés ne peuvent être spécialistes de chacune des questions sur lesquelles le législateur doit légiférer. Cet *a priori* est renforcé quand on voit qu'en Suède, se furent les députés de la génération montante (bien plus représentée que dans l'hexagone) qui furent en première ligne du combat contre la loi équivalente à la loi Hadopi. Ainsi, « les plus jeunes ont vu avant tout le monde le danger qu'il y avait à laisser la police fouiller sans contrôle dans les ordinateurs des citoyens »¹, explique Maria Ferm, alors porte-parole des écologistes. De même, les « anti-Hadopi » ont-ils souligné que les signataires de la lettre publique des artistes en faveur de la loi Hadopi avait une moyenne d'âge de 72 ans².

La tentation est donc grande d'assimiler les anti-hadopi à la jeunesse et à ceux qui connaissent les mécanismes de l'Internet et les pratiques de téléchargement, et les pro-hadopi à des gens déconnectés de la réalité des usages numériques. Beaucoup ont ainsi reproché à Christine Albanel sa méconnaissance des sujets techniques relatifs au téléchargement illégal. Cependant, une attention plus profonde au paysage politique montre que les opinions des députés n'étaient en rien le reflet de leur âge, ou encore moins de leur connaissance ou intérêt pour l'Internet. Ainsi, la moyenne d'âge des opposants les plus actifs au projet de loi sur les bancs de l'Assemblée³ est de 55,6 ans⁴ ; ce qui, loin d'en faire des vieillards, ne les classe nullement dans la « génération Internet ». Ce non-sens à parler d'un clivage générationnel ou technique trouve aussi écho dans leur profession : cadre administratif, administrateur civil, sous-préfet, avocat, gérant d'entreprise⁵ ... Nous n'avons nullement affaire à ce que l'on nomme couramment des *geeks*. Déduction confirmée par Christian Paul (PS), qui considérait lui même que le clivage, loin d'être générationnel ou technique, était plutôt idéologique : il s'agissait ici d'appréhender l'arrivée du numérique dans le monde de la culture, chacun choisissant les outils qu'il considérait comme les plus justes et efficace face aux mutations que cela entraîne⁶.

1 « Suède La carte jeune », *L'Express*, 8 septembre 2010

2 « Hadopi : artistes et PS ne chantent plus à l'unisson », *Libération*, 6 mai 2009

3 Ici : Christian Paul, Patrice Martin-Lalande, Marc Le Fur, Patrick Roy, Alain Suguenot, Lionel Tardy, Christian Vanneste, Jean Dionis du Séjour,

4 Au 15 juin 2011

5 Source : site de l'Assemblée nationale : <http://assemblee-nationale.fr>

6 Entretien du 3 mai 2011

IV. La mise en œuvre de la loi

A. Suite à la censure du Conseil constitutionnel du 10 juin 2009 : la promulgation le 13 juin 2009 du volet non-censuré de la loi

Après la censure du Conseil constitutionnel le 10 juin 2009, le gouvernement avait deux possibilités : faire une deuxième délibération du texte en urgence, ou bien promulguer la loi amputée des points censurés par le Conseil, avant de créer une loi palliative, qui conférerait le pouvoir de sanction au juge.

La solution adoptée par le gouvernement a été de promulguer la loi le 13 juin 2009, telle que votée le 12 mai 2009, sans les parties censurées par le Conseil constitutionnel. La loi a donc été publiée au Journal officiel sous le nom de « loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet ».

B. « Hadopi 2 » : le volet « sanction » mis à jour

Ainsi, la loi a-t-elle été promulguée amputée de son volet répressif le 13 juin 2009, suite à la censure des sages du Palais Royal. Le 19 juin, un nouveau texte a donc été présenté au Conseil d'État, dans le but de se substituer à la partie ayant été censurée. Le 24 juin 2009, ce texte a été validé en Conseil des ministres. Une procédure accélérée a été décidée afin de voter le texte au plus tôt.

Ce nouveau texte, baptisé « Hadopi 2 », ou *loi relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet*, prévoyait le transfert des compétences censurées de l'Hadopi au juge, la sanction de ceux qui ne respecteraient pas cette suspension, et un mécanisme de juge unique afin de pouvoir accélérer la procédure. L'Hadopi se contenterait alors du volet pédagogique du projet de loi initial. Par souci de témoigner de la prise en compte par le gouvernement des observations des membres du Conseil constitutionnel, c'est la garde des sceaux Michèle Alliot-Marie, qui a été chargée de présenter le texte en Conseil des ministres le 24 juin 2009¹. Le mécanisme imaginé est

¹ « Hadopi, le retour du bâton », *Libération*, 25 juin 2009

alors le suivant : la Haute autorité, après avoir envoyé deux avertissements, pourra envoyer à sa discrétion les dossiers des contrevenants au parquet, qui appréciera s'il convient de déclencher des poursuites judiciaires. Les affaires seront alors confiées à un juge unique, qui statuera par ordonnance pénale, ceci afin d'éviter l'engorgement des tribunaux, l'internaute inculpé « [conservant] le droit de demander à être [jugé] par une formation collégiale »¹. L'intérêt de l'ordonnance étant que, au vu de la censure du 10 juin 2009 du Conseil constitutionnel qui considérait que l'autorité judiciaire avait seul droit de sanction concernant une éventuelle suspension de l'accès à Internet, dans le but de ne pas trop engorger les tribunaux face au volume des demandes (l'Hadopi prévoyant d'envoyer plusieurs milliers de courriels par jour), l'adoption d'une procédure simplifiée, sans débat, face à un seul juge, comme pour les infractions du code de la route, a été décidée. La procédure de l'ordonnance pénale permet de présenter au juge un dossier avec les preuves réunies, laissant à la seule discrétion du juge l'estimation de la culpabilité, qui rend le cas échéant une peine déclarant le « prévenu » (puisque ici il ne l'est pas vraiment) coupable². L'inculpé se voit donc notifier la décision et dispose de 45 jours pour faire opposition, amenant à la citation de l'opposant devant un tribunal, où il pourra assurer sa défense. La sanction maximale envisagée est alors la suspension pendant un an de la connexion internet, assortie d'une peine pouvant atteindre deux ans de prison et 300 euros d'amende³. En parallèle est créé le délit de « négligence caractérisée », faisant encourir une peine complémentaire de suspension de l'accès à Internet. Le texte a été adopté par le Sénat le 8 juillet 2009, par 189 voix pour et 142 voix contre⁴, les dix-sept amendements déposés par les Verts et les communistes ayant été rejetés, à l'exception du 8bis, qui prévoyait que toute personne suspectée a le droit d'être informée des charges qui pèsent contre elle, et qu'elle peut être assistée⁵. Cependant, au vu des quelques amendements apposés en commission par le rapporteur de la loi à l'Assemblée Nationale, Franck Riester, parmi lesquels un excluant du champ d'investigation les courriers électroniques⁶, un vote conforme n'a pas été possible. De fait, inclure les courriels dans les champs d'investigations des juges ou de l'Hadopi aurait été susceptible d'être censuré par le Conseil constitutionnel, puisqu'il aurait

1 Michèle Alliot-Marie, rapporté par « Le Sénat adopte au pas de charge la loi Hadopi », *Le Figaro*, 9 juillet 2009

2 « Maître Eolas », *Le Journal d'un avocat*, *La décision HADOPI 2 expliquée à mon stagiaire*, <http://www.maitre-eolas.fr/post/2009/10/22/La-d%C3%A9cision-HADOPI-2>

3 *Ibid.*

4 « Hadopi par voix express », *Libération*, 9 juillet 2009

5 *Ibid.*

6 « Le Sénat adopte au pas de charge la loi Hadopi », *Le Figaro*, 9 juillet 2009.

fallu filtrer les correspondances privées. Ainsi, une Commission Mixte Paritaire a du être convoquée. Au 17 juillet 2009, l'opposition avait déjà déposé près de 700 amendements sur l'ensemble des textes relatifs à la mise en place de l'Hadopi et de la « réponse graduée »¹. La conférence des présidents de l'Assemblée nationale ayant décidé d'un vote solennel sur le texte, le vote du texte a été repoussé à septembre. En effet, un vote solennel ne peut avoir lieu qu'un mardi ou mercredi, il n'était pas possible de réaliser ce vote parlementaire avant.

Le 15 septembre 2009, le projet de loi Hadopi 2 est adopté à l'Assemblée Nationale, par une majorité de 285 voix, contre 225. Sur les 314 députés UMP, 267 ont voté pour, et 6 ont voté contre. On voit encore le manque de soutien au texte ici. Du côté de l'opposition, seul Jack Lang a voté pour. C'était donc à la CMP de trancher dorénavant, alors que le PS signalait dès la fin du vote son intention de saisir de nouveau le Conseil constitutionnel. Le texte voté n'était alors nullement plus complaisant envers les internautes contrefacteurs, laissant à la discrétion des ayants-droits une demande supplémentaire de dommages et intérêts pour préjudice, en plus de la contravention de 1500 euros pour l'internaute et la possible suspension de son accès à Internet. Frédéric Mitterrand soulignait alors que « les artistes se souviendront que nous [le gouvernement] avons eu le courage de rompre enfin avec le laisser-faire et de protéger leurs droits face à ceux qui voulaient faire du Net le terrain de leur utopie libertarienne »².

Après avoir été voté par le Sénat, le 21 septembre 2009, l'Assemblée nationale a voté le texte de compromis le lendemain, avec 258 voix pour, et 131 contre³.

C. La validation par le Conseil constitutionnel de la « loi relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet » (« loi Hadopi 2 »)

Comme annoncé avant même le vote du texte de compromis par Patrick Bloche (PS)⁴, le PS a déposé un recours devant le Conseil constitutionnel le 28 septembre 2009.

Dés juillet 2009, le Conseil d'État avait été sévère quant aux risques

1 « Hadopi : les emails seront exclus du champ d'investigation de la Haute Autorité », *Le Figaro*, 17 juillet 2009

2 « Hadopi 2 votée à bas débit », *Libération*, 16 septembre 2009

3 « Vote », *Libération*, 23 septembre 2009

4 « "On va avoir une usine à gaz, un monstre juridique déjà dépassé" », *Libération*, 14 septembre 2009

d'inconstitutionnalité de la loi Hadopi 2, considérant que le recours à l'ordonnance pénale pourrait porter atteinte au principe de séparation des pouvoirs¹ et que les garanties apportées par le juge étaient minimales². Quels ont été alors les points soulevés comme possiblement inconstitutionnels par le parti socialiste ? Leur recours souligne que « l'intervention du juge judiciaire ne constitue qu'un habillage commode pour contourner [la décision du Conseil constitutionnel] du 10 juin 2009 »³, caractérisant le « nouveau » système mis en place de « disproportionné et approximatif », « incompatible avec nos principes constitutionnels »⁴. Rappelant que « l'égalité devant la justice ne s'oppose pas à ce que le jugement de certaines affaires fasse l'objet d'une procédure spécifique, à condition que cette procédure soit définie précisément, que le choix de cette procédure repose sur des critères objectifs et rationnels inspirés par un souci de bonne administration de la justice et que cette procédure ne lèse pas les droits des parties (...) »⁵, les socialistes arguent que « la présente loi crée deux procédures alternatives pour des faits identiques, aucun critère ne permet raisonnablement de savoir laquelle des deux procédures instituées sera choisie par le parquet, les ayants-droits ou la Hadopi »⁶. En effet, l'établissement d'un procès verbal peut conduire à deux hypothèses différentes : le parquet peut engager une procédure pour délit de contrefaçon, ou bien engager une procédure pour « négligence caractérisée ». Ainsi selon les rédacteurs du recours, « outre l'atteinte à l'exigence constitutionnelle de sécurité juridique, cette incertitude est constitutive d'une incompétence négative caractérisée dans la mesure où il appartenait au législateur de fixer le ou les critères permettant aux justiciables de savoir précisément laquelle des procédures s'appliquera dans tel ou tel cas (...). En omettant de poser lui-même le ou les critères permettant de choisir la procédure, le législateur tend ainsi à conférer au Ministre de la Justice et au Parquet un pouvoir discrétionnaire, confinant à l'arbitraire »⁷. Par ailleurs, l'opposition a considéré que « cet article méconnaît manifestement le principe d'égalité et prive les abonnés suspectés des garanties d'une justice équitable » et que « cette sanction est d'autant plus disproportionnée qu'elle est assortie du maintien pour l'abonné de l'obligation de verser le montant correspondant à l'intégralité de son abonnement ».

1 « Nouvel avis anti-Hadopi », *Libération*, 1er juillet 2009

2 *Ibid.*

3 Recours définitif du Parti Socialiste auprès du Conseil constitutionnel concernant la loi relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur Internet

4 *Ibid.*

5 Cahier du Conseil constitutionnel, Décision 2002-461 DC

6 Recours définitif du parti socialiste auprès du Conseil constitutionnel concernant la loi relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur Internet

7 *Ibid.*

rappelant de même que « le dispositif mis en place maintient une présomption de culpabilité », « incompatible avec une sanction privative et restrictive de droit »¹.

Le 22 octobre 2009, la loi Hadopi 2 a été validée par le Conseil constitutionnel, à l'exception du « prononcé de dommages et intérêts civils par le juge de l'ordonnance pénale ». Frédéric Mitterand, ministre de la Culture, s'est félicité de « la décision du Conseil constitutionnel, qui permet au législateur de parachever un dispositif innovant et pédagogique de prévention du piratage des œuvres sur Internet », Nicolas Sarkozy ajoutant que « la France dispose à présent d'un système très innovant pour protéger les droits des auteurs, des artistes et de leurs partenaires dans l'univers Internet »². Le 29 octobre 2009, la loi est inscrite au Journal Officiel. Ainsi, la seule partie du texte censurée est donc celle disposant que les ayants-droits puissent demander des dommages et intérêts lors d'un recours à l'ordonnance pénale.

Comment expliquer cette décision ? Quels ont été les mécanismes à l'œuvre pour que le second volet de la loi Hadopi ressorte quasi-indemne de la décision du Conseil constitutionnel, alors que son aînée avait été largement imputée ? Peut-on expliquer cela par la seule entrée du juge dans le processus de sanction ?

Le premier grief soulevé, qui demandait au Conseil d'interpréter « les faits susceptibles de constituer une infraction » comme impliquant nécessairement un complément d'enquête, n'était tout d'abord pas recevable du simple fait que le Conseil constitutionnel n'a pas à interpréter la loi³. Ensuite, sur l'atteinte à l'égalité devant la justice, du fait que certains seront poursuivis par ordonnance pénale et d'autres devant le juge unique, le Conseil a considéré que des mesures dérogatoires étaient justifiées, devant l'ampleur du phénomène. Concernant la peine complémentaire de suspension de l'accès à Internet, l'internaute devant continuer à payer son abonnement, le Conseil n'y voit pas d'inconstitutionnalité, le contrat était suspendu du fait du débiteur⁴. Le seul argument ayant été retenu par le Conseil constitutionnel est le fait que la loi permette aux ayants-droits de demander des dommages et intérêts à la personne inculpée. Cependant, le Conseil a répondu que rien n'interdisait au législateur de permettre à la victime (aux ayants-droits) d'intervenir dans la procédure

1 Recours définitif du parti socialiste auprès du Conseil constitutionnel concernant la loi relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur Internet

2 *Le Figaro*, 23 octobre 2009

3 Article 61 de la Constitution de 1958

4 « Maître Eolas », *Le Journal d'un avocat*, *La décision HADOPI 2 expliquée à mon stagiaire*, <http://www.maitre-eolas.fr/post/2009/10/22/La-d%C3%A9cision-HADOPI-2>

d'ordonnance pénale. Néanmoins, cela doit relever de la loi, car il s'agit d'une procédure pénale. Le législateur ne pouvait donc passer par le décret comme dans le cas ici-présent. Alors comme l'explique Maître Eolas, dans son *Journal d'un avocat*, « les ayants droits ne pourront pas demander réparation de leur préjudice. Ils doivent sacrifier leur rémunération à leur soif de répression. Quand on sait que leur motivation dans ce combat est de lutter contre un manque à gagner, on constate qu'il y a pire ennemi des artistes que les pirates : c'est l'État qui veut les protéger »¹.

¹ « Maître Eolas », *Le Journal d'un avocat*, *La décision HADOPI 2 expliquée à mon stagiaire*, <http://www.maitre-eolas.fr/post/2009/10/22/La-d%C3%A9cision-HADOPI-2>

Chapitre 4 - Bilan et perspectives à l'approche du premier anniversaire de la mise en route de la « réponse graduée »

Au-delà de l'aspect polémique et contestable de la loi sur le *fond*, l'approche du premier anniversaire de la mise en place du volet « pédagogique » de la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet appelle à nous interroger sur son efficacité, et à en questionner la légitimité *technique*.

En novembre 2009, le PDG de la Fnac, Christophe Cuvillier, appelait à « travailler sur l'après-Hadopi II »¹, la loi étant arrivée à son sens « deux ans trop tard »². Beaucoup ont avancé l'« aporie de la répression », rappelant que « l'enjeu n'est pas le maintien d'un chiffre d'affaires global mais d'assurer par des mesures ciblées la survie des éditeurs indépendants, terreau du renouvellement de la création et de sa diversité »³. En effet, il n'est pas à exclure que la répression « [s'enlise] dans les innombrables possibilités de copier et d'échanger anonymement, et [se heurte] aux murs de la démocratie »⁴, et il est peu probable de même qu'émerge une norme sociale relative au téléchargement illégal, c'est à dire que se mette en place une autorégulation des comportements individuels comme dans le cadre de la sécurité au travail par exemple.

I. Le bilan de la loi au vu de ses objectifs

La mise en place de l'Hadopi et de la fameuse « réponse graduée » a été laborieuse

¹ « Le prix constantin, un "booster de carrière" », *Le Figaro*, 4 novembre 2009

² *Ibid.*

³ Françoise Benhamou et Bruno Ory-Lavollée, professeur d'économie de la culture à Paris XIII et président de l'Adami (Administration des droits des artistes et musiciens interprètes), « Loi création et Internet : que faire maintenant ? », *Le Figaro*, 15 juin 2009

⁴ *Ibid.*

et tardive. En juin 2010, Stephan Bourdoiseau, président de l'Union des producteurs phonographiques indépendants, rappelait que « cela [faisait] quatre ans qu' [ils travaillaient] à ce dispositif pour créer un nouveau marché du numérique » et qu'ils devraient « être déjà passés à une nouvelle étape »¹. D'autres rappelaient que la mission Olivennes – dont a été tiré le projet de loi – ne comportait aucun représentant des consommateurs, sa légitimité étant à ce titre discutable². La Haute Autorité, si la loi a été adoptée intégralement en septembre 2009, n'a été lancée qu'en janvier 2010, sans être directement opérationnelle. De même, en janvier 2010, les décrets d'application n'avaient toujours pas été publiés³. À ce même moment, Frédéric Mitterand annonçait concernant le lancement de la procédure de « riposte graduée » deux options : « Basse, c'est avril ; haute, c'est juillet »⁴.

A. La difficile mise en place de la « riposte graduée »

Si le secrétaire général de l'Hadopi annonçait que le dispositif de « réponse graduée » serait bien « lancé à la fin du mois de juin »⁵, les premiers courriels de l'Hadopi n'ont été envoyés qu'à partir d'Octobre 2010⁶. Cette mise en place tardive, outre les difficultés de lancement de l'Hadopi, est due à la lenteur de la procédure d'acceptation par la Cnil de la demande des ayants-droits à recourir à TMG⁷. Après que le dernier verrou aie sauté, en novembre 2010, « les ayants-droits [effectuaient] plus de 25 000 demandes par jour d'identification auprès de l'Hadopi »⁸, aux dires de Denis Ladegaillerie, alors président du Snep. Cependant, à la fin décembre 2010, l'Hadopi n'avait mis en garde 'que' 100 000 internautes⁹. Comment expliquer le décalage entre le nombre de demandes effectuées par les ayants-droits et la quantité de courriels envoyés par la Haute Autorité ? Entre novembre

1 « David El Sayegh, l'avocat pugnace des éditeurs de musique », *Le Figaro* 18 juin 2010

2 Patrick Waelbroeck, professeur d'économie industrielle et d'économétrie à l'ENST, entretien avec la Quadrature du Net : « *Ce qui s'est passé avec la commission Olivennes est absurde, il n'y a eu que des représentants des industriels et un économiste pro-industrie pour établir le projet de loi, ça n'a aucun sens. Il y aurait du avoir des défenseurs des consommateurs, des scientifiques neutres, au moins dans les débats amenant au projet de loi* »

3 « Hadopi et le doute s'installent », *Libération*, 11 janvier 2010

4 *Ibid.*

5 « L'Hadopi au report ? », *Libération*, 10 juin 2010

6 « Hadopi, haut les mails ! », *Libération*, 30 septembre 2010

7 « L'Hadopi au report ? », *Libération*, 10 juin 2010

8 « Les ayants droits effectuent 25 000 demandes d'identification par jour auprès de l'Hadopi », *Le Figaro*, 17 novembre 2010

9 « Lutte contre le piratage : l'Hadopi a mis en garde 100 000 internautes », *Le Figaro*, 28 décembre 2010

et décembre 2010, la Haute Autorité envoyait 2000 mails par jour¹, c'est à dire qu'elle donnait donc suite à moins de 3% des procès verbaux fournis quotidiennement par les ayants-droits, qui s'élevaient alors à 70 000 par jour². Les représentants de l'Hadopi expliquaient alors qu'ils avaient « choisi volontairement cette proportion pour tester le dispositif, évaluer les réactions »³. Aux dires de Jacques Bille, de la Cour des comptes, la Haute Autorité se retrouvait à l'époque face à un « dilemme diabolique » : « soit [l'Hadopi] envoie des flopees de mails et on traitera [les membres de l'Hadopi] d'abominables répressifs », ou bien « [ils] sont plus prudents et on [les] qualifiera d'inefficaces »⁴. Il faut rappeler en effet que le dispositif de riposte graduée est alors mis en place avec un an de retard par rapport au planning initial, et que le nombre d'avertissements envoyés fin 2010 est cinq fois inférieur à ce qu'avait annoncé Christine Albanel, alors ministre de la Culture, durant les discussions sur le projet de loi⁵. La Commission de Protection des Droits, le « bras-armé » de l'Hadopi, chargé d'envoyer les courriels aux internautes s'adonnant à la contrefaçon via les réseaux de « pair à pair », annonçait alors une « montée en charge », qui devait s'arrêter à la mi-2011, pour un rythme de 10 000 mails quotidiens et le départ des premières lettres recommandées⁶. Si début janvier 2011, le départ prochain des lettres recommandées était annoncé dans la presse, aujourd'hui [mai 2011], aucune n'est encore partie⁷.

