

Revue

Lexbase Hebdo édition affaires n°452 du 28 janvier 2016

[Propriété intellectuelle] Événement

La HADOPI : 6 ans de réflexion ! — Compte rendu de la réunion du 2 décembre 2015 de la Commission ouverte Droit de la Propriété intellectuelle du barreau de Paris

N° Lexbase : N1117BWB



par Vincent Téchené, Rédacteur en chef de Lexbase Hebdo — édition affaires

La Commission ouverte de Droit de la Propriété intellectuelle (COMPI) a tenu, le 2 décembre 2015, une réunion sous la responsabilité de Maître Fabienne Fajgenbaum, Avocate au barreau de Paris, ayant pour thème "L'HADOPI : 6 ans de réflexion !", à laquelle sont intervenus Marie-Françoise Marais, Présidente de la HADOPI et membre désigné par la Cour de cassation, Pauline Blassel, Secrétaire générale, et Loïc Baud, Directeur du département diagnostics, recherche et développement de la HADOPI. Les éditions juridiques Lexbase, présentes à cet événement, vous en proposent un compte rendu.

Prolégomènes (par Marie-Françoise Marais, Présidente de la HADOPI et membre désigné par la Cour de cassation)

Le 14 janvier 2010, la Cour de cassation a rendu un important arrêt "Tiscali", dont Madame Marais était le rapporteur et qui fut très largement commenté (Cass. civ. 1, 14 janvier 2010, n° 06-18.855, FS-P+B N° Lexbase : A2918EQ7). Certains commentateurs y ont vu la consécration de la qualification d'éditeur. Or tel n'est pas l'exacte portée de cet arrêt.

Rappelons les faits : les éditeurs Dargaud Lombard et Lucky Comics, avisés par le Centre national de la lutte contre la délinquance de haute technologie, ont fait constater par huissier la présence de bandes dessinées numérisées dont elles détenaient les droits sur le site du fournisseur d'accès à internet (FAI) Tiscali. A leur demande d'identification de la personne à l'origine de la diffusion litigieuse, le FAI a fourni aux éditeurs une fiche d'identification inexploitable contenant les informations suivantes à valeur simplement déclarative :

" — Nom : Bande

— Prénom : Dessinée

— Date de naissance : 25/03/1980

— Adresse : rue de la BD

— Code postal : 1000

— Ville : Bruxelles"

A défaut de pouvoir agir contre l'internaute, les ayants droit se sont retournés contre la société Tiscali, avec succès.

L'arrêt de la Cour de cassation, qui n'est qu'un arrêt de rejet, énonce : "*attendu que l'arrêt relève que la société Tiscali média a offert à l'internaute de créer ses pages personnelles à partir de son site et proposé aux annonceurs de mettre en place, directement sur ces pages, des espaces publicitaires payants dont elle assurait la gestion ; que par ces seules constatations souveraines faisant ressortir que les services fournis excédaient les simples fonctions techniques de stockage, visées par l'article 43-8 de la loi du 30 septembre 1986 (loi n° 86-1067 N° Lexbase : L8240AGB) dans sa rédaction issue de la loi du 1er août 2000 (loi n° 2000-719 N° Lexbase : L1233All) applicable aux faits dénoncés, de sorte que ladite société ne pouvait invoquer le bénéfice de ce texte, la décision de la cour d'appel est légalement justifiée*".

Ainsi, la Cour de cassation n'a nullement qualifié la société Tiscali d'éditeur du site, même de façon implicite, (re-levons au passage que la notion d'éditeur de site fait encore l'objet d'âpres discussions) mais s'est bornée à énoncer que les constatations souverainement faites par la cour d'appel avait permis à cette dernière de considérer que les activités de la société Tiscali ne s'étaient pas limitées à de simples opérations techniques, "*de simples opérations de stockage*", qui lui eussent permis de revendiquer le statut particulier reconnu auxdits prestataires techniques.

La portée de l'arrêt n'est donc pas celle que certains ont voulu lui donner.

La HADOPI : 6 ans de réflexion !

– Propos introductifs (par Marie-Françoise Marais, Présidente de la HADOPI)

La création de la Haute autorité a été hautement conflictuelle, si bien que lors de son installation en janvier 2010, d'aucuns prédisaient sa rapide disparition. Il n'aura fallu pas moins de treize décrets pour que cette institution devienne pleinement opérationnelle.

En novembre 2015, la HADOPI a rendu son cinquième rapport d'activité (HADOPI, rapport d'activité 2015-2015) et ce rapport qui est le dernier du mandat de Madame Marais est en fait, selon elle, le premier : "*Le premier à ne pas tomber au milieu d'un champ de bataille. Le premier à ne pas allumer ou éteindre une polémique. Le premier lors duquel l'institution n'a pas besoin de se défendre dans un trop long procès en légitimité, pas besoin de lutter pour la survie de ses missions, pas besoin d'expliquer qu'elle n'est ni le soldat des ayants droit, ni le fils caché de la Quadrature du Net*".