Lionel Tardy, député PS, considérait que « le texte est inapplicable », « un fraudeur [ayant] autant de chances de se faire prendre que de gagner au Loto »⁸. De fait, il faut lui accorder que l'Hadopi se voit paralysée par le nécessaire triple recoupement que sa « réponse graduée » induit. En effet, pour qu'un internaute soit sanctionné, il faut qu'il ait été repéré trois fois par les ayants-droits. Or, les données, par souci de respect de la vie privée, n'étant pas conservées pour surveiller les personnes déjà repérées par TMG, la société en charge de récolter les adresses IP des internautes téléchargeant illégalement, il est difficile, et improbable, de tomber trois fois sur le même. Quant bien même un internaute s'est vu avertir par l'Hadopi, il n'a pas plus de chances d'être repéré de nouveau qu'un internaute lambda. Cela est bien évidemment meilleur éthiquement parlant, mais

1 « Lutte contre le piratage : l'Hadopi a mis en garde 100 000 internautes », *Le Figaro*, 28 décembre 2010

2 *Ibid.*

3 *Ibid.*

4 *Ibid.*

5 *Ibid.*

6 « L'Hadopi : la punition à la peine », *Libération*, 13 janvier 2011

7 *Le Monde*, 12 janvier 2011

8 « Hadopi : piratage sur la ligne », *Le Figaro*, 22 décembre 2009

pose de gros doutes quant à l'efficacité du système. Au vu du nombre de personnes qui selon les estimations s'adonneraient au téléchargement illégal via les réseaux de « peer to peer », quand bien même le nombre d'envois de courriels s'élèverait à 10 000 par jour, la convergence est difficile à réaliser trois fois de suite. Cela revient plus ou moins à « puiser de l'eau avec un filet à papillon ». De plus, quant bien même les premières coupures se verraient mises en place, le juge ayant à prendre acte de la « personnalité » du contrevenant, de sa « situation personnelle », il ne faut pas exclure que cette procédure amènera de nouvelles lignes de tension. En effet, qu'arrivera-t-il pour les télétravailleurs, et toutes les personnes ayant une activité requérant l'usage de l'Internet depuis leur domicile ? Ne pourrait-on pas imaginer qu'une coupure en ce cas irait à l'encontre de la liberté de profession ? Ces questions ne se posent néanmoins pas encore. Cependant, nul ne sait aujourd'hui si ces questions se poseront vraiment, la coupure effective de connexions ne relevant pour le moment que de l'imaginaire.

B. L'évolution de l'offre légale depuis la mise en place de l'Hadopi : état des lieux de l'impulsion gouvernementale

On l'a vu, l'autre angle d'attaque de l'Hadopi face au téléchargement illégal était le développement d'une offre légale attractive, accessible et sans verrous, aux suites de la mission « Création et Internet » confiée à M. Patrick Zelnik.

Soulignons tout d'abord la mise en route des « labs » de l'Hadopi, des groupes de travail, financés à hauteur de un à deux millions d'euros, menés par des experts, « de vrais professionnels du Net, reconnus », qui ont pour objectif de mener « une réflexion de fond, transparente »¹. Présentés le 2 février 2011 à Bellevilloise, l'objectif des « Labs Hadopi » a donc été « d'engager un travail durable de recherche » concernant la place de la création sur Internet, l'impact du numérique sur la société, et sur la création². Les Labs ont été créés dans le but d'assister le Collège de l'Hadopi dans sa mission d'encouragement au développement de l'offre légale, avec pour objectif de faire émerger des propositions, en relation étroite avec les internautes, « notamment par la sollicitation d'experts qui contribuent à enrichir les travaux »³. Ces labs sont composés d'un expert-pilote

1 « L'autorité veut devenir un think-tank du numérique et lance des groupes d'experts », *Le Figaro*, 28 décembre 2010

2 Le site Internet de l'Hadopi : <http://www.hadopi.fr/labs-hadopi/presentation-des-labs-hadopi.html>

3 *Ibid.*

indépendant, d'un chargé d'études, de membres rédacteurs, et de membres contributeurs, et peuvent travailler de façon indépendante, ou en commun entre eux. Le résultat de leurs travaux se doit d'être publiquement accessible. Cinq Labs ont été créés : un premier consacré aux « réseaux et techniques », chargé de faire émerger des propositions concernant la position de la Haute Autorité quant à sa mission légale, du point de vue technique ; le Lab « économie numérique de la création », qui a vocation à « élaborer une analyse objective de l'économie de la création dans l'univers numérique »¹ ; se basant sur l'analyse des comportements, le troisième Lab « usages en ligne » vise à faire le lien entre « les utilisateurs connectés et la création culturelle et artistique », observant les usages émergents ; le Lab « propriété intellectuelle et Internet » cherche à analyser les modalités d'application du droit de propriété intellectuelle dans l'univers numérique et à préserver l'équilibre entre la propriété et les autres droits fondamentaux ; enfin, le Lab « Internet et sociétés » interroge Internet dans une approche philosophique, à partir de la place de la création et du droit d'auteur dans le monde du 21^{ème} siècle. Cette approche, plus en lien avec les usagers d'Internet, et moins unilatérale, a été vue à juste titre comme une tentative de réconciliation de l'Hadopi avec les internautes².

Plus concrètement, depuis la mise en place de l'Hadopi, et suite aux conclusions formulées par la Mission Zelnik, le mouvement de promotion de l'offre légale s'est engagé. Néanmoins, il convient de souligner son caractère maladroit, et sûrement insuffisant, au vu des objectifs avancés par l'Hadopi durant sa création.

Annoncée par Nicolas Sarkozy dès le 7 janvier 2010, la carte « musique jeunes », d'abord imaginée on l'a vu par Patrick Zelnik, Jacques Toubon et Guillaume Cerutti dans le cadre de la mission « Création et Internet » qui leur avait été confiée par le gouvernement, a été lancée le 28 octobre 2010 par Frédéric Mitterrand. Destinée aux 12-25 ans, ce dispositif permet d'acheter sur une plate-forme gouvernementale une carte d'une valeur allant jusqu'à cinquante euros, permettant de consommer de musique légalement sur les plate-formes de son choix, l'État finançant la moitié du prix de la carte, bien que lors de ses vœux au monde de la culture, le président de la République ait évoqué un montant de deux cent euros³. Pour que la mesure ne profite pas uniquement aux acteurs dominant du marché de la musique sur Internet, il a été décidé que chaque plate-forme de téléchargement ne

1 Site web de l'Hadopi : <http://www.hadopi.fr/labs-hadopi/les-5-labs-de-l-hadopi.html>

2 « L'autorité veut devenir un think-tank du numérique et lance des groupes d'experts », *Le Figaro*, 28 décembre 2010

3 « La carte musique lancée pour deux ans », *Le Figaro*, 29 octobre 2010

puisse capter plus de cinq millions d'euros à elle seule. Cependant, le dispositif mis en place ne concernait nullement que les seuls services proposant du téléchargement à l'unité, mais aussi d'autres acteurs de la musique en ligne, comme le logiciel de lecture de musique en ligne légale Spotify. En effet, cette carte était utilisable de même pour la contraction d'abonnements mensuels aux services de musique en ligne participants à l'opération. La carte « musique jeunes » a été validée par Bruxelles à la mi-octobre, ce qui a donc permis son lancement. Contrepartie évidente à la « subvention à l'industrie de la musique »¹ par l'État, les circuits de distribution légaux s'engageaient alors à reverser 20% du montant ainsi reçu dans la promotion du dispositif. L'État a ainsi mis en place un système censé rapporter 50 millions d'euros par an, l'État en récupérant 10 millions par le biais de la TVA en deux ans².

Quels ont été les résultats de cette mesure vite désignée comme bancal ? Le président du Snep, Denis Ladegaillerie, estimait que « la carte musique accélère le développement du marché mais ne favorisera pas les services locaux »³ du fait des disparités de TVA. Apple par exemple, domicilié fiscalement au Luxembourg, bénéficie d'une TVA de 3%, ses concurrents étant soumis à une imposition de l'ordre de 19,6% en France. Et d'avancer que fin novembre 10 000 cartes auraient été créées, ce qu'il considère comme un « bon début pour un lancement », le gouvernement se devant de « continuer de communiquer pour faire connaître la carte musique »⁴. Au final, il semble que ce dispositif ait été peu connu du grand public et soit passé relativement inaperçu. Si durant la première semaine de son lancement, les plate-formes de téléchargement en avaient largement fait la promotion sur les pages d'accueil de leur site, amenant 10 000 internautes à y souscrire, dès la deuxième semaine la promotion s'est essoufflée, et l'offre n'a touché que 5 000 personnes, le nombre chutant par la suite à 2 000⁵. Rappelons qu'à l'origine, le budget de l'État consacré à la mise en place de ce dispositif était estimé à 25 millions d'euros, pour un nombre total de souscriptions de l'ordre d'un million. Autant dire que les résultats n'ont pas été à la hauteur des attentes du gouvernement. Comment expliquer cet échec ? Tout d'abord par la relative faiblesse du dispositif de communication mis en place par le gouvernement - aucun spot télévisé - et les participants au dispositif : la mise en valeur de la carte

1 « La Carte musique enfin à portée », *Libération*, 29 octobre 2010

2 « La carte musique lancée pour deux ans », *Le Figaro*, 29 octobre 2010

3 *Ibid.*

4 *Ibid.*

5 <http://electronlibre.info/Deroute-de-la-carte-musique-et-de,00993>

« musique jeunes » aura duré seulement dix jours sur le site de l'iTunes Store¹, leader du marché de l'achat de musique en ligne. Pour résumer, la carte musique a été un « non-événement »². L'Express caractérisait quant à lui le dispositif de « flop »³.

De même du renforcement du crédit d'impôt attendu par les producteurs de musique. Celui-ci, sur proposition de la Mission Zelnik, devait passer de 12 millions à 20 millions d'euros. Stephan Bourdoiseau, président de l'Upfi, rappelant que ce dispositif avait été repris à son compte par Nicolas Sarkozy lors de ses vœux au monde de la culture le 7 janvier 2010, lâcha un constat amer : « Depuis [les vœux du président de la République], plus rien ! On attend un arbitrage du gouvernement qui ne vient pas. C'est incompréhensible »⁴.

Une autre proposition concrète du rapport Zelnik consistait à mettre en place un mécanisme de gestion collective des droits d'auteurs et des droits voisins par les ayants-droits, faute de quoi, le législateur l'imposerait. Les majors se sont immédiatement inquiétées d'une telle mesure, leur catalogue étant leur principal actif, comme le soulignait Guillaume Quelet, alors responsable du numérique chez Warner Music, en réponse à l'annonce par Nicolas Sarkozy d'un délai d'un an avant la mise en gestion collective des catalogues en janvier 2010 : « Notre catalogue est notre actif le plus important. Avant de le céder à une entreprise, nous voulons connaître sa santé financière, sa stratégie marketing et ses moyens. C'est une des raisons pour lesquelles nous sommes opposés à une gestion collective »⁵. Le PDG d'Universal, Pascal Nègre, considérait quant à lui que « le problème n'est pas le partage du gâteau, c'est la taille du gâteau »⁶. Un rapport a été d'ailleurs remis au ministère de la Culture et de la Communication, insistant sur le fait qu'une telle mesure était inapplicable en décembre 2010. À la mi-2011, l'idée d'une gestion collective des droits des ayants-droits n'est plus vraiment d'actualité.

Cependant, il convient de signaler qu'une belle avancée a été réalisée, puisque les majors du disque ont annoncé la fin de l'utilisation de DRM sur les fichiers musicaux légaux. Ceci était bien souvent vu comme l'un des grands frein au développement de l'offre légale, et avait été souligné par la Mission Zelnik comme l'un des prérequis à toute action

1 *Ibid.*

2 <http://electronlibre.info/Deroute-de-la-carte-musique-et-de,00993>.

3 « Un Net, des notes », *L'Express*, 2 mars 2011

4 « La musique attend l'arbitrage de l'État », *Le Figaro*, 18 juin 2010

5 « Les majors déchantent », *L'Express*, 28 janvier 2010

6 *Ibid.*

en faveur de la promotion des offres légales.

Côté cinéma, il faut saluer l'initiative du CNC (Centre National du Cinéma et de l'imagerie animée) qui s'est engagé dès janvier 2010 à appuyer les opérateurs dans le sens du développement de l'offre légale. Dans le cadre du grand emprunt, 175 millions d'euros ont été débloqués pour la numérisation des œuvres. En parallèle, le projet « lycée-ciné » a été lancé par le chef de l'État en octobre 2010¹, amenant à la création d'une plate-forme Internet en partenariat avec France Télévisions, mettant à la disposition des lycées de France deux cents œuvres incontournables, l'État ayant pris à sa charge la rémunération des ayants-droits pour la somme de 650 000 euros. Ce dispositif « consiste en l'organisation de séances de cinéma régulières dans tous les lycées généraux et professionnels dans l'esprit des ciné-clubs et par le biais de la plate-forme internet www.cinelycee.fr »², et répond à un triple-objectif : permettre aux élèves d'approfondir leur connaissance des œuvres majeures, favoriser l'esprit d'initiative et l'autonomie des lycées afin d'enrichir la vie culturelle au sein de leur établissement, et faciliter l'immersion dans les langues vivantes et les cultures étrangères via la projection de films étrangers³. Mis en place à partir de la rentrée scolaire 2010, le dispositif concerne l'ensemble des lycées du territoire, et fonctionne selon le principe suivant : chacun des films est accessible sur la plate-forme ciné-lycée, qui offre la possibilité de le visionner directement ou de le télécharger.

Par ailleurs, le gouvernement a revu la « chronologie des médias », c'est à dire les délai définissant l'ordre d'exploitation d'une œuvre cinématographique, instaurée dans le but de protéger la projection en salle de cinéma. Dorénavant, les films sont disponibles en DVD et en téléchargement légal quatre mois après leur sortie en salles, contre six mois auparavant.

Néanmoins, le constat reste navrant pour le cinéma : l'offre reste dérisoire et contraignante. En effet, il n'existe pas d'offres similaires à celles que l'on trouve pour la musique, avec par exemple Deezer ou Spotify, basées sur un abonnement et un modèle de *freemium* : un service gratuit mais au sein duquel l'utilisateur peut opter pour un abonnement payant lui délivrant des avantages (qualité, absence de publicité etc.). Ainsi, pour regarder un film légalement, la plupart du temps, l'unique option laissée à l'internaute est un achat à l'unité. La diversité des portails est source d'incohérences et de confusion, et

1 <http://www.cinelycee.fr>

2 *Ibid.*

3 *Ibid.*

la recherche d'un film est plus que contraignante, car même dans le cas des rares services de location, le prix, la durée, et les modalités varient d'un service à l'autre. Même constat au niveau des prix, qui restent élevés face à l'absence de support physique pour l'œuvre : le site canalplay.com, portail de film à la demande du groupe canal +, vend par exemple ses films récents à 4,99 euros, c'est à dire peu en dessous du prix d'une entrée au cinéma, l'expérience du spectateur se révélant pourtant bien différente. De bonnes initiatives ont cependant vu le jour, mais elles sont le résultat d'impulsion de la société civile, et en rien le fruit d'une politique étatique. Ainsi de filmotv.fr, « la vidéo à la demande des amoureux du cinéma »¹, qui propose pour 9,99 euros par mois, un accès à 50 films sélectionnés.

C. Une reprise du marché de la musique ?

En janvier 2010, après sept ans de baisse des ventes, les acteurs de l'industrie musicale ont eu la bonne surprise de voir leur chiffre d'affaires remonter. David El Sayegh, directeur du Snep, décrivait alors une « très bonne fin d'année »², les ventes physiques ayant redressé la tête durant le deuxième semestre 2009. De même, on a constaté une progression du marché numérique. Si elle n'est pas palpable de par les chiffres, qui annoncent une stagnation en 2009, il faut prendre en compte l'effondrement du marché des sonneries et *ring back tones* pour mobiles qui était en fin de vie, David El Sayegh confirmant une « croissance de 50% [du téléchargement à l'acte sur PC et mobile] »³ et que les formules d'écoute en streaming commencent à se développer, un « vrai décollage »⁴ selon Pascal Nègre. Début 2011, le président du Snep annonçait « qu'Internet est bien le relais de croissance qui peut permettre aux ventes de rebondir »⁵, au vu de la croissance des ventes numériques. Pour 2010, Universal a annoncé un chiffre d'affaires en hausse de 2% et une croissance des ventes numériques de 13,8%⁶. Sony, de même, a connu en 2010 un chiffre d'affaires à la hausse⁷. « On a l'impression d'arrêter de descendre », commentait Thierry Chassagne, PDG de Warner Music France, évoquant un marché du disque qui repart à la hausse, « grâce à l'effet Hadopi (...) et à une très belle fin d'année »⁸.

1 <http://www.filmotv.fr>

2 « Le disque creuse son sillon numérique », *Libération*, 22 janvier 2010

3 *Ibid.*

4 *Ibid.*

5 « L'industrie musicale se berce au streaming », *Libération*, 24 janvier 2011

6 « Quand le streaming galvanise les majors », *Libération*, 7 mars 2011

7 *Ibid.*

8 *Ibid.*

Globalement, au premier semestre 2010, les ventes de musique enregistrée ont augmentées de 4,1%, d'après le Snep¹, bien que les ventes physiques représentent encore plus de 80% du marché.

Néanmoins, le répit a été de courte durée, puisque les chiffres tombés début 2011, s'ils sont moins catastrophiques que ceux auxquels était habituée l'industrie du disque depuis quelques années, sont tout de même loin d'être bons. Le marché de la musique français a en effet plongé de 5,9% en 2010, s'évaluant à 555 millions d'euros, le marché du numérique pesant pour 16%, ce qui est en progression. Rappelons que ce même chiffre d'affaires était de 1,3 milliards il y a dix ans, soit plus du double.

En définitive, le marché de la musique a semblé reprendre du souffle depuis le début de l'année 2010. Merci à l'Hadopi ? Si aucune étude n'a conclu à l'effet bénéfique économiquement parlant de la mise en place de l'Hadopi, il faut tout de même souligner qu'il serait précipité de vouloir tirer des conclusions générales. En effet, au jour d'aujourd'hui, l'Hadopi n'exerce qu'un effet de dissuasion, puisqu'aucune coupure Internet n'est à relever. Si il est évident que la présence d'une Haute Autorité en charge de lutter contre le téléchargement illégal ne peut n'avoir d'impact sur les comportements sociaux des internautes, il paraît osé d'associer ces chiffres à un effet bénéfique aujourd'hui, comme l'a fait David El Sayegh. Au contraire, une étude de l'université de Rennes I a mis en lumière les effets contre productifs de l'Hadopi².

Il faut en effet remettre les choses en perspective. Tout d'abord il est légitime de se demander si les internautes qui ont téléchargé un titre, ou un film, de manière illégale, l'auraient acheté de manière légale si les réseaux d'échanges de peer-to-peer n'existaient pas. En effet, un internaute qui acquiert une œuvre à prix nul ne l'achèterait pas forcément à un prix strictement positif. Par ailleurs, on peut s'interroger sur l'impact du P2P sur la demande musicale, en ce sens que les utilisateurs de ces réseaux peuvent aussi s'en servir pour découvrir de nouveaux artistes, ce qui peut les amener à acheter des produits culturels qu'ils n'auraient sinon jamais connus³.

1 « Reprise des ventes de musique en France », *Le Figaro*, 9 septembre 2010

2 Voir plus bas l'étude du laboratoire m@rsouin

3 Cf Patrick Waelbroeck et son concept d' « explorateurs » ; Chap. 1, III., B. Les « pirates » : un groupe social loin d'être homogène

II. Vers une mutation des usages ou des pratiques de l'Internet ?

Tout le dispositif de l'Hadopi a été centré autour de la surveillance des réseaux d'échange de fichiers de « pair à pair », avec un ensemble de fichiers sous surveillance, qui amène l'internaute les téléchargeant à être repéré par TMG, la société en charge de récupérer les adresses IP pour le compte des ayants-droits. Cette focalisation du dispositif de surveillance fait légitimement émerger la question de son fonctionnement car il est difficile de réguler un environnement technique en perpétuelle évolution, l'Internet, pour éradiquer un comportement massif, le piratage, qui revêt plusieurs formes. Ainsi faut-il s'interroger, dans le cadre de l'étude de l'impact de l'Hadopi sur le téléchargement illégal, sur l'influence qu'a eu la loi sur les comportements des internautes qui pratiquaient le téléchargement via les réseaux de « pair à pair ».

En effet, la loi, loin de légiférer contre le téléchargement illégal dans sa globalité, s'est concentrée sur le téléchargement via les réseaux de « pair à pair ». Or, les formes de piratages sont aujourd'hui multiples, et l'on peut questionner un éventuel report des pirates des réseaux de P2P vers des formes alternatives de piratage.

Dans un deuxième temps, il faut souligner que légiférer sur le téléchargement illégal peut être la source d'un clivage naissant entre usagers expérimentés et débutants. En effet, si les techniques pour contourner la loi existaient déjà avant même que celle-ci soit votée, cela est plus contraignant. Ainsi, l'utilisateur moyen pourrait se voir dissuadé de continuer de télécharger via les réseaux de P2P, alors que le féru d'informatique, l'internaute s'adonnant à un téléchargement massif, ou tout simplement l'internaute curieux et sensibilisé à la lutte contre la régulation d'Internet, trouveront facilement le moyen d'éviter la surveillance de l'Hadopi. Ainsi, l'éventualité d'une « fracture numérique » n'est pas à écarter, en ce sens, que la loi s'attaquerait aux usagers les moins connaisseurs du monde de l'Internet, laissant les autres libres de continuer à télécharger illégalement des œuvres sous droits.

A. Les techniques pour contourner la loi existent déjà

L'impact de l'Hadopi en terme d'évolution du comportement des internautes est discutable du fait de l'existence de moyens de passer entre les mailles du filet de l'Hadopi, mais aussi de moyens de télécharger non contrôlés par le dispositif mis en place. Ainsi, selon Patrick Waelbroeck, économiste, « les gens vont se reporter d'un usage interdit à des usages pas encore interdits », rappelant que « fermer ou filtrer Internet parce que l'on pense que cela va empêcher ces pratiques [les téléchargements illégaux], c'est complètement illusoire »¹. Et quand bien même le filtrage instauré par l'Hadopi serait efficace, celui-ci considère qu'une partie de la demande pourrait se reporter sur d'autres formes de divertissement, les formes de loisirs étant selon lui substituables². Ainsi, lutter contre le téléchargement via les réseaux de « peer to peer » reviendrait à « reporter la demande sur des moyens de copie sur lesquels on a beaucoup moins de contrôle »³. Effectivement, un sondage révélé en octobre 2010 par *Le Figaro* constatait que seulement 9% des internautes interrogés considéraient que la mise en œuvre de l'Hadopi allait changer leurs habitudes sur Internet⁴. En mars 2010, le groupe de recherche M@rsouin, de l'université de Rennes-I, spécialiste des usages numériques, a effectué une première étude sur les « effets de la loi Hadopi sur les pratiques des internautes français », sur un échantillon de « 2000 individus représentatifs de la région Bretagne »⁵. Selon leurs résultats, depuis la mise en place de l'Hadopi, « 15% des utilisateurs de peer-to-peer ont cessé de le faire », parmi lesquels « seulement un tiers a renoncé à tout piratage numérique, alors que les deux tiers restant se sont tournés vers des pratiques alternatives échappant à la loi Hadopi », ces autres pratiques auraient connu une hausse de 27% qui « fait plus que compenser » la migration des utilisateurs des réseaux de « pair à pair ». Selon Raphaël Suire, du laboratoire, « il y avait un peu plus de 29% de pirates avant Hadopi ; ils sont environ 30% aujourd'hui »⁶. Et de constater qu'au vu de leurs estimations – parmi les acheteurs numériques, 50% s'adonneraient aussi au téléchargement illégal – « en déconnectant les pirates, on se prive d'une grande partie des consommateurs de la culture officielle et payante »⁷. Alors, leur

1 Patrick Waelbroeck, entretien avec la Quadrature du Net

2 *Ibid.*

3 *Ibid.*

4 Résultat d'après 6 225 votants sur le site du figaro.fr, *Le Figaro*, 9 octobre 2010

5 Une première évaluation des effets de la loi Hadopi sur les pratiques des Internauteurs français, Sylvain Dejean, Thierry Pénard et Raphaël Suire, M@rsouin, CREM et Université de Rennes 1, Mars 2010

6 « Hadopi : silence, on contourne », *Libération*, 11 mars 2010

7 *Ibid.*

couper Internet « pourrait potentiellement réduire la taille du marché des contenus culturels numériques de 27% ; une extension de la loi Hadopi à toutes les formes de piratage numérique [excluant] potentiellement la moitié des acheteurs de contenus culturels numériques du marché ».

Cette étude, qui est à ce jour la seule ayant évalué les conséquences de la mise en place de l'Hadopi, confirme les arguments avancés par les « anti-hadopi » avant que la Haute Autorité ne se mette en place. Christophe Espern, co-fondateur de la Quadrature du Net, jugeait les textes « en décalage avec la réalité des usages et des techniques »¹, considérant que « le plus probable est qu'ils seront contraints à trouver une façon de contourner la surveillance installée par l'Hadopi, or c'est relativement facile »².

Concrètement, quelles sont ces alternatives au téléchargement via le P2P et ces techniques permettant de passer outre le contrôle de l'Hadopi sur les réseaux de « pair à pair » ?

Comme souligné ci-dessus, il est probable qu'une partie conséquente des téléchargements illégaux se déplace vers d'autres techniques, non soumises au contrôle de l'Hadopi. Cependant, enterrer le P2P serait prématuré. Tout d'abord, face à la multiplication des législations nationales tentant d'éradiquer le téléchargement via ces réseaux, il faut constater l'émergence d'une nouvelle génération de clients (logiciels) P2P, qui eux sont cryptés, ceci permettant d'optimiser l'anonymat des utilisateurs, en cryptant leur IP, mais aussi les données qui sont échangées. Ces logiciels verront sûrement leur popularité exploser, et on ne peut que prévoir une augmentation de l'offre de logiciels offrant un service d'échange de fichiers de « pair à pair » de manière cryptée. Déjà, le site internet le plus populaire de torrents, thepiratebay.org, proposait peu après l'adoption de la loi française un logiciel offrant un service anonymisé, Ipredator, permettant de ne pas pouvoir être repéré par les sociétés chargées de récupérer les IP pour le compte des ayants-droits.

De même, soulignons la multiplication des offres de « tunnels », ou VPN (Virtual Private Network), permettant de surfer – et d'échanger des données – de manière complètement anonyme. Ces réseaux privés sont qualifiés de « tunnels », car fonctionnant comme tel entre l'ordinateur de l'internaute et un serveur, souvent à l'étranger. Utilisé par nombre d'entreprises pour des questions de sécurité, le système a commencé à toucher le

1 « Nouveau camouflet pour le projet de loi Hadopi », *Le Monde*, 2 juin 2008

2 *Ibid.*

grand public. Le concept est simple : chaque paquet internet à destination ou au départ de l'ordinateur de l'internaute ayant souscrit à une offre VPN passe forcément par le serveur, les données transitant entre celui-ci et l'ordinateur de l'utilisateur étant totalement cryptées, d'où la comparaison à un « tunnel » : toute l'activité de l'ordinateur semble provenir de l'emplacement du serveur. Ainsi, l'adresse IP de l'internaute ne redirige pas vers sa localisation exacte, mais vers la localisation du serveur. Nombre de ces serveurs sont situés à l'étranger, ainsi, un internaute voyant son adresse IP relevée par TMG, la société mandatée par Hadopi, ne risque plus rien. En effet, cette adresse est tout d'abord fautive, c'est celle du fournisseur de VPN, située à l'étranger. L'adresse indiquant un utilisateur prétendument situé à l'étranger, l'internaute échappe du coup à l'Hadopi. Par ailleurs, les données ne sont – supposément – pas conservées par les sociétés gérant ces serveurs, celles-ci étant bien conscientes que les utilisateurs souscrivent auprès de leur service pour pouvoir télécharger impunément. Enfin, il est très difficile de remonter à l'internaute, car il n'est techniquement pas possible de constater clairement la présence d'un VPN, et de plus les données transitant entre le serveur central et l'abonné sont cryptées. Enfin, l'adresse IP délivrée par le VPN peut être dynamique et évoluer avec le temps, ou bien partagée par divers utilisateurs du service. Dans ce dernier cas, il est in-envisageable de raccorder celle-ci à un utilisateur en particulier. Soulignons que réguler l'usage de ces VPN serait difficile, étant donné que beaucoup d'entreprises et de PME y ont recours.

Par ailleurs, la demande pourrait se concentrer sur des services non soumis au contrôle de l'Hadopi. Les *newsgroups* tout d'abord, sont restés une ressource intéressante pour trouver des œuvres sous droits. Usenet, qui existait avant le web, permet de partager des œuvres, à condition d'utiliser un service qui est souvent techniquement compliqué, et payant. Giganews, Usenext ou PowerUsenet permettent, pour 10 à 15 euros par mois, d'accéder au réseau Usenet de manière illimitée, et souvent cryptée. Aussi, le *direct download*, c'est à dire simplement le fait de télécharger *directement* un fichier sur un site internet, sans passer par un réseau particulier ou un programme dédié, reste un moyen de télécharger des œuvres protégées. Via un moteur de recherche, tel Google, il est possible de rechercher un type spécifique de fichiers via son *extension*, c'est à dire son format (.mp3, .avi ...). Ainsi, il est aisé de rechercher uniquement les fichiers mp3 présents sur le web par exemple. Des moteurs de recherche spécialisés ont vu le jour : FilesTube ou BeeMP3 pour ne citer que ceux-là. De plus, des plates-formes d'hébergement comme RapidShare, Megaupload ou Upload.to permettent aux internautes d'héberger gratuitement un fichier, ou

une archive, sur Internet, et de pouvoir redistribuer un lien permettant de télécharger le fichier ainsi « uploadé ». Ces sites, à l'instar de Deezer, fonctionnent sur une logique assimilable à du *freemium* en ce sens que si le service est gratuit et accessible à tous, les abonnés du service payant disposent d'avantages conséquents : aucun temps d'attente, espace de stockage personnalisé ... Il est aussi difficile d'imaginer une fermeture contraignante de ces sites en France, étant donné qu'ils ne servent pas uniquement à stocker des fichiers illégaux.

Les échanges peuvent aussi se faire entre amis. Ainsi de l'idée de l'échange en « face à face », par opposition au « pair à pair ». Au lieu de passer par le P2P, les données peuvent être échangées par disque dur, clés USB ou autres. Cela consisterait plus ou moins à la version numérique de l'échange de cassettes que l'on gravait par la suite. Impossible à contrôler, à moins de rendre illégaux les supports vierges ce qui n'est pas une option envisageable, cette pratique a son équivalent sur Internet. Créé en 1999, Freenet permet de faire du « F2F », c'est à dire du « Friend to Friend », par un réseau anonyme dans lequel l'échange de données se fait exclusivement entre amis ou personnes de confiance. Ce type de pratiques pourrait être voué à se généraliser, car même si le catalogue alors disponible serait restreint à la conjugaison de celui d'un internaute et de son cercle d'amis, cette méthode a l'avantage d'être totalement sûre, et à l'abri de toute législation contraignante type Hadopi.

Enfin, le *streaming* illégal est un autre moyen de passer outre le contrôle de la Haute Autorité. En 2009, le terme « allostreaming » était d'ailleurs en tête des requêtes ayant eu la plus forte progression sur Google France, allostreaming étant un portail permettant de trouver des centaines de films et séries audiovisuelles. Allostreaming et les autres portails restent des alternatives valables et accessibles pour regarder films et séries sans être inquiétés par la législation. Ceux-ci ne faisant que pointer vers des sites hébergeant les vidéos, ils ne sont pas considérés comme illégaux, et l'utilisateur s'adonnant au *streaming* ne peut être inquiété, puisqu'il n'a à aucun moment l'œuvre en sa possession, la regardant en direct sur Internet. On ne peut alors conséquemment pas parler de contrefaçon, l'œuvre n'étant nullement en la possession de l'internaute.

B. La création d'un clivage entre utilisateurs expérimentés et débutants

Avec la mise en place de l'Hadopi, et c'est dans ce cas là une réussite au vu des ambitions des rédacteurs du projet de loi, une réelle barrière à l'entrée s'est installée en terme d'usage des services permettant de s'affranchir de la rémunération des ayants-droits. En effet, si le P2P, bien que difficile à appréhender au premier abord pour le néophyte, n'était pas très compliqué à maîtriser après un temps d'adaptation, les alternatives à cette méthode sont plus compliquées à mettre en œuvre pour l'internaute moyen. On peut alors s'interroger sur un risque que se crée un clivage entre internautes, assimilable à une forme d' « illettrisme digital »¹, amenant à des modalités d'accès différentes à la culture en fonction des connaissances informatiques de l'utilisateur. En effet, si l'on peut espérer une influence de la mise en place de l'Hadopi et du dispositif de « réponse graduée » sur les internautes s'adonnant de manière occasionnelle au téléchargement illégal, et ayant peu ou pas d'intérêt et de connaissances des outils informatiques et d'Internet, un « effet Hadopi » est plus improbable sur les autres, du fait de la pléthore de solutions déjà disponibles pour continuer de télécharger impunément. Comme l'explique Patrick Waelbroeck : « Est ce que l'on pense que ceux qui piratent aujourd'hui vont arrêter de pirater ? La réponse pour moi, c'est non. Ce sont eux qui savent comment la technologie fonctionne, et ils y arriveront de toutes façons. Ensuite, il y a ceux qui utilisaient le P2P pour s'informer et découvrir et qui du coup consommaient plus, et si on ne leur fournit pas un outil équivalent pour explorer, c'est quelque chose de négatif pour l'industrie de la musique et de la culture en général »². On peut lui accorder qu'en effet un clivage va sûrement se mettre en place, rendant la culture plus difficilement accessible à certains, qui pour autant ne vont probablement pas tripler leur budget alloué à la consommation culturelle, alors que d'autres auront trouvé des parades à la « réponse graduée » ; cependant, ici M. Waelbroeck considère que ceux qui utilisaient le P2P « pour s'informer et découvrir », c'est à dire ceux qu'il appelait les « explorateurs » comme on l'a vu plus haut³, sont ceux qui sont pourvus de la « culture de l'Internet » la moins étendue, ce qui ne va pas de soi. On ne peut donc conclure précipitamment que ceux qui seront touchés par l'Hadopi sont ceux qui utilisaient le P2P à

1 *Les solutions pour contourner Hadopi sont de plus en plus qualitatives*, accessible sur <http://fr.readwriteweb.com/2010/01/04/usages/comment-contourner-hadopi-solutions-anti-hadopi/>

2 Patrick Waelbroeck, Entretien avec la Quadrature du Net

3 Voir Chap I ; III., B. *Les « pirates », un groupe social loin d'être homogène*

des fins de connaissance et qui consommaient par la suite. L'unique conclusion que l'on peut tirer du raisonnement précédent est qu'il est probable qu'une différenciation des moyens d'accès à la culture se mette en place : quand certains pourront continuer à consommer de la culture gratuitement, et ainsi probablement en plus grande quantité, d'autres se verront contraints de passer par les voies légales. Ceci induit que ces derniers verront probablement leur consommation culturelle se réduire, uniquement du fait de leur méconnaissance des mécanismes permettant de continuer à télécharger.

C. Les effets contradictoires du piratage

Sans rentrer dans le débat de la consommation culturelle des « pirates », que nous évoquerons plus tard, on se doit de s'interroger sur ces formes alternatives de piratage précédemment vues, et sur les nouveaux marchés ainsi induits par la mise en place de l'Hadopi.

Le piratage, tout d'abord, est sans aucun doute largement responsable de l'éclosion des baladeurs numériques. En effet, comment imaginer la pertinence d'une commercialisation d'appareils permettant de stocker des gigaoctets de musique, sans la possibilité de les remplir ? Le calcul à faire est simple : il suffit de voir combien de chansons peut on mettre sur un baladeur numérique, disons ici de 32Go d'espace disponible, et au vu d'un prix moyen d'une chanson sur Internet, combien cela coûterait à l'utilisateur. Afin de rendre le calcul plus simple, nous partons de l'idée qu'une chanson pèse environ 3mo et nous référerons au prix d'une chanson à l'unité sur l'iTunes Store, leader des téléchargements à l'acte mondial. Sur 32Go d'espace, soit 32 000mo, on peut alors stocker $32\ 000/3 = 10\ 667$ chansons. En partant d'un prix unitaire de 1 euro, on en conclue logiquement que remplir un iPod de dernière génération d'une capacité de stockage de 32Go revient supposément à déboursier 10 667 euros. Le paradoxe est alors évident : tout un pan de l'industrie de la musique, ici non pas les ayants-droits, mais les constructeurs de supports, repose sur le téléchargement illégal. Il devient conséquemment quelque peu hypocrite que de condamner le téléchargement illégal, tout en ne questionnant pas ces marchés qui, loin d'uniquement profiter du piratage, y incitent aussi, étant donné que disposer d'une telle capacité de stockage est une invitation à le remplir, et les constructeurs jouent beaucoup sur l'intérêt que peut avoir le fait de transporter « des jours de musique » sur un simple appareil rentrant dans la poche.

En second lieu, constatons que le piratage, qui va probablement se déplacer en terme d'usages, va participer selon toutes probabilités à l'émergence de nouveaux marchés induits par l'utilisation de services d'« anonymisation » ou de stockage en ligne. Le Parti Pirate regrettait ainsi que « plutôt que d'aider la culture et les créateurs, [la loi Hadopi] a favorisé l'explosion d'un marché payant mafieux ! »¹. De même, Patrick Waelbroeck a rappelé que « dès que l'on met en place un système de surveillance et de répression, cela représente des millions et des millions d'euros, c'est une perte sèche pour la société, et cela ne fera profiter qu'un petit secteur de l'industrie qui s'occupe de la surveillance et de la sécurité informatique, pour tous les autres c'est un manque à gagner »². En effet, on peut supposer que l'Hadopi aura pour seul impact économique évident d'amplifier le marché des fournisseurs de VPN, et des services payants alternatifs au P2P, étant donné que son impact sur les industries culturelles n'est ni évident, ni démontré aujourd'hui.

III. Doit-on et peut-on légiférer sur Internet ?

Face au constat de semi-échec de l'Hadopi, la question se pose : au lieu de vouloir réguler un secteur en perpétuelle évolution à la lumière d'anciens standards, ne vaudrait-il pas mieux profiter de l'élan délivré par Internet pour créer un nouveau modèle ? Il faut en effet ici différencier deux enjeux : la protection de la vie privée et la protection des contenus, car si la défense de celle-là doit être appuyée par l'intervention du législateur, les contenus ne peuvent être eux soumis aux mêmes règles. Ainsi, Caroline de Malet, spécialiste des questions liées au Web, expliquait-elle dans son ouvrage « Avec Internet, où allons nous », que « si nos hommes politiques, au lieu de s'épuiser à mettre en place des filtrages coûteux, construisaient une société autour du numérique, les débats deviendraient plus productifs et les électeurs auraient envie de revenir aux urnes »³ ; Patrick Waelbroeck rappelait quant à lui que bloquer la progression de l'Internet serait une erreur : « le coût en terme de pénétration et développement des usages internet [serait] bien plus important que ce que cela coûte à l'industrie à l'heure actuelle », que « cela [aurait] un coût, et pas uniquement en terme d'emploi, cela représente des enjeux très très importants »⁴. Selon la

1 « Internet : la bataille d'Hadopi », *Le Figaro*, 8 octobre 2010

2 Patrick Waelbroeck, Entretien avec la Quadrature du Net

3 « Pourquoi les États ne doivent pas craindre le développement d'Internet », *Le Figaro*, 29 mars 2010

4 Patrick Waelbroeck, entretien avec la Quadrature du Net

Quadrature du Net, « la mise en place de mécanismes de contrôle des usages individuels (filtrages généraux, dispositifs de surveillance des échanges) constituerait un frein majeur à la croissance dans ce secteur clé [le numérique] » et serait contraire à la « nature réelle de l'économie numérique »¹. On le voit, la question de la régulation d'Internet dépasse le cadre des droits d'auteurs, de la protection de la création, et *a fortiori* d'Hadopi.

Cependant, le législateur, s'il ne doit pas par son action entraver la progression de l'Internet et de l'économie numérique, ne peut s'éclipser face aux enjeux relatifs au respect de la vie privée qui sont apparus avec la généralisation de l'Internet. De plus en plus d'internautes réclament un « droit à l'oubli », c'est à dire la possibilité de supprimer définitivement les données qu'ils peuvent laisser sur Internet, notamment sur les réseaux sociaux comme Facebook ou Myspace. Une consultation, lancée par Nathalie Kosciusko-Morizet, alors secrétaire d'État au Numérique, a révélé que 74% des personnes interrogées réclament le droit d'effacer leurs profils mais aussi leurs traces, laissées sur Facebook ou Google². De même, beaucoup réclament la possibilité de « déménager » leurs données, puisqu'une fermeture de profil induit la perte de ces données, qui sont cependant conservées par le site internet³. Des événements tels que le « Quit Facebook Day » ont vu le jour, et d'après une étude, quelques 60% des membres du réseau social seraient prêts à le quitter⁴. Les critères de confidentialité du célèbre site ont d'ailleurs été l'objet de beaucoup de critiques, du fait de la complexité pour les usagers de protéger leur vie privée, et l'insuffisance de protection accordée par ceux-ci. Facebook a d'ailleurs depuis diminué leur nombre, ceux-ci passant de 50 à 15⁵.

On le voit, si la régulation d'Internet par l'État est souvent mal perçue par les internautes, comme ce fut le cas lors des discussions sur la loi Hadopi, ceux-ci ne requièrent cependant pas une absence totale de participation du législateur sur les questions soulevées par Internet, le point de rupture étant le moment où son action s'intéresse aux contenus.

Après avoir fait un tour d'horizon des choix des autres États concernant la régulation sur Internet, nous nous recentrerons sur la régulation propre à la protection des

1 La Quadrature du Net, article *La riposte graduée : vue générale*

2 « Le Net veut s'acheter une bonne conduite », *Le Figaro*, 3 juin 2010

3 *Ibid.*

4 Étude de la société de sécurité informatique Sophos, rapportée par « Le Net veut s'acheter une bonne conduite », *Le Figaro*, 3 juin 2010

5 « Le Net veut s'acheter une bonne conduite », *Le Figaro*, 3 juin 2010

droits d'auteurs, et sur le lien de causalité vu à tort comme évident entre le téléchargement illégal et la baisse de chiffre d'affaires des industries culturelles. Enfin, nous verrons en quoi les débats autour du projet de loi Hadopi ont été révélateurs d'une crainte quant à un filtrage généralisé des réseaux, au regard du fait que le web est un véritable symbole de liberté, aux yeux des internautes et citoyens.

A. La régulation sur Internet à travers l'Europe : un bilan globalement mitigé

En septembre 2008, Guy Bono, député européen à l'origine de l'amendement 138 qui a causé tant de soucis au législateur français dans sa tentative de faire passer le projet de loi Hadopi, annonçait « qu'au niveau des 27 [pays membres de l'Union européenne], deux pays se sont déjà prononcés contre la riposte graduée, la Suède et le Danemark »¹. De fait, la loi Hadopi a été conçue comme un potentiel modèle, qui aurait vocation à être adoptée par les autres pays européens. L'idée sous-jacente à la création de l'Hadopi était de « créer le droit » : Christine Albanel, alors Ministre de la Culture, annonçait fièrement que l' « on va expérimenter ce que l'Europe appelle cette "nouvelle approche française" »². Et Olivier Montfort, d'EMI Music, ajoutait : « Hadopi devient une piste très sérieuse dans de nombreux pays »³. La réalité est un peu plus complexe, mais il faut accorder à Christine Albanel et Olivier Montfort que l'Hadopi a bien suscité un intérêt, notamment en Europe, de par son caractère original dans sa lutte contre le téléchargement illégal. Cependant, on ne peut parler vraiment de réussite, les pays ayant adopté une approche similaire à la « nouvelle approche française » s'étant vu confrontés aux mêmes problèmes qu'en France, et les tentatives ayant souvent été avortées, le gouvernement étant probablement moins attaché à la réalisation effective du projet.

1. L'Espagne et l'échec de la « Ley Sinde »

Fin 2009, le gouvernement de Zapatero a présenté un avant-projet de loi ayant pour but de lutter contre la contrefaçon sur Internet. Celui-ci prévoyait de bloquer les sites web qui hébergeaient des œuvres sous droits, et sans recourir à la voie judiciaire. Très tôt, le

1 « "Le flicage des réseaux ne doit pas servir les intérêts économiques" », *Le Monde*, 29 septembre 2008

2 « La semaine dernière, la ministre de la Culture, Christine Albanel, présentait le projet de loi "Création et Internet" au Conseil des Ministres », *Libération*, 23 juin 2008

3 « Musique : "La crise du numérique a un effet positif" », *Le Figaro*, 23 janvier 2010

projet a été vivement critiqué, et un manifeste « en défense des droits fondamentaux sur Internet » a été activement relayé par 150 000 sites web et 58 000 blogs¹. Ce manifeste dénonçait le fait que les « droits d'auteur puissent avoir la prééminence sur la vie privée, la présomption d'innocence et la liberté d'expression »². L'un des rédacteurs de ce manifeste, Enrique Dans, décrivait le projet de l'État comme un « coup d'État numérique qui ressemble surtout à une tentative de contrôler l'information »³.

La loi Sinde, « ley Sinde », volet répressif de la loi LES sur l'économie durable, a été l'objet de débats similaires à ceux qu'a connus la loi Hadopi en France. La commission économique du Congrès a par la suite rejeté cette loi en décembre 2010, loi qui prévoyait l'injonction de fermeture par voie judiciaire ou le blocage de sites web permettant le téléchargement de manière illégale.