En six ans, tout lui a été promis : sa suppression, son remplacement, sa fusion, son transfert, indépendamment de son asphyxie. Mais la HADOPI a tenu bon. Son existence n'est pas remise en cause, sa suppression n'est pas à l'ordre du jour.

La Haute autorité est composée, d'une part, d'un Collège et, d'autre part, d'une **Commission de protection des droits (CPD)** dont la mission est de mettre en œuvre la réponse graduée. La réponse graduée répond à la contravention de cinquième classe de négligence caractérisée. L'abonné doit s'assurer que sa connexion internet ne sert pas à des actes de piratage, quelle que soit l'identité du pirate. Il engage sa responsabilité lorsque de tels actes sont réalisés à partir de son accès internet.

La réponse graduée consiste en :

- l'envoi par *email* d'une première recommandation qui est un rappel à la loi ;
- en cas de réitération dans les six mois, une seconde recommandation est adressée par *email* accompagnée d'une lettre recommandée avec accusé de réception ;
- en cas de réitération dans l'année qui suit, est notifiée la possibilité de voir le dossier être transmis au Parquet. Si l'abonné se manifeste et prend l'engagement de prendre des mesures qui s'imposent pour éviter d'autres réitérations, et si cet engagement est suivi d'effet, le dossier sera classé.

La CPD a constaté que la mauvaise foi de certains internautes n'était pas avérée, de sorte qu'en lieu et place d'une coûteuse lettre recommandée, il leur est adressé une lettre simple lors de la deuxième recommandation. Plus de 40 000 lettres simples ont été adressées depuis le mois d'avril 2015 avec un certain succès : 70 % des destinataires défèreraient au rappel à la loi. La présidente de la CPD, Madame Mireille Imbert-Quareta, s'est inscrite dans un

mouvement de sensibilisation et non dans une optique de sanction à tout crin, positions dont les effets semblent plutôt positifs. Depuis le début de l'activité de l'institution, 540 dossiers ont été transmis aux tribunaux avec des succès variables. A la connaissance de la HADOPI, qui n'est pas nécessairement informée de l'issue des dossiers, il y a eu une trentaine de condamnations qui vont du rappel à la loi à 800 euros d'amende, parfois avec sursis. Il n'en demeure pas moins que les dossiers de réponse graduée sont très complexes. Aujourd'hui à peu de choses près, tous les Parquets ont eu à connaître d'une affaire de négligence caractérisée, même si peu d'infractions ont réellement été poursuivies par le ministère public.

Certains discours sur la vocation de l'institution ou sur le sort des enjeux qu'elle traite doivent être démentis. Qui croit sincèrement que s'opposent seulement les profits d'industries strictement lucratives à d'innocents passionnés de la culture ? Qui croit encore que s'oppose simplement la liberté de création à un système mafieux organisé ? La vérité est extrêmement plus complexe et la vocation de la HADOPI reste de réconcilier la culture et son public sur internet. La conciliation du droit de propriété et de celui d'un accès libre à la culture dépasse largement les querelles statistiques et comptables infligées depuis cinq ans.

Le Collège de la HADOPI exerce trois missions inscrites dans la loi "Création et Internet" (loi n° 2009-669, 12 juin 2009, favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet N° Lexbase : L3432IE) :

- encourager le développement de l'offre légale (pédagogie auprès des jeunes utilisateurs et aide des jeunes entrepreneurs) et observer l'utilisation licite et illicite des œuvres sur internet ;
- protéger les œuvres à l'égard des atteintes aux droits qui leur sont attachés (excepté la mission de réponse graduée qui incombe à la Commission de protection des droits) ;
- réguler l'usage des mesures techniques de protection.

La HADOPI a un rôle pionnier. Le secteur de la culture est confronté depuis des années à une transformation profonde : des acteurs économiques exploitent des œuvres culturelles sans les posséder et sans contribuer à leur financement. Ceci pose des problèmes d'équité fiscale, de pérennité des modes de financement et de responsabilité des intermédiaires. Or, la culture a été la première à se heurter à ces problèmes mais n'est plus aujourd'hui la seule. Les problématiques posées par des plateformes telles que Uber, Airbnb ou encore Alibaba sont les mêmes. Le secteur culturel devient le laboratoire d'une évolution qui est en train de transformer toute la société, sans en connaître les impacts économiques et sociaux.

Nous sommes rentrés dans une économie de l'intelligence car il n'est plus question de modèle ou de standardisation mais au contraire de différenciation. Il est dès lors indispensable d'observer, de rechercher et d'analyser. La HADOPI, avec ses modestes moyens, agit en ce sens : elle a créé notamment à cette fin un département de recherche et de développement et développé une véritable expertise sur les enjeux culturels en ligne.