2. L'expérience britannique : la « réponse graduée » outre-manche

Le 24 juillet 2008, les fournisseurs d'accès et les ayants-droits se sont mis d'accord sur l'envoi de lettres aux internautes qui téléchargent illégalement, sur le modèle du projet de loi français⁴. Cet accord, passé par les six plus importants FAI et la BPI (Industrie Phonographique Britannique, *Britain Phonographic Industry*) et la MPA (association cinématographique), consistait en l'envoi d'une lettre à l'internaute surpris en train de télécharger des fichiers illégaux, lui expliquant que son compte était surveillé, et l'invitant à se reporter sur les offres légales, présentées dans la lettre. Pour les récidivistes, l'idée d'une coupure de l'accès à Internet a été évoquée, provoquant un grand débat. Cependant, c'est plutôt l'idée d'un blocage de certains sites internet, et d'une réduction du débit internet qui ont été privilégiées, la coupure de l'accès à Internet n'intervenant qu'en dernier recours. Selon le BPI, « le piratage numérique est un problème sérieux et un danger réel pour les métiers créatifs au Royaume-Uni », celui-ci estimant le nombre de pirates en Grande Bretagne à 7,3 millions, ceux-ci causant un manque à gagner de 230 millions d'euros par an pour le seul secteur de la musique⁵. Le rapport de Lord Carter, alors secrétaire d'État aux technologies, intitulé *Digital Britain*, avait écarté d'office la coupure de connexion comme hypothétique sanction pour les récidivistes, décrivant l'accès à Internet comme un droit

1 « Hadopi : l'Espagne y va franco », *Libération*, 4 décembre 2009

2 « Hadopi : l'Espagne y va franco », *Libération*, 4 décembre 2009

3 « Hadopi : l'Espagne y va franco », *Libération*, 4 décembre 2009

4 « Le Royaume Uni opte pour une riposte modérée contre le piratage », *Le Monde*, 24 juillet 2008

5 « La Grande Bretagne va couper les connexions Internet des pirates », *Le Figaro*, 27 août 2009

fondamental¹. Le texte a reçu un accueil comparable au français, puisque 70% des britanniques étaient opposés au principe de « riposte graduée », ce qui a amené le gouvernement à modifier le projet gouvernemental, rendant la décision d'une coupure à l'autorité d'un juge, avec possibilité d'appel².

3. La Suède : un bilan mitigé

La Suède a une position originale dans la lutte contre le téléchargement illégal puisque le Parti des Pirates y est très actif, et a même décroché un siège au Parlement européen, recueillant 7% des voix lors des élections, mais une loi similaire à la loi Hadopi a été mise en place cependant. Celle-ci semble efficace au vu des 30% de progression du marché du CD au premier semestre 2009. En effet, le 1er avril 2009, la loi Ipred, équivalente de la loi Hadopi, est entrée en vigueur. Cependant, elle se voit handicapée par le peu d'engagement des FAI en son sens. Ephona, l'un des fournisseurs d'accès à Internet suédois, a ainsi refusé de fournir les coordonnées de ses clients dont les adresses IP avaient été relevées par les ayants-droits, et l'affaire est allée jusque devant les tribunaux, avant que l'opérateur ne soit condamné fin juin 2009 en première instance. Le numéro un des FAI, TeliaSonera, a indiqué quant à lui qu'il épuisait tous les recours en justice afin de se soustraire à son obligation de remettre les coordonnées de ses clients³. Par ailleurs, plusieurs FAI ont annoncé qu'ils effaçaient toutes les données personnelles relatives à leurs clients permettant de les identifier⁴, ce qui confronte la justice à de sérieux problèmes dans le cadre de la loi⁵. Le directeur exécutif de l'Ifpi, la Fédération internationale de l'industrie phonographique, estime que « s'il n'y a pas eu d'effet juridique marquant, l'effet dissuasif de la loi est évident », arguant que « quelques heures après l'entrée en vigueur de la loi, le trafic internet en Suède a chuté de 40% »⁶. Cependant, il accordait que celui-ci « n'a cessé d'augmenter depuis »⁷. Selon le Piratbyrån, organisation qui revendique le droit au partage de fichiers, les Suédois sont plus d'un million, soit plus 10% de la population, à s'adonner au téléchargement via les réseaux de pair à pair, et 100 000 d'entre eux auraient été attirés

1 « Londres veut couper le net », *Libération*, 16 septembre 2009

2 « 70% de britanniques opposés à la riposte graduée », *Libération*, 26 octobre 2009

3 « Ipred à confusion », *Libération*, 24 septembre 2009

4 *Ibid.*

5 Henrik Rasmusson, procureur à Stockholm, spécialisé dans les affaires de piratage sur Internet, cette décision pose problème : "Avant, nous pouvions obtenir des informations concernant le propriétaire d'une adresse IP, six mois ou un an après qu'un délit a été commis. Maintenant, les opérateurs suppriment toutes ces données après trois semaines." Rapporté par « Ipred à confusion », *Libération*, 24 septembre 2009

6 « Ipred à confusion », *Libération*, 24 septembre 2009.

7 *Ibid.*

par le client crypté P2P IPREDator, proposé par le site de torrents The Pirate Bay. On peut donc considérer que le bilan de la loi Ipred est mitigé : si des hausses des ventes ont été constatées, encore faut-il qu'elles perdurent, et pouvoir les rattacher à l'application de la loi. Comme on l'a vu en France, le marché peut varier indépendamment du téléchargement illégal. La loi IPRED a semble-t-il été mal reçue, et les pratiques semblent avoir évolué afin d'échapper au contrôle des ayants-droits, à en croire les chiffres avancés par le Piratbyrån, la loi manquant d'appui, particulièrement au niveau des FAI, collaborateurs forcés du dispositif mis en place par le gouvernement.

4. Le BREIN au Pays-Bas

Le BREIN (Bescherming Rechten Entertainment Industrie Nederland), l'organisme chargé de la « protection des droits de l'industrie du divertissement aux Pays-Bas », est une association représentant les ayants-droits de l'industrie culturelle néerlandaise. Sa mission est de lutter contre le piratage des œuvres sous droits, tant bien en ligne que non, traduisant en justice les contrevenants. Leur programme est basé sur : la prévention et la sécurité ; l'adaptation de la législation ; la mise en place de procédures judiciaires ; la sanction des contrevenants ; l'éducation aux bonnes pratiques¹. Cette organisation s'est fait connaître au travers de procès retentissants, comme celui qu'elle a gagné contre The Pirate Bay, le célèbre site de torrents, en 2009, ou encore celui contre Usenet de février 2011. Le fonctionnement diffère de celui de l'Hadopi, puisque le BREIN attaque directement les sites : dans un communiqué de presse datant de juillet 2010, celui-ci se targuait d'avoir obtenu la fermeture de 422 sites illégaux au cours du premier semestre 2010².

On le voit donc, la lutte contre le piratage, si elle semble difficile à mettre en place et que les méthodes diffèrent tout comme les sanctions entre les pays, s'inscrit dans une dynamique européenne ; plusieurs pays ont en effet au courant des dernières années décidé de s'attaquer à cette pratique, qui semble être perçue comme une menace pour les tenants de l'industrie musicale et les ayants-droits. Cependant, comme le soulignait la Cnil dans ses rapports, aucune étude n'a clairement démontré l'influence du piratage sur la baisse des recettes de l'industrie culturelle. En effet, si chacun semble prendre pour acquis que le téléchargement illégal est nocif pour les industries culturelles, et que conséquemment lutter contre le téléchargement illégal reviendra à soutenir les industries culturelles et par

1 Site internet du BREIN : <http://www.anti-piracy.nl/>

2 *Numérama*, 17 juillet 2010

extension la création, la réalité semble plus complexe.

B. Les « pirates », vrais coupables ? L'exemple de l'industrie musicale

Selon Patrick Waelbroeck, la conséquence de l'application du dispositif de « réponse graduée » est la suivante : « [en réduisant] l'accès au P2P, cela va diminuer la consommation culturelle [de ceux qui utilisent le piratage pour découvrir de nouveaux horizons et élargir leur consommation culturelle] et du coup diminuer leur consommation légale. Quand au premier groupe [le groupe de ceux qui avaient un revenu disponible faible], leur revenus ne leur permettra pas de consommer plus, de toutes façons »¹. On a beaucoup assimilé le « piratage » au « vol », et conclu donc que le téléchargement illégal d'œuvres sous droits était nuisible aux ayants-droits, aux industries culturelles, et à la création de manière générale. Cependant, une nuance importante est à apporter à ce raisonnement. Le « vol » consiste en « la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui », or, dans le cas du téléchargement illégal, il s'agit d'une *multiplication* d'une même chose, *sans en déposséder le détenteur initial*. La nuance est de taille. Nous parlons en effet ici de biens « non-rivaux » pour reprendre les termes des économistes, c'est à dire des biens dont l'appropriation par l'un n'induit pas un manque pour un autre, il n'y a donc ici aucune « soustraction ».

1. Des études contradictoires

Comme nous allons le voir, au vu des différences de points de vues concernant l'impact des « pirates » sur l'industrie culturelle, il est bien audacieux de s'appuyer sur le postulat d'une corrélation directe entre la baisse des ventes des biens culturels et le téléchargement illégal pour légitimer des mesures de filtrage des réseaux de peer-to-peer. En effet, comme nous l'avons évoqué, les majors, le gouvernement, et les « pro-hadopi » de manière générale, se sont toujours appuyés sur la baisse du chiffre d'affaires des industries culturelles pour cautionner la mise en place de l'Hadopi, assimilant par ailleurs la baisse des recettes à un danger pour la création. Les études qui suivent pointent l'absence

¹ Patrick Waelbroeck, Entretien avec la Quadrature du Net : <http://fr.readwriteweb.com/2009/02/26/prospective/hadopi-est-une-mauvaise-reponse-faite-par-des-gens-desempares/>

de corrélation entre téléchargement illégal et chute des ventes des biens culturels, et parfois même évoquent une influence bénéfique du piratage sur la consommation légale. Si elles sont bien entendu comme toute étude critiquables, elles ont le mérite d'exister et de mettre en doute les idées toutes faites sur un phénomène difficilement quantifiable et évaluable, le téléchargement illégal d'œuvres sous droits.

L'Hadopi a lancé une étude fin 2010 sur les comportements de téléchargement via les réseaux de « pair à pair »¹. Ses conclusions sont que 49% des internautes déclarent des usages illicites, et que ces usages illicites se concentrent sur les 15-39 ans. Surtout, l'Hadopi conclue que 75% des internautes dépensent en moyenne 36 euros par mois de biens culturels, et que les internautes déclarant des usages illicites ont une dépense moyenne supérieure. Ceci va de pair avec ce que déclarait le Groupe de travail sur l'économie de l'information de l'OCDE, qui dans son étude « Contenus Numériques Haut Débit : la Musique », considérait que « quoi qu'il en soit, le téléchargement de musique en P2P ne conduit pas tous les utilisateurs à substituer ce type d'acquisition aux modes traditionnels de consommation »².

Nous allons nous concentrer sur le marché de la musique enregistrée qui a été le plus étudié, afin d'appréhender au mieux possible l'éventuel impact du téléchargement illégal sur la consommation de biens culturels. Une des études de référence concernant les implications du téléchargement illégal est celle réalisée par Boorstin et Liebowitz sur le marché américain du disque. Ils rappellent que le prix d'un CD étant resté stable depuis le début des années 80, l'évolution des prix ne peut expliquer la baisse des ventes d'albums depuis 1999. Liebowitz et Boorstin écartent de même la conjoncture économique pour expliquer la chute des ventes, puisque la consommation musicale est, semble-t-il, procyclique, en ce sens qu'une hausse du Produit Intérieur Brut est en général accompagnée d'une hausse des ventes de CD. Ainsi, si selon leurs calculs, la vente de CD aurait dû augmenter de 0,52 unités par personne entre 1999 et 2003, celle-ci a baissé de près de deux unités. Se questionner sur l'impact du piratage est donc légitime, au vu de ces chiffres. Pour cela, il est indispensable de faire une évaluation de la quantité de musique enregistrée échangée via les réseaux de pair à pair pour pouvoir déterminer leur impact sur les ventes. Oberholzer et Strumpf ont comparé un échantillon de fichiers échangés sur un réseau de P2P durant sept semaines avec l'évolution de la vente de ces morceaux sur une

1 Étude réalisée en ligne du 25 octobre au 4 novembre 2010, auprès de 2687 internautes

2 Rapport « Contenus Numériques Haut Débit : la Musique », OCDE

période de dix-sept semaines. Selon leurs calculs, pour que les ventes du disque baisse d'une unité, il faut 5 000 téléchargements de la même œuvre. Ainsi, selon eux, l'impact du téléchargement via les réseaux P2P est négligeable ; en effet, selon leurs chiffres, « huit milliards de titres échangés reviendrait à une baisse des ventes de CD de seulement 160 000 unités, soit moins de 0,07% du nombre d'albums CD vendus dans le monde »¹. Zetner, dans le cadre d'une étude durant le procès de Napster, a quant à lui démontré que les étudiants réduisent leur consommation de disques du fait du téléchargement, son hypothèse hausse étant que le téléchargement illégal serait responsable d'une baisse des ventes de 7,8%.

On le voit, la distorsion est forte entre ces deux estimations, et les conclusions varient fortement en fonction des études. En effet, comme l'explique Jean Cédras, dans son rapport au Ministère de la Culture et de la Communication sur le téléchargement illégal², « l'effet global du piratage sur les ventes de contenu légal est ambigu. D'une part, deux mécanismes pèsent à la baisse sur les ventes d'albums : le téléchargement peut être vu comme un substitut à l'achat d'originaux (...) et son coût marginal minime réduit le consentement à payer des utilisateur (...). D'autres mécanismes tendent à stimuler les ventes : le piratage peut être considéré comme un moyen de diffusion et d'exposition des œuvres culturelles ; (...) la concurrence qu'il exerce sur le marché de la musique conduit à moyen terme à une baisse du prix qui permet à des consommateurs dont le consentement à payer était trop faible de l'acheter et donc à une augmentation de la demande ».

On le voit, il est difficile d'étudier l'impact du piratage, et le résultat des études dépend beaucoup de l'importance accordée à chacun de ces deux facteurs. Néanmoins, une chose est récurrente dans la plupart des études, c'est l'idée que les « pirates » sont aussi les plus gros consommateurs de culture par les voies légales : ainsi, une étude Ipsos Allemagne en 2009 a révélé que les internautes allemands s'adonnant au téléchargement illégal sont aussi les plus gros consommateurs de culture « légale »³. Par ailleurs, une autre étude a de même établi que les utilisateurs de réseaux P2P sont les meilleurs consommateurs de films hollywoodiens⁴. Pour la Business School of Norway, les gens qui

1 BOURREAU Marc, LABARTHE-PIOL Benjamin, *Le peer to peer et la crise de l'industrie du disque : une perspective historique*

2 CÉDRAS Jean, *Op. Cit.*

3 tempsreel.nouvelobs.com 21/09/2009 ; pcinact.com 21/09/2009 ; ecrans.fr 22/09/2009 ; rapporté par la Quadrature du Net dans son dossier sur la loi Hadopi

4 Frank N. Magid Associates, Inc. - 02/06/2009 , rapporté par La Quadrature du Net, dans son dossier sur la loi Hadopi

échangent de la musique sur les réseaux en consomment dix fois plus par les voies légales que les autres¹. Le gouvernement canadien a commissionné en 2007 une étude qui a suite à ses investigations estimé que les utilisateurs de logiciels de peer-to-peer achètent plus de musique que les autres². Enfin, une étude de l'Université de Leiden et de l'Institute for Information Law de l'Université d'Amsterdam, a conclu que l'accessibilité accrue de la culture grâce au téléchargement illégal faisait plus que compenser la substitution à l'achat du fait du téléchargement³.

On le voit donc, l'effet du piratage est ambigu : d'un côté il est difficile de prouver la responsabilité de celui-ci dans la baisse des recettes des industries culturelles, et de l'autre il a été estimé maintes fois que les « pirates » étaient aussi les plus gros consommateurs de culture par les canaux légaux. Il en devient compliqué de conclure à une responsabilité directe du piratage dans la baisse des ventes, d'autant plus que les raisons d'une telle baisse des ventes peuvent aisément être amputées aux majors du disque et à des raisons exogènes au téléchargement illégal.

2. Les raisons endogènes à l'industrie musicale de la crise du disque

« Encore une fois, on veut pénaliser les consommateurs alors que ce sont les industries du disque qui n'ont pas su s'adapter au modèle actuel » expliquait Guy Bono au journal *Le Monde* en septembre 2008⁴. En effet, les causes de la crise de l'industrie du disque sont multiples, et celle-ci est facilement explicable sans prendre en compte le téléchargement illégal. Afin de mieux comprendre cette crise, nous allons donc la mettre en perspective, à la lumière des différentes crises qu'a pu connaître l'industrie musicale au travers de son histoire⁵.

Les années 1920 ont été les témoins du développement de la radio aux États-Unis, et de ce fait le théâtre de la première grande crise de l'émergente industrie musicale. En

1 Rapporté par la Quadrature du Net, dossier sur la loi Hadopi.

2 Rapporté par la Quadrature du Net, dossier sur la loi Hadopi.

3 *Legal Economic and Cultural Aspects of File Sharing*, Nico van EIJK, Institute for Information Law (IViR, University of Amsterdam), Joost POORT, SEO Economic Research, Paul RUTTEN University of Leiden : "Despite the losses for the music industry, the increased accessibility of culture renders the overall welfare effects of file sharing robustly positive. As a consequence the entertainment industries, particularly the music industry, have to explore new models to sustain their business"

4 Guy Bono dans « "Le flicage des réseaux ne doit pas servir les intérêts économiques" », *Le Monde*, 29 septembre 2008

5 Voir : *Le peer-to-peer et la crise de l'industrie du disque : une perspective historique*. Marc Bourreau ; *Op. Cit.*

l'espace d'à peine sept ans, le nombre de récepteurs radio a été multiplié par 200, passant de 50 000 en 1922 à 10 millions en 1929¹. Cette évolution a été perçue d'emblée comme une menace par l'industrie phonographique, puisque associée à une baisse du chiffre d'affaires importante : selon les estimations, celui-ci s'établissait à 106 millions de dollars en 1921 pour 6 millions de dollars en 1933². Selon les responsables de l'industrie, cette baisse est directement imputable à l'émergence de la radio, qui permet d'écouter de la musique gratuitement, et les représentants de l'industrie phonographique ont alors tenté d'interdire la diffusion de musique sur les ondes³.

La deuxième grande crise de l'industrie musicale est associée à la guerre des standards de 1948⁴. Cette année, Peter Goldmark, ingénieur chez C.B.S, inventa le Long Playing Record (LP), plus communément appelé le « 33 tours », qui permettait une durée d'écoute six fois plus longue que le 78 tours, avec une qualité d'écoute supérieure. R.C.A, compagnie concurrente, a alors introduit le 45 tours en janvier 1949. Cette concurrence entre les deux nouveaux formats a amené à une confusion chez le consommateur et les ventes de disques en ont souffert. Ainsi, entre 1947 et 1949, les ventes baissent en valeur de 204 à 157 millions de dollars⁵. Pour remporter cette guerre des standards, C.B.S a décidé d'offrir des licences gratuites de son brevet, pour généraliser son format. R.C.A commence alors à produire des 33 tours dès 1950, et C.B.S a par la suite commencé à vendre des 45 tours.

En 1979, les ventes ont chuté brutalement de 11% aux États-Unis, et de 20% en Angleterre, baisse imputée par les majors à la copie de musique sur cassettes vierges. Les premiers spots de campagne luttant à viser contre le piratage ont alors vu le jour derrière le slogan « Home Taping Is Killing Music » (« les copies sur cassettes tuent la musique »)⁶. Comme pour le cas qui nous intéresse, le téléchargement illégal, il s'avère que les utilisateurs de cassettes audio étaient aussi les plus gros consommateurs de disques⁷. Quelle a été la réaction des majors ? Les majors ont introduit au début des années 1980 un nouveau support, le Compact Disc, et le chiffre d'affaires est alors reparti à la hausse. Ainsi, comme le souligne Marc Bourreau, « la crise de l'industrie était due, au moins en

1 Marc Bourreau, *Op. Cit.*

2 Marc Bourreau, *Op. Cit.*

3 *Ibid.*

4 Ce n'est pas la première, mais celle-ci revêt une importance particulière du fait de son ampleur

5 Marc Bourreau ; *Op. Cit.*

6 *Ibid.*

7 Étude du Copyright Royalty Tribunal, rapportée par Marc Bourreau, *Op. Cit.*

partie, à une évolution du support (la possibilité d'enregistrer sur cassette). Elle est résolue et dépassée par une autre évolution du support (l'arrivée du CD) »¹.

Cette perspective historique est un bon outil pour comprendre la crise d'aujourd'hui, qui revêt de grosses similitudes avec les antérieures. Tout d'abord, comme durant la crise des années 1920, l'arrivée d'un média nouveau a remis en cause la structure du marché musical. Ensuite, on assiste aujourd'hui à une crise de support aussi, du fait de la fin de vie du CD.

En effet, les causes de la crise du disque aujourd'hui sont multiples. Le CD est à l'heure du numérique un support obsolète, reflet de l'inactivité des majors pour anticiper les changements ; le prix des CD n'a pas baissé depuis sa création² ; la multiplication des loisirs amenant à un arbitrage du consommateur entre les différentes formes de loisirs, comme le souligne Patrick Waelbroeck, « les loisirs numériques et jeux vidéos constituent de nouvelles formes de loisirs qui concurrencent la musique »³ ; un investissement centré sur quelques stars par les majors, « parfois accusées de privilégier la rentabilité à court terme plutôt que l'installation d'artistes dans la durée »⁴. Tout comme l'industrie du phonogramme a réussi à tirer profit de l'émergence de la radio, en taxant les diffuseurs et en se redistribuant l'argent récolté au *pro rata* des audiences de chaque artiste, les majors doivent aujourd'hui trouver un moyen de tirer profit de l'Internet, et tout comme la solution n'a pas été d'interdire la diffusion de musique sur les radios, mais de trouver un moyen d'en tirer une rémunération, la question de la rémunération des ayants-droits à l'heure d'Internet se devrait de trouver une solution similaire. Or, il s'avère que les ayants-droits n'ont pas su, et n'ont pas voulu, tirer parti de l'arrivée d'Internet et des questions sous-jacentes à la musique numérique. Pour illustrer ce propos, rappelons-nous que la présidente du RIAA, lors du procès de Napster, avait clairement indiqué que pour elle la musique numérique n'avait pas d'avenir⁵. De plus, les maisons de disques ont porté un intérêt plus que timide à ce que Chris Anderson, rédacteur en chef de Wired, a théorisé en ce qu'il appelle un effet de « longue traîne », qui, pour reprendre la définition de Waelbroeck, consiste en « un modèle d'affaires fondé sur l'exploitation de produits de niches qui ne trouvaient pas leur

1 Marc Bourreau, *Op. Cit.*

2 Récemment le prix du CD est à la baisse, étant donné la chute catastrophique des ventes durant les dix dernières années.

3 WAELBROECK Patrick, *L'industrie musicale face au téléchargement*, *Op. Cit.*

4 CÉDRAS Jean, *Op. Cit.*

5 WAELBROECK Patrick, *Op. Cit.*

audience avant l'essor d'Internet »¹. En effet, une masse de micro-marchés, à l'heure d'Internet, forment ensemble un marché conséquent, que l'on se doit de prendre en compte, au vu que les coûts d'exploitation tendent vers zéro sur le web : il n'est pas plus cher – ou dérisoirement plus cher – d'exploiter dix titres que d'en exploiter dix millions comme le montre bien l'exemple de Deezer et des autres services musicaux en ligne. En effet, s'il est impossible dans le monde physique de stocker huit millions de titres – ce que stocke actuellement Deezer sur ses serveurs – au vu des frais que cela engendrerait, à contrario, sur Internet, un titre peut n'être lu ou téléchargé qu'une fois par an, étant possible d'en stocker autant qu'on le souhaite, l'agrégation de tous les titres représente alors un marché potentiel énorme. Qu'un seul titre soit téléchargé huit millions de fois, ou que huit millions de titres soit téléchargés une fois chacun, le résultat est similaire, alors que dans le monde physique il serait impossible techniquement de proposer des titres dans le but de ne les vendre qu'une fois, ne serait-ce que pour des frais de logistique.

C. La peur d'un filtrage généralisé d'Internet, et l'importance de la neutralité des réseaux

Malgré les conclusions précédentes, le législateur a opté pour une approche plus répressive, en décalage avec la réalité des usages et des techniques, et sans se poser la question de la véritable origine de la crise que traversent les industries culturelles, désignant le « pirate » comme seul et unique coupable. La législation mise en place a très tôt été perçue comme intrusive, et précurseur d'une tentative de contrôle de la toile. Ainsi, peu après la mise en place de l'Hadopi, 53% des français craignaient les pouvoirs publics, perçus comme un *Big Brother*², cette peur étant alimentée par les débats sur la loi Hadopi et la loi Loppsi. La neutralité des réseaux renvoie au principe selon lequel tout utilisateur peut accéder à l'ensemble des contenus disponibles sur Internet, et ce quelque soit son fournisseur d'accès ou son environnement technique. Dans le cadre de la neutralité des réseaux, les fournisseurs d'accès ne doivent pas contrôler ce qui passe dans leurs « tuyaux », et ne pas établir de priorité en fonction du type d'information, ou de leur provenance. Cette neutralité de l'Internet est prônée depuis toujours par les fournisseurs d'accès, qui ne veulent être mêlés à une quelconque tentative de surveillance de l'Internet. Guy Bono craignait ainsi que « le gouvernement ne cherche pas, avec cette loi et l'autorité

¹ WAELBROECK Patrick, *Op. Cit.*.

² Étude TNS pour Microsoft, « Les Français redoutent surtout les pirates du Net », *Le Figaro*, 3 juin 2010

Hadopi, à généraliser la récolte d'informations et également le fichage des internautes »¹. Pourquoi la neutralité des réseaux est-elle importante ? Parce que « l'accès à un Internet non filtré est la condition indispensable pour pouvoir exercer la liberté d'expression, la liberté d'information et la liberté de communication » répond Benjamin Bayart, président de French Data Network, fournisseur d'accès². Nicolas Sarkozy, lors de ses vœux à la culture le 7 janvier 2010, expliquait qu' « il faut expérimenter sans délai les dispositifs de filtrage » afin de « dépolluer automatiquement les réseaux et les serveurs de toutes les sources de piratage »³. Les craintes des partisans d'un web neutre sont donc fondées, d'autant plus que le chef de l'État a lancé en juin 2008 le projet d'une « charte de confiance en ligne », qui engagerait les FAI, les opérateurs de télécoms, et les fournisseurs en ligne et éditeurs à « procéder à une démarche de veille active, sur les risques techniques émergents pour l'utilisateur »⁴. Les opérateurs s'engageraient alors à « pré-configurer les équipements fournis aux utilisateurs afin qu'ils atteignent un niveau de sécurité par défaut optimal »⁵. En février 2010, Nathalie Kosciusko-Morizet, alors secrétaire d'État chargée de la Prospective et du Développement de l'économie numérique a mis en place un comité pour assurer la neutralité du Web, ce qui est un signe encourageant.

Aujourd'hui, beaucoup s'inquiètent du fait qu'Internet reste un réseau ouvert et neutre. Comme l'a souligné Jean-François Julliard, secrétaire général de Reporters sans frontières, « on s'achemine de plus en plus vers une juxtaposition d'intranets nationaux. Je pense que le village global tel qu'on l'a connu est menacé »⁶. La France faisait d'ailleurs une entrée remarquée dans la liste des pays placés « sous surveillance » par l'association en matière de liberté d'expression sur Internet, du fait de la loi Hadopi et de la loi Loppsi ⁷. De même, Tim Berners-Lee, l'un des inventeurs du *World Wide Web*, a évoqué le fait que les États s'intéressaient de plus en plus au filtrage des réseaux, « et pas seulement les dictatures »⁸.

La question d'un filtrage des réseaux, et plus globalement d'une régulation d'Internet soulève des enjeux spécifiques, du fait qu'Internet est depuis sa création un

1 « "Le flicage des réseaux ne doit pas servir les intérêts économiques" », *Le Monde*, 29 septembre 2008

2 « "un accès filtré nuit aux libertés" », *Libération*, 17 septembre 2009

3 « Un filtre à cafter sur le Net », *Libération*, 21 janvier 2010

4 « Le gouvernement veut un filtrage de masse des réseaux », *PC Impact*, 6 Juin 2008

5 *Ibid.*

6 « "Le village globale d'Internet tel qu'on la connu est menacé" », *Libération*, 18 mars 2010

7 « Internet et liberté d'expression : Reporters Sans frontières place la France "sous surveillance" », *Libération*, 15 mars 2011

8 « "Je suis toujours inquiet pour le web" », *Libération*, 18 janvier 2011

véritable symbole de liberté, comme l'admettait Françoise de Panafieu lors des débats sur la loi Hadopi : « dès que l'on touche à Internet, on touche à la liberté »¹.

Ainsi des logiciels libres, qui sont des logiciels dont l'exécution, l'étude, l'adaptation, la redistribution, et l'amélioration sont permises². Pour faire simple, un logiciel libre se définit de la manière suivante : « Premièrement, la liberté de copier un programme et de le redistribuer à vos voisins, qu'ils puissent ainsi l'utiliser aussi bien que vous. Deuxièmement, la liberté de modifier un programme, que vous puissiez le contrôler plutôt qu'il vous contrôle; pour cela, le code doit vous être accessible »³. Le développement de ces logiciels, qui est en grande partie tributaire du développement d'Internet, avec des plate-formes comme Launchpad ou Sourceforge, illustre la préoccupation de nombre d'acteurs et d'utilisateurs d'Internet quant à la liberté, l'échange, et les systèmes non-marchands.

Le web, pour les raisons évoquées ci-dessus, a souvent été considéré comme un « espace de non-droit », comme l'a souligné Frédéric Mitterand, qui parlait de « protéger le droit face à ceux qui veulent faire du Net le terrain de leur utopie libertarienne »⁴, ces « absolutistes de l'Internet »⁵. Les partisans du net libre ont ainsi souvent été stigmatisés, et leurs revendications pour un Internet libre et sans contrôle mal interprétées. Bill Gates les qualifiait ainsi de « communistes d'un genre nouveau, cachés sous différents masques »⁶. On a vite assisté à une surenchère dans les qualificatifs concernant ces internautes, dont beaucoup de « pirates » font partie, comme l'illustrent les propos tenus par Christophe Lameignère, alors président du Snep et PDG de Sony Music, qui considérait qu'ils « auraient vendu du beurre aux Allemands pendant la guerre »⁷.

IV. Vers un nouveau modèle ?

Comme beaucoup l'ont souligné, peut être faudrait-il, au lieu de lutter contre les pratiques nouvelles conséquentes à l'arrivée d'Internet, tenter de changer de modèle

1 « Panafieu : "Le piratage, c'est comme du vol à l'étalage" », *Le Figaro*, 1er avril 2009

2 C'est la définition donnée par Richard Stallman, un des grands acteurs du logiciel libre

3 <http://www.gnu.org/bulletins/bull1.txt>

4 « Internet : Hadopi 2 passe l'épreuve de l'Assemblée », *Le Figaro*, 16 septembre 2009

5 « Frédéric Mitterand prépare l'après-Hadopi », *Le Figaro*, 4 septembre 2009

6 Interview cnet.com, 5 janvier 2005, http://news.cnet.com/2100-1041_3-5514121.html

7 *Metro France*, 10 septembre 2009, <http://www.metrofrance.com/info/la-musique-a-le-blues/miiij!7VZW3jZSP9cVY/>

économique pour la culture, et essayer de se servir d'Internet comme d'un tremplin pour de nouveaux marchés et de nouvelles formes de rémunérations, plutôt que de le combattre sans le comprendre. Pour reprendre Machiavel, « Il n'y a point d'entreprise plus difficile, plus douteuse, ni plus dangereuse que celle de vouloir introduire de nouvelles lois. Parce que l'auteur a pour ennemis tous ceux qui se trouvent bien des anciennes, et pour tièdes défenseurs ceux même à qui les nouvelles tourneraient à profit. Et cette tièdeur vient en partie de la peur qu'ils ont de leurs adversaires, c'est à dire de ceux qui sont contents des anciennes ; et en partie de l'incrédulité des hommes, qui n'ont jamais bonne opinion des nouveaux établissements qu'après en avoir fait une longue expérience »¹. Ceci résume bien la situation des industries culturelles, et la tièdeur du gouvernement à adopter de nouveaux systèmes de rémunération pour les ayants-droits. En effet, il est toujours plus périlleux de vouloir changer « l'ordre des choses », que de se conforter dans celui établi.

Le piratage n'est pas une fatalité, de multiples moyens d'écouter, de voir et de télécharger légalement existent. Il est intéressant dans le cas présent d'effectuer un parallèle avec la situation telle qu'elle était au moment de l'invention de l'imprimerie et de tirer des conclusions de l'évolution des droits d'auteurs que celle-ci a induit. L'imprimerie a remis en cause les monopoles des modes de diffusion alors dominants, tout comme l'Internet aujourd'hui. Celle-ci a donné aux œuvres littéraires une dimension économique, ce qui a provoqué l'intervention royale : les imprimeurs ont sollicité le roi, et celui-ci leur a accordé des monopoles pour rentabiliser leurs investissements. C'est là qu'est apparu le droit d'auteur, bien que ce ne soit pas l'auteur mais l'éditeur ou imprimeur qui soit protégé. Le 30 août 1677, le préambule d'un arrêt réglementaire reconnaissait les droits des auteurs par le biais de privilèges. Durant la révolution, c'est le public qui a été privilégié dans la définition du droit d'auteur, les œuvres tombant très rapidement dans le domaine public, et l'accès à la création était considéré comme un droit. On a assisté par la suite à un rééquilibrage vers le sens des ayants-droits. Le droit d'auteur repose alors sur la recherche d'un équilibre entre l'intérêt du public et du créateur et des ayants-droits. Aujourd'hui, certains considèrent que cet équilibre a été rompu, à la défaveur du public. Internet permet aujourd'hui un accès quasi-universel aux œuvres, et c'est une bonne chose. Plutôt que d'endiguer le phénomène avec des lois bancales et inadaptées, peut-être serait-il temps de favoriser l'émergence de nouveaux modes de rémunération, pour que les ayants-droits comme le public puissent profiter pleinement du formidable outil de diffusion de la culture

1 Machiavel, *Le Prince*, *pub.* 1532

qu'est Internet.

Il faut en effet éviter d'appliquer les principes de l'économie matérielle à l'économie numérique, dont la structure est bien différente. Les modes de rémunération traditionnels ne peuvent s'appliquer dans un monde d'immédiateté, où l'échange d'œuvres est rapide, simple, et potentiellement gratuit. Comme le soulignait Laurent Joffrin, directeur de la rédaction de *Libération* :

« Pour changer l'habitus de téléchargement illégal, qui est bien ancré dans la société aujourd'hui, il faudrait lancer une répression à grande échelle des internautes. On va donc perdre notre temps à lutter alors que l'on pourrait utiliser ce temps pour trouver des systèmes de financement de la création alternatifs, comme c'est le cas dans d'autres pays (abonnements, forfait, prélevés à la source, quand on s'abonne à Internet, le produit serait ensuite réparti en fonction de la diffusion de chaque œuvre). C'est par allergie à ces mécanismes collectifs que les industries culturelles récusent le système d'abonnement et soutiennent Hadopi »¹.

De concert avec les propos de M. Joffrin, Christian Paul, député PS, affirmait quant à lui que « [le projet du parti socialiste] s'appuie sur une vision immatérielle en germe. Plutôt que d'épuiser son énergie à réprimer une nouvelle pratique culturelle comme s'il s'agissait d'une « pathologie sociale », le gouvernement serait plus inspiré de la convertir en une politique créative »², et d'ajouter : « je ne vois pas pourquoi on n'arriverait pas à trouver des mécanismes pour permettre au droit d'auteur de Beaumarchais de se réinventer à l'ère des réseaux »³.

Après avoir vu les implications de la gratuité sur Internet, du fait des coûts de reproduction quasiment nuls du fait de la numérisation, et les alternatives envisageables à un système de répression du téléchargement illégal pour financer la création, nous nous intéresserons aux nouveaux modèles de création ayant émergé avec Internet, celui-ci n'ayant pas seulement bouleversé l'industrie et les métiers de la production culturelle, mais amenant bien à une évolution du processus créatif, et à une nécessaire refonte du modèle économique des industries culturelles.

1 « Réguler », *Libération*, 6 mai 2009

2 « Christian Paul, Dopé par l'Hadopi », *Libération*, 7 mai 2009

3 *Ibid.*

A. L'économie du gratuit

L'idée de « gratuit » est bien souvent mal comprise. En effet, communément, par « gratuit » l'on entend quelque chose qui ne coûte rien. Or, dans la plupart des cas, il y a toujours quelqu'un qui assume le coût, sauf qu'il ne fait pas forcément payer son service ou produit. Aussi, si l'on comprend gratuit comme l'absence de coût au sens positif du terme, une marchandise peut comporter un coût d'opportunité, c'est à dire la différence entre la valeur du bien obtenu et celle du bien plus intéressant auquel on renonce pour profiter de la gratuité de l'autre. Il en va de même pour les services en ligne tel Deezer, YouTube ou Facebook, l'exemple le plus représentatif étant sûrement Google. En effet, Google est un service « gratuit » au sens où un internaute n'a pas à payer pour utiliser sa fonction de recherche, utiliser son client de messagerie internet Gmail, ou se localiser avec Google Maps. Néanmoins, Google a d'énormes frais de stockage des données, de maintenance etc. qu'il doit trouver un moyen d'assumer. C'est l'idée sous-jacente à l'économie du gratuit : rentabiliser des services, marchandises ou idées gratuites. Gillette offrait donc ses rasoirs, les clients ayant à assumer le simple coût des recharges.

Aujourd'hui cependant, l'écosystème du gratuit a fondamentalement évolué avec Internet ; une nouvelle gratuité s'est développée, du fait des coûts de reproduction quasiment nuls liés à la numérisation, et de la pléthore de l'offre. La gratuité est d'autant plus possible sur Internet, car les coûts pour vendre un produit à une ou à un milliard de personnes sont quasiment les mêmes, alors que cela serait impossible dans le monde physique. Les prix ont alors naturellement tendance à tendre vers le zéro et l'enjeu devient de trouver des sources de financement pour pallier au manque de revenu direct lié au produit.

Quatre types de modèles de « gratuité » sont identifiables¹ :

– La gratuité liée à l'audience : c'est le modèle de Direct Matin, 20 minutes, et l'ensemble des journaux gratuits qui tendent à rivaliser avec les quotidiens traditionnels (on exclue donc ici les journaux associatifs par exemple, qui ne rentrent pas dans ce cadre là).

– La gratuité liée à la technologie qui est une forme de gratuité imposée. Ainsi de Skype qui attaque le marché des télécoms, ou bien l'apparition des blogs qui concurrencent la presse écrite.

¹ GROSJEAN Pierre, Kapital, 07 novembre 2005

– La gratuité liée aux amateurs c'est à dire le développement de services grâce à la mise en commun de compétences du fait d'Internet. Ainsi, des projets comme Wikipédia, encyclopédie gratuite, sont possibles par la mise en relation de multitudes de personnes à une très large échelle. C'est une sorte de bénévolat global.

– Enfin, la gratuité liée à l'échange avec l'apparition du téléchargement de pair à pair par exemple.

Chris Anderson, rédacteur en chef de Wired, et accessoirement concepteur de la théorie de la « longue traîne », explique dans son ouvrage *Free !* que « la gratuité est l'avenir de l'économie »¹ arguant que « tout ce que le numérique touche tend vers la gratuité ». Selon lui, plusieurs scénarios sont possibles mais le dénouement est inévitable. Et de rajouter : « La constante diminution des coûts de production de l'économie numérique incitera bientôt la plupart des entreprises à donner la majorité de leurs produits ». D'autre part, cette tendance à tendre vers la gratuité est stimulée par l'augmentation des capacités de stockage et la baisse de leur coût, c'est l'effet de la « loi de Moore » qui statue que la densité des transistors sur un microprocesseur double tous les 18 mois, et qui s'appliquerait de même à la bande passante ou au stockage. Ainsi, la question qui se pose est celle du financement des productions, qu'elles soient physiques, numériques, culturelles, et des services.

Chris Anderson dégage plusieurs modalités de la « gratuité » :

– le *freemium*, qui consiste à offrir un service basique mais à en proposer un payant qui soit qualitativement supérieur ;

– le modèle du gratuit-financé-par-la-publicité, couramment utilisé aujourd'hui ;

– celui des subventions croisés c'est à dire offrir un produit qui engage à en acheter un autre (par exemple un lecteur DVD, qui pour marcher nécessite des DVD);

– le « coût marginal zéro » ou la reproduction numérique qui permet d'avoir un coût marginal proche du zéro absolu ;

– le *labor exchange* : idée selon laquelle en « likant » un artiste sur Facebook, on lui crée de la valeur ;

– l'économie du don dont un des représentants est le mouvement du logiciel libre .

1 Citation originale : « Why 0,00\$ is the future of business »

Comme il le souligne, « le piratage est une sorte de gratuité imposée »¹ qui amène donc à repenser le financement de la culture à l'ère d'Internet.

B. Repenser le financement de la création

Loin de seulement fustiger la loi « Création et Internet », les opposants au système de la « réponse graduée » ont aussi fait force de proposition, se rapportant pour beaucoup à la logique de la *Long Tail*, c'est à dire le phénomène de « longue traîne » rapporté par Chris Anderson. On l'a vu, de nombreux produits ou services peu demandés peuvent ensemble représenter un marché très important. En conséquence, si un grand nombre d'internautes téléchargent et paient des sommes modestes, le gain est tout de même énorme compte tenu de leur nombre, sans que cela soit préjudiciable aux individus. C'est ce que défendaient Patrick-Yves Badillo et Dominique Roux, économistes spécialistes des télécommunications, lors des débats sur la loi, dans une tribune qui leur était proposée par *Le Figaro*². Ainsi, selon eux, un modèle fondé sur la vertu serait envisageable, c'est à dire un modèle dans lequel l'internaute devrait s'acquitter d'un forfait en fonction de sa consommation de bande passante. L'argent récolté serait alors versé à un fond, qui aurait la tâche de le répartir entre les ayants-droits. C'est en suivant à peu près la même logique que les principales alternatives proposées ont vu le jour, toutes dérivées d'un principe de *licence globale*, modèle dans lequel le téléchargement illégal serait accepté comme externalité inexorable de la société de l'information, et où les internautes auraient à payer une sorte de redevance, qui serait redistribuée par la suite aux ayants-droits. Comme le soulignait Jacques Attali, « il ne faut pas que ce soit le beurre et l'argent du beurre, c'est à dire la rémunération en plus de la censure par Hadopi »³.

Ce principe de licence globale a pris plusieurs formes. Il convient cependant de souligner que ce modèle, séduisant, a été beaucoup défendu autour du téléchargement illégal de musique, et son application pour d'autres secteurs de l'industrie culturelle moins étudiée, et sans doute plus problématique, ce qui a considérablement affaibli son émergence en tant que modèle viable, ne pouvant donner une solution toute faite aujourd'hui aux problèmes auxquels est confronté l'industrie du cinéma par exemple. Il convient néanmoins d'en voir les grandes lignes, ce modèle ne souffrant que d'un manque

1 ANDERSON Chris, *Free !*, Pearson, 2009

2 « Loi Hadopi : comment sortir de l'impasse sur le téléchargement illégal », *Le Figaro*, 1er Juillet 2009

3 « "La loi Hadopi ne servira à rien" », *Libération*, 18 août 2009

de réflexion sur les adaptations possibles dont il pourrait être l'objet pour pouvoir s'appliquer à d'autres biens culturels que les œuvres musicales. Par ailleurs nous ne traiterons pas de l'idée d'une amende, celle-ci ayant été d'office écartée par le législateur du fait de son caractère injuste, car plus dommageable pour les personnes aux faibles revenus, en plus de ne pas répondre au problème des droits d'auteurs sur Internet, restant dans la logique d'une répression.

La Licence globale légalise l'accès et le partage de fichiers sur Internet en échange d'une rémunération, réservée aux ayants-droits. Le montant de cette rémunération reste à définir, mais varie selon les estimations entre 3 et 7 euros par mois. Le modèle de la Licence globale n'étant pas figé, et son cadre théorique terminé, il n'a pas vraiment été considéré par les pouvoirs publics comme une alternative valable. Frédéric Mitterand expliquait ainsi qu'il ne proposerait pas de nouveau la Licence globale, qui avait été votée en 2005, puis abrogée, car « personne ne sait exactement en quoi elle consiste », son « principe même – l'expropriation des droits d'auteurs – [étant] refusé par les créateurs »¹. Les arguments en faveur de la Licence globale sont que la rémunération légale serait meilleure, en ce sens qu'en contraignant tous les internautes à payer chaque mois une somme forfaitaire, la rémunération des ayants-droits serait conséquente et régulière, qu'elle est applicable techniquement, et que dans le cadre de la Licence globale la chronologie des médias peut être appliquée. Néanmoins, elle dispose aussi de points négatifs, à savoir qu'en mutualisant le financement de la création, on s'expose à un mécontentement de la part des internautes ne voulant pas la payer, mais surtout, cela revient à revenir sur le sacro-saint « droit exclusif » des créateurs, puisqu'ils ne maîtriseraient plus la diffusion de leur œuvre.

Néanmoins, la question du coût d'un tel dispositif est à relativiser. Prenant acte de l'argument – contestable – de M. Olivennes pour justifier l'inopérabilité d'un tel dispositif, nous allons voir qu'il est au contraire bien envisageable. Celui-ci a considéré que « le cinéma et la musique, c'est en gros sept milliards d'euros de revenus. S'ils doivent en compenser ne serait-ce que la moitié, ça ferait de l'ordre de 20 euros par abonné et par mois. C'est presque le montant d'un abonnement Internet ! »². Quant bien même nous suivrions le raisonnement de M. Olivennes, qui est tout sauf correct, un abonné devrait donc s'acquitter de 40 euros par mois pour rémunérer les ayants droits, dans un système où cela serait la seule source de revenus pour l'industrie culturelle. C'est à dire que pour 40

1 « Frédéric Mitterand : "On ne me fait pas faire ce que je ne veux pas faire" », *Le Figaro*, 5 octobre 2009

2 Denis Olivennes, dans « "Cette loi n'est pas si mauvaise que ça" », *Libération* 12 mai 2009

euros par mois, l'internaute aurait accès à l'ensemble du catalogue des ayants-droits gratuitement sur la base de ce forfait : films et musique dans le cas présent. Rappelons que l'étude de l'Hadopi même¹ avait souligné que 75% des internautes dépensent 36 euros par mois, limitant de facto l'aspect déraisonnable d'une telle somme. Enfin, rappelons que la Licence globale n'induit pas suppression des revenus des ayants-droits par les voies légales, mais compensation du fait du téléchargement d'œuvres sous droits sans s'acquitter du paiement de ces droits. Les salles de cinéma ne vont pas se vider du fait d'une licence globale, tout comme les gens n'arrêteront probablement pas d'acheter des CD, des vinyles et des livres. Ainsi, la création ne serait pas sous perfusion des mécanismes de perception de la Licence globale, mais y verrait là un complément de revenu important, lui permettant de faire face aux nouvelles problématiques induites du fait de la généralisation de l'Internet.

Le principe de Licence globale a été repris politiquement sous la forme de la « Contribution Créative », terme hérité de Phillippe Aigrain, cofondateur de la Quadrature du Net. Selon lui, l'idée de contribution créative repose sur un pacte défini par trois piliers entre les acteurs de la création et le public : la reconnaissance du partage hors marché des œuvres de l'esprit, la nécessité de trouver de nouveaux moyens de financement de ce fait, et la prise en compte qu'un financement mutualisé en est la solution². Le piratage sur Internet étant un fait, il faut donc, plutôt que de vainement essayer de l'endiguer, trouver les moyens de vivre avec. On aurait alors une coexistence des sphères marchandes et non marchandes, au travers d'un rapport qui se mettrait en place entre les marchés de l'industrie culturelle et les réseaux de pair-à-pair, dans une dynamique positive : la création, on l'a vu, peut être favorisée par le téléchargement illégal, et les industries culturelles, en plus de recevoir une nouvelle source de revenu, pourraient continuer à vendre les biens culturels sur les marchés traditionnels, puisque, comme le souligne Laurent Petitgirard, il y a « un seuil sous lequel elles [les ventes physiques] ne descendraient plus car il restera toujours un marché pour l'objet face à la dématérialisation »³.

Autre dérivé notable de la licence globale, mais cette fois uniquement envisagé pour la musique par son concepteur, Laurent Petitgirard, ancien président du conseil d'administration de la Sacem, et chef d'orchestre, la licence musique⁴. Pour 6 euros par

1 Étude réalisée en ligne du 25 octobre au 4 novembre 2010, auprès de 2687 internautes

2 Phillippe Aigrain, *La contribution créative*, La Bataille Hadopi, *Op. Cit.*

3 Texte de la Licence Musique, par Laurent Petitgirard

4 Nous nous basons ici sur l'entretien réalisé avec M. Petitgirard, le 19 avril 2011

mois, elle donnerait accès à un site officiel pour télécharger de la musique légalement. Partant de l'idée qu'il serait dommage d'oblitérer des possibles pistes pour le financement de la culture en cherchant à mettre en place un modèle universel valable pour le cinéma, la musique etc., Laurent Petitgirard inscrit son dispositif dans le respect des « droits d'auteur exclusifs », puisqu'il n'y aurait pas, à contrario de la licence globale, légalisation des échanges par les réseaux de pair-à-pair. Ceci éviterait en effet l'expropriation des ayants-droit qui resteraient libres de divulguer leur répertoire ou non, mais qui le cas échéant seraient assurés de percevoir une rémunération. Cette licence musique serait incluse dans tous les abonnements Internet, et chaque FAI disposerait de sa plate-forme dédiée au téléchargement. La rémunération des ayants-droits se ferait sur la base alors d'un pourcentage sur les recettes liées à la publicité sur ces sites et des recettes issues de la majoration de l'abonnement Internet. Cependant, comme le souligne M. Petitgirard lui même, cette licence n'aurait de sens que si les détenteurs des droits « jouent le jeu », la présence des catalogues majeurs étant un prérequis à toute initiative de ce type. Ainsi, on doit partir du postulat que les majors seront enclines à fournir leurs catalogues volontairement, ce qui n'est pas forcément évident. Néanmoins, force est de constater que le dispositif imaginé par Laurent Petitgirard est effectif, en ce sens que l'application *pratique* du dispositif a été pensée, concernant la répartition des sommes collectées, les caractéristiques des plate-formes de téléchargement etc. ce qui lui donne une bonne crédibilité. Néanmoins, dans le cadre des débats sur l'Hadopi, il a été difficile à la licence musique de s'imposer, étant donné qu'elle ne se prêtait qu'à l'unique cas de la musique, la solution de « riposte graduée » semblant plus appropriée – et sûrement aussi plus rassurante, car n'impliquait pas de changements de modèle, les ayants-droits continuant à fonctionner comme avant, hormis les coûts de filtrage qu'ils supportent désormais – car pensée pour répondre de manière globale au problème du téléchargement illégal.

Le mécénat global, théorisé par Francis Muguet, présente quelques similarités avec la Licence globale, mais se démarque de celle-ci quant à son fonctionnement, qui démarque une approche théorique du problème du téléchargement relativement différente. Concrètement, le mécénat global repose sur un versement par les internautes d'une somme contractuelle fixe, collectée par les FAI, et versées aux sociétés de perception et de répartition des droits d'auteurs (SPRD), ou sociétés d'acceptation et de répartitions des dons (SARD). Jusque là, le procédé est assez similaire à celui de la licence globale. Cependant, ce sont les internautes qui déterminent la « clef de répartition de la somme fixe », chacun

devenant donc un mécène¹. Contrairement à la licence globale, « le mécanisme juridique du Mécénat Global ne repose pas du tout sur une exception aux droits exclusifs des auteurs (...). Il ne s'agit donc pas d'instaurer une nouvelle exception mais bien de gérer les droits exclusifs »². Comment se caractérise le mécénat global ?

Plusieurs principes sont énoncés : chaque internaute est libre de diffuser des copies d'œuvres sous droits (à titre non-commercial), et la souscription au Mécénat Global n'est pas obligatoire ; dans le cas où un internaute ne voudrait pas y souscrire, c'est alors la SPRD ou la SARD qui sera en charge de répartir la somme collectée, l'internaute ne pouvant par contre se défausser de son obligation à verser le montant forfaitaire mensuel ; des limites de pourcentages d'attribution des recettes seront fixées ; les contributions qui ne sont pas attribuées directement seront réparties « selon une fonction non-linéaire visant à diminuer les écarts entre les montants financiers versés finalement aux artistes et auteurs, de façon à favoriser la diversité et l'éclosion de nouveaux talents »³ ; chaque FAI perçoit la contribution des internautes et calcule la fraction des contributions non attribuées destinées à chaque auteur ou artiste, et le montant des contributions attribuées ; les FAI transmettent ces sommes aux SPRD et SARD qui les distribuent avec des frais de gestion.

C. Les nouveaux modèles de création et le besoin de renouveler le mode de financement de la Culture

Internet, on l'a vu, a profondément bouleversé les industries culturelles et les métiers de la production par la « gratuité » qu'il induit. Cependant, c'est aussi la production artistique elle-même qui a été transformée par l'arrivée de la toile, cette transformation appelant à un nouveau modèle économique pour la culture. Internet a permis en effet une décentralisation de la culture, les grosses entreprises de production n'ayant plus le monopole de l'exploitation, de la diffusion, et de découverte des nouveaux talents. De même, de nouveaux modèles sont apparus ou ont été favorisés par la toile, à savoir par exemple la musique libre.

Internet a été l'acteur privilégié de la reconnaissance d'une dimension collective dans la création, sans pour autant renier la singularité individuelle de l'expression

1 STALLMAN Richard, *Le mécénat global 2*, La Bataille Hadopi, *Op. Cit.*

2 STALLMAN Richard, *Le mécénat global 2*, La Bataille Hadopi, *Op. Cit.*

3 *Ibid.*

artistique. Ainsi, « les nouveaux types d'interactions interpersonnelles rendues possibles par les médiations techniques de notre temps nous fournissent leur lot de mouvements artistiques qui questionnent de façon radicale la séparation entre créateur et récepteur d'une œuvre, le caractère fini d'une œuvre, l'assignation des œuvres à la singularité individuelle »¹. L'émergence des licences libres, avec des projets tels que le Copyleft ou Creative Commons renvoie à une idée du caractère collectif de l'œuvre, ces licences permettant la diffusion, modification, de l'œuvre, tant que la paternité de l'œuvre est respectée.

De nombreux sites permettent aujourd'hui aux artistes ayant choisi de distribuer librement leurs œuvres de les diffuser, comme Jamendo ou Airtist.com. Jamendo a vu son audience se développer considérablement ces dernières années. Des sites internet comme Mouviz.com, Webcine.org mettent à la disposition des internautes des courts-métrages. La philosophie de la licence libre est simple : mettre à disposition son œuvre gratuitement, dans le but de toucher le public le plus large possible. C'est la création pour la création, l'Art pour l'Art. Jean-Luc Godard affirmait dans *Libération* que « le droit d'auteur, vraiment ce n'est pas possible. Un auteur n'a aucun droit. Je n'ai aucun droit. Je n'ai que des devoirs »². Les licences libres ne sont pas la négation du droit d'auteur, mais bien l'amputation du caractère économique des droits d'auteurs. Les œuvres deviennent redistribuables, modifiables, exploitables, la garantie seule du respect de la paternité de l'œuvre étant requise. Plusieurs types de licences sont envisageables. Dans le cas des licences Creative Commons, beaucoup utilisées sur Myspace, le réseau social de musiciens, l'auteur de l'œuvre peut poser quatre conditions : l'exigence de paternité, le non-usage commercial, l'impossibilité de modifier l'œuvre, et le « partage à l'identique des conditions initiales », c'est à dire que l'œuvre fille, issue de la première œuvre, se devra d'être distribuée sous les mêmes conditions. Ces quatre conditions sont cumulables et peuvent être utilisées comme l'auteur le souhaite, offrant ainsi seize combinaisons possibles (2⁴ possibilités). Il peut ainsi décider de protéger son œuvre au degré exact voulu, six licences types étant proposées par Creative Commons. La grande innovation est que c'est l'auteur qui définit les termes de protection de son œuvre.

De même, l'autoproduction s'est considérablement développée avec Internet, et est gage de diversité dans le paysage culturel. En effet, la toile permet à de nombreux artistes

1 AIGRAIN Philippe, *Cause Commune, L'information entre bien commun et propriété*, Fayard, 2005

2 « Godard, fan de "DR House" mais pas d'Hadopi », *Libération*, 20 mai 2010

La "loi Hadopi" : une mauvaise loi pour une cause juste ?

Damien Horn

de se diffuser à bas coûts, voire à coûts nul, en utilisant uniquement les réseaux sociaux ou en créant leur site Internet. Par ailleurs, de grands groupes de musique ont tenté l'aventure du net, en offrant leurs productions sur leur site Internet. Radiohead, en 2007, a ainsi diffusé dans un premier temps son album exclusivement sur le web, permettant aux internautes de l'acheter via leur site Internet au prix qu'ils voulaient, ou bien même de ne pas le payer du tout. Si l'expérience a été décevante, et n'a pas été renouvelée pour leur album suivant, la tentative était honorable. D'autres groupes, comme Nine Inch Nails, proposent leurs albums gratuitement, mais offrent des versions « premium » qui elles sont payantes, un peu sur le modèle du *freemium*. Ces initiatives donnent bon espoir de voir le web considéré par les artistes et les créateurs comme une opportunité, une « fenêtre ouverte sur le monde », plus que comme une menace.

Conclusion

Le financement de l'Art doit être repensé, et pas seulement sous l'angle de la préservation des intérêts des majors et sociétés de productions, qui ont eu un poids trop important dans la définition des politiques publiques de défense du droit d'auteur sur Internet de ces dernières années. C'est l'intérêt des artistes, l'intérêt de la création qu'il faut préserver. Internet offre un moyen de diffusion inédit, incroyablement plus puissant que ceux que nous avons connu jusqu'alors, et les artistes doivent l'exploiter. Comme le signale à raison Christophe Barbier, « l'art aime les révolutions »¹, ce qui n'est point le cas des tenants de l'industrie culturelle. Denis Olivennes soulignait qu'il fallait « inciter » les artistes à travailler, et pour cela « chercher la rémunération individuelle la plus élevée possible »². Retenons de ceci qu'il faut bien entendu assurer la rémunération des auteurs, mais pas à la lumière d'anciens standards.

Les débats ont eu le travers, tout au cours des discussions sur la mise en place de l'Hadopi et du système de « réponse graduée » de s'inscrire dans une perspective quasi-exclusivement éthique et morale. Or, les garanties constitutionnelles qui sont les nôtres n'auront pas laissé passer le projet initial, qui méritait les critiques qui lui étaient apportées à cet égard, avec la censure du Conseil constitutionnel du 10 juin 2009. Aujourd'hui, ces critiques ne restent plus pertinentes, l'administration mise en place offrant toutes les garanties de respect de la vie privée et des droits de la défense nécessaires. L'afflux de commentaires extrêmes et de raccourcis a rendu opaque un débat qui déjà à la base n'était pas simple, lui faisant perdre son sens et masquant la véritable question, qui était celle de trouver un moyen efficace d'intégrer les productions culturelles et les acteurs de celle-ci dans le cadre de l'Internet.

La loi Hadopi est motivée par une cause juste, et un enjeu légitime : protéger le droit d'auteur sur un internet déstabilisateur, et garantir la rémunération de ceux qui font l'art. On ne peut que saluer le sursaut du législateur pour se confronter aux problématiques liées à l'Internet, bien que cela se fasse plus dans l'optique de protéger une industrie, que de favoriser la création. Rappelons cependant qu'« il ne faut point de lois inutiles, elles affaiblissent les lois nécessaires »³, et la loi Hadopi est paraît-il partie dans la mauvaise

1 « Le cheval et les chiens », *L'Express*, 21 mai 2009

2 OLIVENNES Denis, *Hadopi et burqa sont dans un bateau*, *Op. Cit.*

3 Portalis, repris par Montesquieu, *Discours préliminaires sur le projet de Code civil, 1er pluviôse de l'an IX*

direction, prenant le problème à l'envers. La mise en place du dispositif est trop récente encore pour pouvoir évaluer de manière intelligible ses effets sur l'industrie culturelle mais l'on peut affirmer une chose : la loi « Création et Internet », et la « loi relative à la protection de la propriété littéraire et artistique sur Internet », dite Hadopi 2, ne répondent aucunement aux problématiques soulevées par le web pour la création. Comme le souligne Jacques Attali, « si on laisse faire, non seulement on verra s'installer en France un frein à la croissance la plus moderne, mais on préparera l'avènement de la pire des sociétés, qui cumulerait l'avidité impitoyable du capitalisme, et la surveillance totalitaire du communisme »¹. Choisir la voie de la répression, de la régulation d'Internet à la lumière d'anciens standards, n'est pas la solution, ni pour favoriser la création, ni pour protéger les industries culturelles. La crise que celles-ci traversent depuis une décennie aura eu le mérite de les forcer à évoluer et à innover, à s'inscrire dans l'Internet plutôt que contre, et c'est dans ce cadre là qu'il faut saluer le dispositif de promotion de l'offre légale mis en place par l'Hadopi.

L'échec de l'Hadopi, politique comme économique, puisque la « riposte graduée » n'a eu pour l'instant qu'un effet limité sur le téléchargement illégal, bien que le dispositif coûte cher aux ayants-droits, est illustré par le récent changement de direction pris par le gouvernement quant à sa politique vis à vis des problématiques de la société de l'information. La création du CNN, le Conseil National du Numérique, le 27 avril 2011, est une excellente nouvelle. Nicolas Sarkozy, lors de la conférence de création du CNN a clairement accordé que la mise en place de l'Hadopi et le dispositif de « réponse graduée » « [n'étaient] pas une fin en soi »², et que l'Hadopi était une « solution imparfaite », une « erreur », basée sur une « intuition ». Et d'ajouter que « le rôle de l'État n'est pas de construire des lignes Maginot³ contre les usages des internautes ou d'ignorer l'incroyable espace de liberté que représente Internet », bien que « le rôle de l'État [ne soit] pas non plus de laisser faire des comportements qui ne respecteraient pas nos principes fondamentaux de société »⁴. Le changement de posture de la politique nationale au regard d'Internet est sensible, et à saluer. Par la création du CNN, le chef de l'État a souhaité bénéficier de l'appui consultatif d'un comité composé des acteurs de l'économie numérique. Le

1 ATTALI Jacques, *Quand la propriété devient le viol*, La Bataille Hadopi, *Op. Cit.*

2 Voir la vidéo sur la création du CNN, disponible sur le site de l'Élysée

3 Le chef de l'État reprend ici une expression employée par l'opposition durant les débats sur l'Hadopi, qui considérait que la constitution de l'Hadopi relouvait de la construction d'une ligne maginot pour lutter contre le téléchargement illégal

4 Voir la vidéo sur la création du CNN, disponible sur le site de l'Élysée

gouvernement, sur tout projet de disposition législative ou réglementaire susceptible d'avoir un impact sur l'économie numérique, sera obligé de demander son avis au CNN, et pourra bénéficier de sa connaissance des structures de l'Internet. Celui-ci, en plus de son rôle consultatif, pourra formuler des recommandations, sans avoir été nécessairement sollicité, et sera libre de ses avis et de ses saisines, puisque c'est le Conseil lui-même qui choisira son ordre du jour et son emploi du temps. Ceci dénote d'une volonté gouvernementale d'associer plus profondément les acteurs du web aux actions de l'État les concernant, ce qui est un grand pas en avant car, comme nous l'avons vu, le regard des experts du Net, des internautes, et des représentants du web étaient sensiblement différents de celui du gouvernement et des politiques de manière générale qui, hormis les partisans et opposants les plus farouches de l'Hadopi, ne dénotaient pas d'une grande connaissance et maîtrise des problématiques propres à l'Internet.

La volonté de prendre en main les problématiques liées à Internet par le gouvernement est aussi illustrée par la tenue du eG8 à Paris les 24 et 25 mai 2011, consacré à des débats sur la régulation, la lutte contre la cybercriminalité, la neutralité du net, les droits d'auteurs, la gouvernance des noms de domaine, la protection de la vie privée ou encore l'impact d'Internet et des nouvelles technologies sur la croissance. Parmi les acteurs ayant participé à ces débats, notons la présence de Mark Zuckerberg, fondateur de Facebook, Bill Gates, Eric Schmidt de Google, Jimmy Wales, le fondateur de Wikipédia, ou encore Xavier Niel, de chez Free. Selon Jérémie Zimmermann, de la Quadrature du Net, « l'eG8 est une mise en scène où un gouvernement déconnecté de la civilisation Internet espère apparaître en phase avec celle-ci en se montrant en compagnie de quelques leaders économiques du secteur. Cela ne serait que pathétique si ce n'était pas un écran de fumée masquant de dangereuses remises en cause des libertés fondamentales et une tentative de reprise en main de notre cher Internet »¹. Notons tout de même l'aspect positif d'un tel rassemblement, qui s'il n'élude pas à lui seul l'immense quantité de problématiques inhérentes à Internet et le rapport du pouvoir avec celui-ci, dénote néanmoins une tentative de rapprochement de ces deux mondes, qui sont amenés à devoir se comprendre avant de pouvoir s'entendre.

¹ Article *PcInpact*, 26 mai 2011, accessible sur <http://www.pcinpact.com/actu/news/63751-eg8-hadopi-frederic-mitterrand.htm>

Bibliographie

Ouvrages imprimés

- ◆ La Bataille Hadopi, InLibroVeritas, 2009
- ◆ Phillipe Aigrain, Cause Commune, 2005
- ◆ Chris Anderson, Free !, 2009

Articles de revues et périodiques

- ◆ *Libération*, janvier 2007 – mai 2011
- ◆ *Le Monde*, janvier 2007 – mai 2011
- ◆ *Le Figaro*, janvier 2007 – mai 2011

Support numérique

- ◆ Site de l'Hadopi : <http://www.hadopi.fr>
- ◆ Site de *PcInpact* : <http://www.pcinpact.com>
- ◆ <http://legifrance.fr>
- ◆ <http://www.culture.gouv.fr>
- ◆ Site de la *Quadrature du Net* : <http://www.laquadrature.net>
- ◆ *Le Monde* : <http://lemonde.fr>
- ◆ *Le Figaro* : <http://lefigaro.fr>

Table des sigles

ACSEL – Association pour le Commerce et les Services En Ligne

AFA – Association des Fournisseurs d'Accès et de services Internet

AHRA – Audio Home Recording Act

ALPA – Association de Lutte contre la Piraterie Audiovisuelle

ARCEP – Autorité de Régulation des Communications Électroniques et des Postes

ASIC – Association des Services Internet Communautaires

BEUC – Bureau Européen des Unions de Consommateurs

BPI – Britain Phonographic Industry

CD – Compact Disc

CNC – Centre National du Cinéma et de l'imagerie animée

CNIL – Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés

CNL – Centre National du Libre

CNN – Centre National du Numérique

CPD – Commission de Protection des Droits

DPI (filtrage par) – Deep Pack Inspection

DADVSI (loi) – Loi sur le Droit d'Auteur et les Droits Voisins dans la Société de l'Information

DRM – Digital Rights Management

DVD – Digital Versatile Disc

FAI – Fournisseur d'Accès à Internet

FFT – Fédération Française des Télécoms

HADOPI – Haute Autorité pour la Diffusion des Oeuvres et la Protection des droits sur Internet

IANA – Internet Assigned Numbers Authority

IFCIC – Institut pour le Financement du Cinéma et des Industries Culturelles

IFPI – Fédération Internationale de l'Industrie Phonographique

IP – Internet Protocol

MP3 – Mpeg Audio Layer III

P2P – Peer-to-Peer

RIAA – Recording Industry Association of America

SACEM – Société des Auteurs, Compositeurs et Éditeurs de Musique

SARD – Société d'Acceptation et de Répartition des Dons

SCPP – Société Civile des Producteurs Phonographiques

SDRM – Société pour l'administration du Droit de Reproduction mécanique des Auteurs, Compositeurs et Éditeurs

SNEP – Syndicat National de l'Édition Phonographique

SPPF – Société civile des Producteurs de Phonogrammes en France

SPRD – Sociétés de Perception et de Répartition des Droits

UPF – Union des Producteurs de Films

URL – Uniform Resource Location

VPN – Virtual Private Network

WEP – Wired Equivalent Privacy

WPA – Wi-fi Protected Adress

WWW – World Wide Web

Annexes

I. Projet de loi « favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet », tel que voté par le Sénat, le 30 octobre 2008

Article 1^{er}

Le code de la propriété intellectuelle est ainsi modifié :

A. – À la fin du quatrième alinéa de l'article L. 331-5, les mots : « aux articles L. 331-6 et L. 331-7 » sont remplacés par les mots : « au 1^o de l'article L. 331-37 et à l'article L. 331-38 » ;

B. – Au début de l'article L. 331-6, les mots : « L'Autorité de régulation des mesures techniques visées à l'article L. 331-17 » sont remplacés par le mot : « Elle » ;

C. – L'article L. 331-7 est ainsi modifié :

1^o À la seconde phrase du premier alinéa, aux première et dernière phrases du quatrième alinéa, à la première phrase des cinquième et sixième alinéas et aux deux dernières phrases du dernier alinéa, les mots : « l'autorité » sont remplacés par les mots : « la Haute Autorité » ;

2^o À la première phrase des premier et dernier alinéas, les mots : « l'Autorité de régulation des mesures techniques » sont remplacés par les mots : « la Haute Autorité » ;

D. – L'article L. 331-8 est ainsi modifié :

1^o Au premier alinéa, les mots : « au présent article est garanti par les dispositions du présent article et des articles L. 331-9 à L. 331-16 » sont remplacés par les mots : « au 2^o de l'article L. 331-37 est garanti par les dispositions des articles L. 331-7 à L. 331-10 et L. 331-39 à L. 331-41 » ;

2° Au début du deuxième alinéa, les mots : « L'Autorité de régulation des mesures techniques visée à l'article L. 331-17 » sont remplacés par le mot : « Elle » ;

3° Au dernier alinéa, les mots : « des articles L. 331-9 à L. 331-16, l'autorité » sont remplacés par les mots : « des articles L. 331-7 à L. 331-10 et L. 331-39 à L. 331-41, la Haute Autorité » ;

E. – À la deuxième phrase du premier alinéa de l'article L. 331-9, les mots : « à l'article L. 331-8 » sont remplacés par les mots : « au 2° de l'article L. 331-37 » ;

F. – À l'article L. 331-10, la référence : « L. 331-9 » est remplacée par la référence : « L. 331-7 » ;

G. – À l'article L. 331-13, les mots : « à l'article L. 331-8 » sont remplacés par les mots : « au 2° de l'article L. 331-37 », et les mots : « l'Autorité de régulation des mesures techniques » sont remplacés par les mots : « la Haute Autorité » ;

H. – À l'article L. 331-14, les mots : « l'Autorité de régulation des mesures techniques » sont remplacés par les mots : « la Haute Autorité » ;

I. – L'article L. 331-15 est ainsi modifié :

1° Au premier alinéa, les mots : « l'Autorité de régulation des mesures techniques » sont remplacés par les mots : « la Haute Autorité » ;

2° Aux première et seconde phrases du deuxième alinéa, les mots : « l'autorité » sont remplacés par les mots : « la Haute Autorité » ;

J. – L'article L. 331-16 est ainsi modifié :

1° À la fin de la première phrase, le mot : « section » est remplacé par le mot : « sous-section » ;

2° À la fin de la seconde phrase, la référence : « L. 331-12 » est remplacée par la référence : « L. 331-10 » ;

K. – L'article L. 331-17 est ainsi modifié :

1° Le premier alinéa est ainsi modifié :

a) La première phrase est supprimée ;

b) Au début de la seconde phrase, les mots : « Elle assure une mission générale »

sont remplacés par les mots : « Au titre de sa mission de régulation et » ;

c) Sont ajoutés les mots : « , la Haute Autorité exerce les fonctions suivantes : » ;

2° Les deux derniers alinéas sont ainsi rédigés :

« La Haute Autorité peut être saisie pour avis par l'une des personnes visées à l'article L. 331-38 de toute question relative à l'interopérabilité des mesures techniques.

« Elle peut également être saisie pour avis, par une personne bénéficiaire de l'une des exceptions mentionnées au 2° de l'article L. 331-37 ou par la personne morale agréée qui la représente, de toute question relative à la mise en œuvre effective des exceptions. » ;

L. – Les articles L. 331-6 à L. 331-17, dans leur rédaction résultant du présent article, et l'article L. 331-22 font l'objet de la nouvelle numérotation suivante :

– l'article L. 331-6 devient le 1° de l'article L. 331-37 ;

– l'article L. 331-7 devient l'article L. 331-38 ;

– le premier alinéa de l'article L. 331-8 devient l'article L. 331-6 ;

– les deuxième à dernier alinéas de l'article L. 331-8 deviennent le 2° de l'article L. 331-37 ;

– l'article L. 331-9 devient l'article L. 331-7 ;

– l'article L. 331-10 devient l'article L. 331-8 ;

– l'article L. 331-11 devient l'article L. 331-9 ;

– l'article L. 331-12 devient l'article L. 331-10 ;

– l'article L. 331-13 devient l'article L. 331-39 ;

– l'article L. 331-14 devient l'article L. 331-40 ;

– l'article L. 331-15 devient l'article L. 331-41 ;

– l'article L. 331-16 devient l'article L. 331-43 ;

– le premier alinéa de l'article L. 331-17 devient le premier alinéa de l'article L. 331-37 ;

– les deuxième et troisième alinéas de l'article L. 331-17 deviennent l'article L. 331-42 ;

– l'article L. 331-22 devient l'article L. 331-11.

M. – *Supprimé*

Article 1^{er} bis (nouveau)

L'intitulé du titre III du livre III du code de la propriété intellectuelle est ainsi rédigé : « Prévention, procédures et sanctions ».

Article 2

Le chapitre I^{er} du titre III du livre III de la première partie du code de la propriété intellectuelle est complété par les dispositions suivantes :

« *Section 3*

« *Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet*

« *Sous-section 1*

« *Compétences, composition et organisation*

« *Art. L. 331-12.* – La Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet est une autorité administrative indépendante, dotée de la personnalité morale.

« *Art. L. 331-13* – La Haute Autorité assure :

« 1^o Une mission d'encouragement au développement de l'offre commerciale légale et d'observation de l'utilisation illicite ou licite des œuvres et des objets auxquels est attaché un droit d'auteur ou un droit voisin sur les réseaux de communications électroniques utilisés pour la fourniture de services de communication au public en ligne ;

« 2^o Une mission de protection de ces œuvres et objets à l'égard des atteintes à ces droits commises sur les réseaux de communications électroniques utilisés pour la fourniture de services de communication au public en ligne ;

« 3^o Une mission de régulation et de veille dans le domaine des mesures techniques de protection et d'identification des œuvres et des objets protégés par le droit d'auteur ou par les droits voisins.

« Au titre de ces missions, la Haute Autorité peut recommander toute modification

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

« Elle contribue, à la demande du Premier ministre, à la préparation et à la définition de la position française dans les négociations internationales dans le domaine de la protection des droits de propriété littéraire et artistique sur les réseaux numériques. Elle peut participer, à la demande du Premier ministre, à la représentation française dans les organisations internationales et européennes compétentes en ce domaine.

« *Art. L. 331-13-1 (nouveau)*. – La Haute Autorité remet chaque année au Gouvernement et au Parlement un rapport rendant compte de son activité, de l'exécution de ses missions et de ses moyens, et du respect de leurs obligations et engagements par les professionnels des différents secteurs concernés. Ce rapport est rendu public.

« *Art. L. 331-14*. – La Haute Autorité est composée d'un collège et d'une commission de protection des droits.

« Sauf disposition contraire, les missions confiées à la Haute Autorité sont exercées par le collège.

« Dans l'exercice de leurs attributions, les membres du collège et de la commission de protection des droits ne reçoivent d'instruction d'aucune autorité.

« *Art. L. 331-15*. – Le collège de la Haute Autorité est composé de neuf membres, dont le président, nommés pour une durée de six ans par décret :

« 1° Un membre en activité du Conseil d'État désigné par le vice-président du Conseil d'État ;

« 2° Un membre en activité de la Cour de cassation désigné par le premier président de la Cour de cassation ;

« 3° Un membre en activité de la Cour des comptes désigné par le premier président de la Cour des comptes ;

« 4° Un membre désigné par le président de l'Académie des technologies, en raison de ses compétences en matière de technologies de l'information ;

« 5° Un membre du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique désigné

par le président du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique ;

« 6° Quatre personnalités qualifiées, désignées sur proposition conjointe des ministres chargés des communications électroniques, de la consommation et de la culture.

« Le président du collège est élu par les membres parmi les personnes mentionnées aux 1°, 2° et 3°.

« Pour les membres désignés en application des 1° à 5°, des membres suppléants sont désignés dans les mêmes conditions.

« Pour la constitution de la Haute Autorité, le président est élu pour six ans. La durée du mandat des huit autres membres est fixée, par tirage au sort, à trois ans pour quatre d'entre eux et à six ans pour les quatre autres.

« En cas de vacance d'un siège de membre du collège, pour quelque cause que ce soit, il est procédé à la nomination, dans les conditions prévues au présent article, d'un nouveau membre pour la durée du mandat restant à courir.

« Le mandat des membres n'est pas révocable. Il n'est pas renouvelable, sauf si sa durée n'a pas excédé deux ans.

« Sauf démission, il ne peut être mis fin aux fonctions d'un membre qu'en cas d'empêchement constaté par le collège dans les conditions qu'il définit.

« *Art. L. 331-16.* – La commission de protection des droits est chargée de prendre les mesures prévues aux articles L. 331-24 à L. 331-29 et à l'article L. 331-31.

« Elle est composée de trois membres, dont le président, nommés pour une durée de six ans par décret :

« 1° Un membre en activité du Conseil d'État désigné par le vice-président du Conseil d'État ;

« 2° Un membre en activité de la Cour de cassation désigné par le premier président de la Cour de cassation ;

« 3° Un membre en activité de la Cour des comptes désigné par le premier président de la Cour des comptes.

« Des membres suppléants sont nommés dans les mêmes conditions.

« Pour la constitution de la commission, le président est nommé pour six ans. La

durée du mandat des autres membres est fixée, par tirage au sort, à trois ans pour l'un et à six ans pour l'autre.

« En cas de vacance d'un siège de membre de la commission de protection des droits, pour quelque cause que ce soit, il est procédé à la nomination, dans les conditions prévues au présent article, d'un nouveau membre pour la durée du mandat restant à courir.

« Le mandat des membres n'est pas révocable. Il n'est pas renouvelable, sauf si sa durée n'a pas excédé deux ans.

« Sauf démission, il ne peut être mis fin aux fonctions d'un membre qu'en cas d'empêchement constaté par le collège dans les conditions qu'il définit.

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

« *Art. L. 331-17.* – Les fonctions de membre de la Haute Autorité sont incompatibles avec le fait d'exercer ou d'avoir exercé, au cours des trois dernières années, les fonctions de dirigeant, de salarié ou de conseiller d'une société régie par le titre II du présent livre ou de toute entreprise exerçant une activité de production de phonogrammes, de vidéogrammes, d'édition d'œuvres protégées par un droit d'auteur, de toute entreprise de communication audiovisuelle ou offrant des services de mise à disposition d'œuvres ou d'objets protégés par le droit d'auteur ou par les droits voisins ou dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public en ligne.

« Après la cessation de leurs fonctions, les membres de la Haute Autorité sont soumis aux dispositions de l'article 432-13 du code pénal.

« Les membres de la Haute Autorité ne peuvent, directement ou indirectement, détenir d'intérêts dans une entreprise exerçant une des activités mentionnées au premier alinéa.

« Aucun membre de la Haute Autorité ne peut participer à une délibération concernant une entreprise ou une société contrôlée, au sens de l'article L. 233-16 du code de commerce, par une entreprise dans laquelle il a, au cours des trois années précédant la délibération, exercé des fonctions ou détenu un mandat.

« *Art. L. 331-18.* – La Haute Autorité dispose de services placés sous l'autorité de son président. Un secrétaire général, nommé par ce dernier, est chargé du fonctionnement

et de la coordination des services sous l'autorité du président.

« Elle établit son règlement intérieur et fixe les règles de déontologie applicables à ses membres et aux agents des services.

« Les rapporteurs chargés de l'instruction de dossiers auprès de la Haute Autorité sont nommés par le président.

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

« La Haute Autorité propose, lors de l'élaboration du projet de loi de finances de l'année, les crédits nécessaires à l'accomplissement de ses missions.

« Le président présente les comptes de la Haute Autorité au contrôle de la Cour des comptes.

« *Art. L. 331-19.* – Les décisions du collège et de la commission de protection des droits sont prises à la majorité des voix. Au sein du collège, la voix du président est prépondérante en cas de partage égal des voix.

« *Art. L. 331-20.* – Pour l'exercice, par la commission de protection des droits, de ses attributions, la Haute Autorité dispose d'agents publics assermentés habilités par le président de la Haute Autorité dans des conditions fixées par un décret en Conseil d'État.

« Les membres de la commission de protection des droits et les agents mentionnés au premier alinéa reçoivent les saisines adressées à ladite commission dans les conditions prévues à l'article L. 331-22. Ils procèdent à l'examen des faits et constatent la matérialité des manquements à l'obligation définie à l'article L. 336-3.

« Ils peuvent, pour les nécessités de la procédure, obtenir tous documents, quel qu'en soit le support, y compris les données conservées et traitées par les opérateurs de communications électroniques dans le cadre de l'article L. 34-1 du code des postes et des communications électroniques et les prestataires mentionnés aux 1 et 2 du I de l'article 6 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

« Ils peuvent également obtenir copie des documents mentionnés à l'alinéa précédent.

« Ils peuvent, notamment, obtenir des opérateurs de communications électroniques l'identité, l'adresse postale, l'adresse électronique et les coordonnées téléphoniques de l'abonné dont l'accès à des services de communication au public en ligne a été utilisé à des fins de reproduction, de représentation, de mise à disposition ou de communication au public d'œuvres ou d'objets protégés sans l'autorisation des titulaires des droits prévus aux livres I^{er} et II lorsqu'elle est requise.

« *Art. L. 331-21.* – Les membres et les agents publics de la Haute Autorité sont astreints au secret professionnel pour les faits, actes ou renseignements dont ils ont pu avoir connaissance en raison de leurs fonctions, dans les conditions prévues à l'article 413-10 du code pénal et, sous réserve de ce qui est nécessaire à l'établissement des avis, des recommandations et des rapports, à l'article 226-13 du même code.

« Dans les conditions prévues par l'article 17-1 de la loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité, les décisions d'habilitation des agents mentionnés à l'article L. 331-20 du présent code sont précédées d'enquêtes administratives destinées à vérifier que leur comportement n'est pas incompatible avec l'exercice de leurs fonctions ou missions.

« Les agents doivent en outre remplir les conditions de moralité et observer les règles déontologiques définies par décret en Conseil d'État.

« *Sous-section 2*

« *Mission de protection des œuvres et objets auxquels est attaché un droit d'auteur ou un droit voisin*

« *Art. L. 331-22.* – La commission de protection des droits agit sur saisine d'agents assermentés et agréés dans les conditions définies à l'article L. 331-2 qui sont désignés par :

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

« La commission de protection des droits peut également agir sur la base d'informations qui lui sont transmises par le procureur de la République.

« Elle ne peut être saisie de faits remontant à plus de six mois.

« *Art. L. 331-23.* – Les mesures prises par la commission de protection des droits sont limitées à ce qui est nécessaire pour mettre un terme au manquement à l’obligation définie à l’article L. 336-3.

« *Art. L. 331-24.* – Lorsqu’elle est saisie de faits constituant un manquement à l’obligation définie à l’article L. 336-3, la commission de protection des droits peut envoyer à l’abonné, sous son timbre et pour son compte, par la voie électronique et par l’intermédiaire de la personne dont l’activité est d’offrir un accès à des services de communication au public en ligne ayant conclu un contrat avec l’abonné, une recommandation lui rappelant les prescriptions de l’article L. 336-3, lui enjoignant de respecter cette obligation et l’avertissant des sanctions encourues en cas de renouvellement du manquement. La recommandation doit également contenir des informations portant sur les dangers du téléchargement et de la mise à disposition illicites pour la création artistique.

« Cette recommandation par voie électronique ne divulgue pas les contenus des éléments téléchargés ou mis à disposition.

« En cas de renouvellement, dans un délai de six mois à compter de l’envoi de la recommandation visée au premier alinéa, 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 peut assortir 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.

« Cette lettre ne divulgue pas les contenus des éléments téléchargés ou mis à disposition.

« Le bien-fondé des recommandations adressées en vertu du présent article ne peut être contesté qu’à l’appui d’un recours dirigé contre une décision de sanction prononcée en application de l’article L. 331-25. La recommandation porte mention du numéro de téléphone ou de l’adresse postale ou électronique. L’abonné destinataire informé auparavant par courrier ou par voie électronique peut adresser des observations à la commission de protection des droits.

« Ces recommandations sont motivées.

« *Art. L. 331-25.* – Lorsqu’il est constaté que l’abonné a méconnu l’obligation définie à l’article L. 336-3 dans l’année suivant la réception d’une recommandation adressée par la commission de protection des droits et assortie 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, la commission peut, après une procédure contradictoire, prononcer, en fonction de la gravité des manquements et de l’usage de l’accès, la ou les sanctions suivantes :

« 1° La suspension de l’accès au service pour une durée de d’un mois à un an assortie de l’impossibilité, pour l’abonné, de souscrire pendant la même période un autre contrat portant sur l’accès à un service de communication au public en ligne auprès de tout opérateur ;

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

« 2° Une injonction de prendre des mesures de nature à prévenir le renouvellement du manquement constaté et à en rendre compte à la Haute Autorité, le cas échéant sous astreinte.

« La commission peut décider que la sanction mentionnée au 2° fera l’objet d’une insertion dans les publications, journaux ou supports qu’elle désigne. Les frais sont supportés par les personnes sanctionnées.

« 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.

« Les sanctions prises en application du présent article peuvent faire l’objet d’un recours en annulation ou en réformation par les parties en cause devant les juridictions judiciaires.

« Un décret en Conseil d’État fixe les conditions dans lesquelles les sanctions peuvent faire l’objet d’un sursis à exécution.

« Un décret détermine les juridictions compétentes pour connaître de ces recours.

« *Art. L. 331-26.* – Avant d’engager une procédure de sanction dans les conditions prévues à l’article L. 331-25, la commission de protection des droits peut proposer à l’abonné passible de sanction une transaction. Celle-ci peut porter sur la ou les mesures suivantes :

« 1° Une suspension de l’accès au service d’une durée d’un mois à trois mois, assortie de l’impossibilité de souscrire pendant la même période un autre contrat portant sur l’accès à un service de communication au public en ligne auprès de tout opérateur ;

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

« 2° Une obligation de prendre des mesures de nature à prévenir le renouvellement du manquement et à en rendre compte à la Haute Autorité.

« *Art. L. 331-27.* – En cas d’inexécution, du fait de l’abonné, d’une transaction acceptée par celui-ci, la commission de protection des droits peut prononcer la ou les sanctions prévues à l’article L. 331-25.

« *Art. L. 331-28.* – La suspension de l’accès mentionnée aux articles L. 331-25 et L. 331-26 n’affecte pas, par elle-même, le versement du prix de l’abonnement au fournisseur du service. L’article L. 121-84 du code de la consommation n’est pas applicable au cours de la période de suspension.

« Les frais d’une éventuelle résiliation de l’abonnement au cours de la période de suspension sont supportés par l’abonné.

« La suspension s’applique uniquement à l’accès à des services de communication au public en ligne. Lorsque ce service d’accès est acheté selon des offres commerciales composites incluant d’autres types de services, tels que services de téléphonie ou de télévision, les décisions de suspension ne s’appliquent pas à ces services.

« *Art. L. 331-29.* – Lorsque la sanction mentionnée à l’article L. 331-25 ou à l’article L. 331-27 ou la transaction mentionnée à l’article L. 331-26 comporte une suspension de l’accès de l’abonné, la commission de protection des droits notifie ladite suspension à la personne dont l’activité est d’offrir un accès à des services de communication au public en ligne ayant conclu un contrat avec l’abonné concerné et lui enjoint de mettre en œuvre cette mesure de suspension dans un délai de quinze jours.

« Si cette personne ne se conforme pas à l'injonction qui lui est adressée, la commission de protection des droits peut, à l'issue d'une procédure contradictoire, lui infliger une sanction pécuniaire d'un montant maximal de 5 000 € par manquement constaté à l'obligation visée au premier alinéa.

« Les sanctions prises en application du présent article peuvent faire l'objet d'un recours en annulation ou en réformation par les parties en cause devant les juridictions judiciaires.

« Un décret en Conseil d'État fixe les conditions dans lesquelles les sanctions peuvent faire l'objet d'un sursis à exécution.

« Un décret détermine les juridictions compétentes pour connaître de ces recours.

« *Art. L. 331-30.* – 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 une personne de l'accès à des services de communication au public en ligne, la Haute Autorité peut établir 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 et leur efficacité, la Haute Autorité peut labelliser 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'État précise la procédure d'évaluation et de labellisation de ces moyens de sécurisation.

« *Art. L. 331-31.* – La Haute Autorité établit un répertoire national des personnes qui font l'objet d'une suspension en cours de leur accès à un service de communication au public en ligne en application des articles L. 331-25 à L. 331-27.

« La personne dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public en ligne vérifie, à l'occasion de la conclusion de tout nouveau contrat portant sur la fourniture d'un tel service, si le cocontractant figure sur ce répertoire.

« Pour chaque manquement constaté à cette obligation de consultation ou pour tout

contrat conclu par cette personne avec l'intéressé nonobstant son inscription sur le répertoire, la commission de protection des droits peut, à l'issue d'une procédure contradictoire, lui infliger une sanction pécuniaire d'un montant maximal de 5 000 €.

« Les sanctions prises en application du présent article peuvent faire l'objet d'un recours en annulation ou en réformation par les parties en cause devant les juridictions judiciaires.

« Un décret en Conseil d'État détermine les conditions dans lesquelles les sanctions peuvent faire l'objet d'un sursis à exécution.

« Un décret détermine les juridictions compétentes pour connaître de ces recours.

« *Art. L. 331-31-1 (nouveau)*. – Les informations recueillies, à l'occasion de la consultation de ce répertoire par les personnes dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public en ligne, dans les conditions définies à l'article L. 331-31, ne peuvent être conservées par ces personnes, ni faire l'objet d'aucune communication excédant la conclusion ou la non conclusion du contrat de fourniture de services de communication ayant provoqué ladite consultation.

« *Art. L. 331-32*. – Les personnes dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public en ligne font figurer, dans les contrats conclus avec leurs abonnés, la mention claire et lisible des dispositions de l'article L. 336-3 et des mesures qui peuvent être prises par la commission de protection des droits ainsi que des voies de recours possibles en application des articles L. 331-24 à L. 331-31.

« En outre, les personnes visées au premier alinéa informent périodiquement leurs abonnés des dangers du téléchargement et de la mise à disposition illicites pour la création artistique.

« *Art. L. 331-33*. – La commission de protection des droits peut conserver les données techniques mises à sa disposition pour la durée nécessaire à l'exercice des compétences qui lui sont confiées à la présente sous-section et, au plus tard, jusqu'au moment où la suspension de l'accès prévue par ces dispositions a été entièrement exécutée.

« *Art. L. 331-34*. – Est autorisée la création, par la Haute Autorité, d'un traitement automatisé de données à caractère personnel portant sur les personnes faisant l'objet d'une procédure dans le cadre de la présente sous-section.

« Ce traitement a pour finalité la mise en œuvre, par la commission de protection des droits, des mesures prévues à la présente sous-section et de tous les actes de procédure afférents, ainsi que du répertoire national visé à l'article L. 331-31, permettant notamment aux personnes dont l'activité est d'offrir un accès à un service de communication au public en ligne de disposer des informations strictement nécessaires pour procéder à la vérification prévue à ce même article, sous la forme d'une simple interrogation.

« Un décret en Conseil d'État, pris après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, fixe les modalités d'application du présent article. Il précise notamment :

« – les catégories de données enregistrées et leur durée de conservation ;

« – les destinataires habilités à recevoir communication de ces données, notamment les personnes dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public en ligne ;

« – les conditions dans lesquelles les personnes intéressées peuvent exercer, auprès de la Haute Autorité, leur droit d'accès aux données les concernant conformément aux dispositions de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

« *Art. L. 331-35.* – Un décret en Conseil d'État fixe 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.

« *Sous-section 3*

« *Mission d'encouragement de l'offre légale et d'observation de l'utilisation illicite d'œuvres et d'objets protégés par un droit d'auteur ou par un droit voisin sur internet*

« *Art. L. 331-36.* – Au titre de sa mission d'encouragement au développement de l'offre commerciale légale et d'observation de l'utilisation illicite des œuvres et des objets protégés par un droit d'auteur ou par un droit voisin sur les réseaux de communication au public en ligne, la Haute Autorité publie régulièrement des indicateurs dont la liste est fixée par décret.

« Dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État, la Haute Autorité attribue aux offres commerciales proposées par des personnes dont l'activité est d'offrir un service

de communication au public en ligne un label permettant aux usagers de ce service d'identifier clairement le caractère légal de ces offres.

« Elle évalue, en outre, les expérimentations conduites par les professionnels concernés dans le domaine des technologies de reconnaissance des contenus et de filtrage et rend compte des principales évolutions constatées dans ce domaine, dans le cadre du rapport prévu à l'article L. 331-13-1. »

Article 3

La section 3 du chapitre I^{er} du titre III du livre III de la première partie du code de la propriété intellectuelle, dans sa rédaction résultant de l'article 2, est complétée par une sous-section 4 intitulée : « Mission de régulation et de veille dans le domaine des mesures techniques de protection et d'identification des œuvres et des objets protégés » qui comprend les articles L. 331-37 à L. 331-43.

Article 4

Le 4^o de l'article L. 332-1 et l'article L. 335-12 du code de la propriété intellectuelle sont abrogés.

Article 4 bis (nouveau)

L'intitulé du chapitre VI du titre III du livre III de la première partie du code de la propriété intellectuelle est ainsi rédigé : « Prévention du téléchargement et de la mise à disposition illicites d'œuvres et d'objets protégés ».

Article 5

L'article L. 336-2 du code de la propriété intellectuelle est ainsi rédigé :

« *Art. L. 336-2.* – En présence d'une atteinte à un droit d'auteur ou à un droit voisin occasionnée par le contenu d'un service de communication au public en ligne, le tribunal de grande instance, statuant le cas échéant en la forme des référés, peut ordonner à la demande des titulaires de droits sur les œuvres et objets protégés, de leurs ayants droit, des sociétés de perception et de répartition des droits visées à l'article L. 321-1 ou des organismes de défense professionnelle visés à l'article L. 331-1, toutes mesures propres à prévenir ou à faire cesser une telle atteinte à un droit d'auteur ou un droit voisin, à l'encontre de toute personne susceptible de contribuer à y remédier. »

Article 6

Le chapitre VI du titre III du livre III de la première partie du code de la propriété intellectuelle est complété par deux articles L. 336-3 et L. 336-4 ainsi rédigés :

« *Art. L. 336-3.* – La personne titulaire de l'accès à des services de communication au public en ligne a l'obligation de veiller à ce que cet accès ne fasse pas l'objet d'une utilisation à des fins de reproduction, de représentation, de mise à disposition ou de communication au public d'œuvres ou d'objets protégés par un droit d'auteur ou par un droit voisin sans l'autorisation des titulaires des droits prévus aux livres I^{er} et II lorsqu'elle est requise.

« Le fait, pour cette personne, de manquer à l'obligation définie au premier alinéa peut donner lieu à sanction, dans les conditions définies par l'article L. 331-25.

« La responsabilité du titulaire de l'accès ne peut être retenue dans les cas suivants :

« 1° Si le titulaire de l'accès a mis en œuvre l'un des moyens de sécurisation figurant sur la liste mentionnée à l'article L. 331-30 ;

« 2° Si l'atteinte aux droits visés au premier alinéa est le fait d'une personne qui a frauduleusement utilisé l'accès au service de communication au public en ligne, à moins que cette personne ne soit placée sous l'autorité ou la surveillance du titulaire de l'accès ;

« 3° En cas de force majeure.

« *Art. L. 336-4 (nouveau).* – Le titulaire de droits visés aux livres I^{er} 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. »

Article 7

L'article L. 342-3-1 du code de la propriété intellectuelle est ainsi modifié :

1° À la fin du second alinéa, les mots : « aux articles L. 331-8 et suivants » sont

remplacés par les mots : « au 2° de l'article L. 331-37 et aux articles L. 331-7 à L. 331-10 et L. 331-39 à L. 331-41 » ;

2° Au dernier alinéa, les mots : « l'Autorité de régulation des mesures techniques prévue à l'article L. 331-17 » sont remplacés par les mots : « la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet prévue à l'article L. 331-12 ».

Article 7 bis (nouveau)

Le Centre national de la cinématographie est chargé d'élaborer, avant le 30 juin 2009, un système de référencement, par les logiciels permettant de trouver des ressources sur les réseaux de communication électronique, favorable au développement des offres légales d'œuvres et d'objets protégés par un droit d'auteur ou des droits voisins.

Chapitre II

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

Article 8

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 est complété par un alinéa ainsi rédigé :

« Les personnes visées à l'alinéa précédent les informent également de l'existence de moyens de sécurisation permettant de prévenir les manquements à l'obligation définie à l'article L. 336-3 du code de la propriété intellectuelle et leur proposent au moins un de ces moyens figurant sur la liste mentionnée à l'article L. 331-30 du même code. »

Chapitre III

Dispositions modifiant le code des postes
et des communications électroniques

Article 9

À la première phrase du II de l'article L. 34-1 du code des postes et des communications électroniques, après les mots : « infractions pénales », sont insérés les mots : « ou d'un manquement à l'obligation définie à l'article L. 336-3 du code de la propriété intellectuelle » et après les mots : « l'autorité judiciaire », sont insérés les mots : « ou de la Haute Autorité mentionnée à l'article L. 331-12 du code de la propriété

intellectuelle ».

Chapitre III *bis*

Dispositions modifiant le code de l'éducation

[Division et intitulé nouveaux]

Article 9 *bis* (nouveau)

L'article L. 312-9 du code de l'éducation est complété par un alinéa ainsi rédigé :

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

Chapitre III *ter*

Dispositions modifiant le code de l'industrie cinématographique

[Division et intitulé nouveaux]

Article 9 *ter* (nouveau)

Le titre II du code de l'industrie cinématographique est complété par un chapitre IV ainsi rédigé :

« Chapitre IV

« Délais d'exploitation des œuvres cinématographiques

« Art. 30-4. – Aucune œuvre cinématographique ne peut, à compter de la date de sa sortie en salles de spectacles cinématographiques, faire l'objet d'une exploitation sous forme de vidéogrammes destinés à la vente ou à la location pour l'usage privé du public avant l'expiration d'un délai convenu par voie d'accord professionnel entre une ou plusieurs organisations professionnelles du secteur du cinéma et une ou plusieurs organisations professionnelles du secteur de la vidéo. Cet accord peut être rendu obligatoire pour l'ensemble des intéressés des secteurs d'activité concernés dans les conditions prévues à l'article 30-7.

« À compter du 31 mars 2009, un décret prévoit un délai applicable de plein droit à défaut d'accord professionnel rendu obligatoire.

« *Art. 30-5.* – Le contrat conclu par un éditeur de services de médias audiovisuels à la demande ou de services de télévision pour l'acquisition de droits relatifs à la mise à disposition du public ou à la diffusion d'une œuvre cinématographique prévoit le délai au terme duquel cette mise à disposition ou cette diffusion peut intervenir.

« Lorsqu'il existe un accord professionnel portant sur le délai applicable aux modes d'exploitation précités, le délai prévu par cet accord s'impose aux éditeurs de services et aux membres des organisations professionnelles signataires. Cet accord peut porter sur une ou plusieurs catégories de services. Il peut être rendu obligatoire pour l'ensemble des intéressés des secteurs d'activité et des éditeurs de services concernés dans les conditions prévues à l'article 30-7.

« Un décret prévoit un délai applicable de plein droit, à défaut d'accord professionnel rendu obligatoire, pour la mise à disposition du public d'une œuvre cinématographique par un éditeur de services de médias audiovisuels à la demande.

« *Art. 30-6.* – Le contrat conclu par un éditeur de services de télévision pour l'acquisition de droits relatifs à la mise à disposition du public ou à la diffusion d'une œuvre cinématographique prévoit le délai au terme duquel cette mise à disposition ou cette diffusion peut intervenir.

« Lorsqu'il existe un accord professionnel portant sur le délai applicable aux modes d'exploitation précités, le délai prévu par cet accord s'impose aux éditeurs de services et aux membres des organisations professionnelles signataires. Cet accord peut porter sur une ou plusieurs catégories de services. Il peut être rendu obligatoire pour l'ensemble des intéressés des secteurs d'activité et des éditeurs de services concernés dans les conditions prévues à l'article 30-7.

« *Art. 30-7.* – Les accords professionnels mentionnés aux articles 30-4 et 30-5 peuvent être rendus obligatoires par arrêté du ministre chargé de la culture à la condition d'avoir été signés par des organisations professionnelles représentatives du secteur du cinéma et, selon les cas :

« – une ou plusieurs organisations professionnelles représentatives du ou des secteurs concernés ;

« – une ou plusieurs organisations professionnelles représentatives du ou des secteurs concernés et un ensemble d'éditeurs de services représentatifs d'une ou plusieurs catégories de services ;

« – un ensemble d'éditeurs de services représentatifs d'une ou plusieurs catégories de services.

« La représentativité d'une organisation professionnelle ou d'un ensemble d'éditeurs de services s'apprécie notamment au regard du nombre d'opérateurs concernés ou de leur importance sur le marché considéré. S'il y a lieu de déterminer la représentativité d'une organisation professionnelle ou d'un ensemble d'éditeurs de services, ceux-ci fournissent au ministre chargé de la culture les éléments d'appréciation dont ils disposent.

« *Art. 30-8.* – Sont passibles de la sanction prévue au 2° de l'article 13 :

« 1° Le non-respect, lorsqu'il est applicable de plein droit, du délai prévu par le décret mentionné au second alinéa de l'article 30-4 et au troisième alinéa de l'article 30-5 ;

« 2° Le non-respect du délai prévu par un accord professionnel rendu obligatoire dans les conditions prévues à l'article 30-7. »

Article 9 quater (nouveau)

Dans un délai de six mois à compter de l'entrée en vigueur de la présente loi, les organisations professionnelles du secteur du phonogramme s'accordent par voie d'accord professionnel sur la mise en place d'un standard de mesures techniques assurant l'interopérabilité des fichiers musicaux et sur la mise à disposition de catalogues d'œuvres musicales en ligne sans mesures techniques de protection.

Chapitre IV

Dispositions diverses

Article 10

I. – Un décret en Conseil d'État prévoit les modalités selon lesquelles les obligations auxquelles sont soumises, en application des articles L. 331-29, L. 331-31 et L. 331-32 du code de la propriété intellectuelle, les personnes dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public en ligne entrent en vigueur, notamment en ce qui concerne les contrats en cours.

II. – L’Autorité de régulation des mesures techniques exerce les attributions qui lui sont confiées par le code de la propriété intellectuelle dans sa rédaction antérieure à la publication de la présente loi jusqu’à la première réunion de la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet.

III. – Les procédures en cours devant l’Autorité de régulation des mesures techniques à la date de la première réunion de la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet sont poursuivies de plein droit devant le collège de la Haute Autorité.

Article 10 bis (nouveau)

I. – Sont abrogés :

1° L’article 89 de la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle ;

2° L’article 70-1 ainsi que les troisième et quatrième alinéas de l’article 79 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.

II. – Par dérogation au 1° du I et jusqu’à la date d’entrée en vigueur du décret mentionné au second alinéa de l’article 30-4 du code de l’industrie cinématographique dans sa rédaction issue de la présente loi ou la date d’entrée en vigueur d’un arrêté du ministre chargé de la culture pris en application du premier alinéa de l’article 30-7 du même code dans sa rédaction issue de la présente loi, les dispositions de l’article 89 de la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 précitée reste applicable. Le non-respect de ces dispositions est passible de la sanction prévue à l’article 30-8 du même code dans sa rédaction issue de la présente loi.

Article 11

I. – La présente loi est applicable sur l’ensemble du territoire de la République, à l’exception de la Polynésie française.

II. – L’article L. 811-1 du code de la propriété intellectuelle est ainsi modifié :

1° Les mots : « à Mayotte à l’exception du quatrième alinéa de l’article L. 335-4 et des articles L. 133-1 à L. 133-4 et sous réserve des adaptations prévues aux articles suivants. Sous la même réserve, elles sont applicables » et les mots : « , dans les Terres australes et antarctiques françaises » sont supprimés ;

2° Après le premier alinéa, sont insérés deux alinéas ainsi rédigés :

« Ne sont pas applicables à Mayotte les articles L. 133-1 à L. 133-4, ainsi que le quatrième alinéa de l'article L. 335-4.

« Ne sont pas applicables dans les Terres australes et antarctiques françaises les articles L. 133-1 à L. 133-4, L. 421-1 à L. 422-13 et L. 423-2, ainsi que le quatrième alinéa de l'article L. 335-4. »

II. Loi no 2009-1311 du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire (« loi Hadopi 2 »)

JORF n°0251 du 29 octobre 2009 page 18290

LOI n° 2009-1311 du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet (1)

L'Assemblée nationale et le Sénat ont adopté,

Vu la décision du Conseil constitutionnel n° 2009-590 DC du 22 octobre 2009 ;

Le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit :

Article 1

Après l'article L. 331-21 du code de la propriété intellectuelle, dans sa rédaction issue de la loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet, il est inséré un article L. 331-21-1 ainsi rédigé :

« Art.L. 331-21-1.-Les membres de la commission de protection des droits, ainsi que ses agents habilités et assermentés devant l'autorité judiciaire mentionnés à l'article L. 331-21, peuvent constater les faits susceptibles de constituer des infractions prévues au présent titre lorsqu'elles sont punies de la peine complémentaire de suspension de l'accès à un service de communication au public en ligne mentionnée aux articles L. 335-7 et L. 335-7-1.

« Ils peuvent en outre recueillir les observations des personnes concernées. Il est fait mention de ce droit dans la lettre de convocation.

« Lorsque les personnes concernées demandent à être entendues, ils les convoquent et les entendent. Toute personne entendue a le droit de se faire assister d'un conseil de son choix.

« Une copie du procès-verbal d'audition est remise à la personne concernée. »

Article 2

Le code de la propriété intellectuelle, dans sa rédaction issue de la loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 précitée, est ainsi modifié :

1° Le dernier alinéa de l'article L. 331-22 est supprimé ;

2° L'article L. 331-25 est abrogé.

Article 3

Le code de la propriété intellectuelle, dans sa rédaction issue de la loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 précitée, est ainsi modifié :

1° L'article L. 331-26 est ainsi modifié :

a) La première phrase du premier alinéa est complétée par les mots : « et l'avertissant des sanctions encourues en application des articles L. 335-7 et L. 335-7-1 » ;

b) A la dernière phrase du deuxième alinéa, le mot : « peut » est remplacé par le mot : « doit » et les mots : « d'envoi » sont remplacés par les mots : « de présentation » ;

2° La seconde phrase du premier alinéa de l'article L. 331-35 est complétée par les mots : « et en application de l'article L. 335-7-1 ».

Article 4

L'article L. 331-36 du même code, dans sa rédaction issue de la loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 précitée, est complété par un alinéa ainsi rédigé :

« La personne dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public en ligne est tenue d'informer la commission de protection des droits de la date à laquelle elle a débuté la suspension ; la commission procède à l'effacement des données à caractère personnel relatives à l'abonné dès le terme de la période de suspension. »

Article 5

Au deuxième alinéa de l'article L. 331-37 du même code, dans sa rédaction issue de la loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 précitée, les mots : « et de tous les actes de procédure afférents » sont remplacés par les mots : «, de tous les actes de procédure afférents et des modalités de l'information des organismes de défense professionnelle et des sociétés de perception et de répartition des droits des éventuelles saisines de l'autorité judiciaire ainsi que des notifications prévues au cinquième alinéa de l'article L. 335-7 ».

Article 6

I. — Après le onzième alinéa(9°) de l'article 398-1 du code de procédure pénale, il est inséré un 10° ainsi rédigé :

10° Les délits prévus aux articles L. 335-2, L. 335-3 et L. 335-4 du code de la propriété intellectuelle, lorsqu'ils sont commis au moyen d'un service de communication au public en ligne.

II. — Après l'article 495-6 du même code, il est inséré un article 495-6-1 ainsi rédigé :

Art. 495-6-1.-Les délits prévus aux articles L. 335-2, L. 335-3 et L. 335-4 du code de la propriété intellectuelle, lorsqu'ils sont commis au moyen d'un service de communication au public en ligne, peuvent également faire l'objet de la procédure simplifiée de l'ordonnance pénale prévue par la présente section.

[Dispositions déclarées non conformes à la Constitution par la décision du Conseil constitutionnel n° 2009-590 DC du 22 octobre 2009.]

Article 7

Après l'article L. 335-6 du code de la propriété intellectuelle, il est rétabli un article L. 335-7 ainsi rédigé :

« Art.L. 335-7.-Lorsque l'infraction est commise au moyen d'un service de communication au public en ligne, les personnes coupables des infractions prévues aux articles L. 335-2, L. 335-3 et L. 335-4 peuvent en outre être condamnées à la peine complémentaire de suspension de l'accès à un service de communication au public en ligne pour une durée maximale d'un an, assortie de l'interdiction de souscrire pendant la même période un autre contrat portant sur un service de même nature auprès de tout opérateur.

« Lorsque ce service est acheté selon des offres commerciales composites incluant d'autres types de services, tels que services de téléphonie ou de télévision, les décisions de suspension ne s'appliquent pas à ces services.

« La suspension de l'accès n'affecte pas, par elle-même, le versement du prix de l'abonnement au fournisseur du service.L'article L. 121-84 du code de la consommation n'est pas applicable au cours de la période de suspension.

« Les frais d'une éventuelle résiliation de l'abonnement au cours de la période de suspension sont supportés par l'abonné.

« Lorsque la décision est exécutoire, la peine complémentaire prévue au présent article est portée à la connaissance de la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet, qui la notifie à la personne dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public en ligne afin qu'elle mette en œuvre, dans un délai de quinze jours au plus à compter de la notification, la suspension à l'égard de l'abonné concerné.

« Le fait, pour la personne dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public en ligne, de ne pas mettre en œuvre la peine de suspension qui lui a été notifiée est puni d'une amende maximale de 5 000 €.

« Le 3° de l'article 777 du code de procédure pénale n'est pas applicable à la peine complémentaire prévue par le présent article. »

Article 8

Après l'article L. 335-6 du même code, il est inséré un article L. 335-7-1 ainsi rédigé :

« Art.L. 335-7-1.-Pour les contraventions de la cinquième classe prévues par le présent code, lorsque le règlement le prévoit, la peine complémentaire définie à l'article L. 335-7 peut être prononcée selon les mêmes modalités, en cas de négligence caractérisée, à l'encontre du titulaire de l'accès à un service de communication au public en ligne auquel la commission de protection des droits, en application de l'article L. 331-25, a préalablement adressé, par voie d'une lettre remise contre signature ou de tout autre moyen propre à établir la preuve de la date de présentation, une recommandation l'invitant à mettre en œuvre un moyen de sécurisation de son accès à internet.

« La négligence caractérisée s'apprécie sur la base des faits commis au plus tard un an après la présentation de la recommandation mentionnée à l'alinéa précédent.

« Dans ce cas, la durée maximale de la suspension est d'un mois.

« Le fait pour la personne condamnée à la peine complémentaire prévue par le présent article de ne pas respecter l'interdiction de souscrire un autre contrat d'abonnement

à un service de communication au public en ligne pendant la durée de la suspension est puni d'une amende d'un montant maximal de 3 750 €. »

Article 9

Après l'article L. 335-6 du même code, il est inséré un article L. 335-7-2 ainsi rédigé :

« Art. L. 335-7-2. - Pour prononcer la peine de suspension prévue aux articles L. 335-7 et L. 335-7-1 et en déterminer la durée, la juridiction prend en compte les circonstances et la gravité de l'infraction ainsi que la personnalité de son auteur, et notamment l'activité professionnelle ou sociale de celui-ci, ainsi que sa situation socio-économique. La durée de la peine prononcée doit concilier la protection des droits de la propriété intellectuelle et le respect du droit de s'exprimer et de communiquer librement, notamment depuis son domicile. »

Article 10

Le dernier alinéa de l'article L. 336-3 du code de la propriété intellectuelle, dans sa rédaction issue de la loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 précitée, est complété par les mots : «, sous réserve des articles L. 335-7 et L. 335-7-1 ».

Article 11

Le premier alinéa de l'article 434-41 du code pénal est complété par les mots : «, d'interdiction de souscrire un nouveau contrat d'abonnement à un service de communication au public en ligne résultant de la peine complémentaire prévue en matière délictuelle par l'article L. 335-7 du code de la propriété intellectuelle ».

Article 12

I. — Le code de la propriété intellectuelle, dans sa rédaction issue de la loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 précitée, est ainsi modifié :

1° A l'article L. 331-17, la référence : « L. 331-26 » est remplacée par la référence : « L. 331-25 » ;

2° Aux articles L. 331-5, L. 331-6, L. 331-7, L. 331-41, L. 331-44 et L. 342-3-1, la référence : « L. 331-39 » est remplacée par la référence : « L. 331-31 » ;

3° Aux articles L. 331-5 et L. 331-44, la référence : « L. 331-40 » est remplacée par

la référence : « L. 331-32 » ;

4° Aux articles L. 331-6, L. 331-39 et L. 342-3-1, les références : « L. 331-41 à L. 331-43 et L. 331-45 » sont remplacées par les références : « L. 331-33 à L. 331-35 et L. 331-37 » ;

5° Les articles L. 331-26, L. 331-32, L. 331-35, L. 331-36, L. 331-37, L. 331-38, L. 331-39, L. 331-40, L. 331-41, L. 331-42, L. 331-43, L. 331-44 et L. 331-45 deviennent respectivement les articles L. 331-25, L. 331-26, L. 331-27, L. 331-28, L. 331-29, L. 331-30, L. 331-31, L. 331-32, L. 331-33, L. 331-34, L. 331-35, L. 331-36 et L. 331-37.

II. — Au II de l'article 19 de la loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 précitée, la référence : « L. 331-45 » est remplacée par la référence : « L. 331-37 ».

III. — Au second alinéa du 1 du I de l'article 6 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, la référence : « L. 331-32 » est remplacée par la référence : « L. 331-26 ».

Article 13

La présente loi est applicable sur l'ensemble du territoire de la République, à l'exception de la Polynésie française.

La présente loi sera exécutée comme loi de l'Etat.

Fait à Paris, le 28 octobre 2009