La HADOPI a vocation à devenir un observatoire d'excellence et, par son indépendance, un tiers de confiance susceptible d'apporter une expertise aux parties qui en ont besoin, de nature à leur permettre d'éclairer leurs stratégies et de développer leurs activités. La Haute autorité a en main toutes les cartes nécessaires pour le faire : un budget certes limité mais conforté, un dialogue rétabli avec ses interlocuteurs et surtout l'expérience et la compétence de ses agents.

– **Sur la mission d'encouragement du développement de l'offre légale (par Pauline Blassel, Secrétaire générale de la HADOPI)**

La mission d'encouragement au développement de l'offre légale et d'observation de l'utilisation licite et illicite (C. prop. intell., art. L. 331-13 N° Lexbase : L3529IEG) est extrêmement générale dans son énoncé et dans ses modalités d'application. Elle est pourtant lourde de sens puisqu'elle fonde l'esprit de la loi, c'est-à-dire cette logique d'équilibre entre la protection des droits et le développement de l'offre. Cette mission a été ajoutée par le Sénat pour traduire cette idée d'équilibre et répondre aux attentes des consommateurs qui se plaignaient de ne pas pouvoir respecter le droit d'auteur en raison d'une offre légale insatisfaisante.

Afin de remplir sa mission d'encouragement au développement de l'offre légale, le seul outil donné à l'origine à la HADOPI fut la possibilité de labelliser les offres. La lecture de cette mission résidait donc exclusivement dans la nécessité d'aider les plateformes dans leur promotion. La HADOPI a retenu une interprétation qui consistait à faire la publicité de l'offre légale *via* des campagnes de publicité et la mise en place de ce label. Celui-ci dépendait d'une procédure relativement lourde, notamment pour les petites plateformes, puisqu'elles devaient publier l'intégralité de leur catalogue. Ces deux moyens d'accompagnement d'un marché ont rapidement montré leurs limites et, d'une manière générale, toutes les démarches qui tendaient à faire la publicité de l'offre légale par la HADOPI étaient

profondément contreproductives car elles pâtissaient d'une image plutôt négative. Par ailleurs, le label n'offrait aucun avantage, notamment en termes financier ou de référencement. Ainsi, dans la pratique, les plateformes ne demandaient pas le label et, quand bien même elles l'acceptaient, elles refusaient de le faire figurer sur leur site.

Pour remédier à cette situation, la HADOPI est revenue aux objectifs de cette mission, à savoir répondre à la demande du consommateur d'identification des offres légales. Elle a également mesuré, à cette occasion, que la logique d'équilibre voulue par le Sénat dépassait la multitude de cas pratiques mais consistait en fait à rapprocher des libertés essentielles que sont l'accès à la culture et le droit de propriété. Mettant de côté le développement du marché, la HADOPI s'est alors concentrée sur le consommateur.

Concrètement, sans outils légaux particuliers, la HADOPI a mis en place un système permettant aux consommateurs qui ne trouvent pas les œuvres qui les intéressent sur internet d'écrire à l'institution pour que ses services les cherchent à leur place. Lorsque l'œuvre n'est pas disponible sur une plateforme légale de téléchargement, elle sollicite les ayants droit pour les avertir de la demande sur cette œuvre et informe les consommateurs des raisons de son indisponibilité (chronologie des médias, absence de demande, œuvre non numérisée...). Ce service a rencontré un vrai succès.

Parallèlement, la HADOPI a abandonné le terme "label pur", tout en maintenant la procédure de labellisation (puisqu'il s'agit d'une obligation légale) à travers le "label offre légale HADOPI". Puis elle a mis en place un autre système de labellisation inspiré de la loi : "les offres pouvant être regardées comme étant légales". En effet, déterminer le caractère licite d'un service s'avère complexe pour différentes raisons. Par exemple, ce n'est pas parce qu'il existe un problème de rémunération des auteurs pour quelques œuvres que l'ensemble de la plateforme est illicite. Toute qualification formelle est donc très compliquée à obtenir. La HADOPI a ainsi pris le parti de raisonner sur un faisceau d'indices et d'opter pour une qualification très souple de la licéité des sites (mentions légales, nombre de formulaires de signalements d'atteintes au droit d'auteur, insertion dans un écosystème légal...). C'est sur cette présomption de licéité que la HADOPI a fondé son nouvel outil de recensement qui ne liste pas seulement les plateformes labellisées mais l'ensemble des plateformes qui semblent respecter des critères convaincants de licéité.

– Les aspects techniques (par Loïc Baud, Directeur du département diagnostics, recherche et développement de la HADOPI)

— Sur la mission d'observation

Il s'est avéré nécessaire avant toute chose de poser des définitions sur des termes pour lesquels de véritables confusions existaient, confusions dues à la différence entre la réalité et la perception de l'objet, qui conduisent à des conséquences juridiques importantes.

Tel est notamment le cas des opérations de téléchargement et de *streaming* dont le sens dans l'usage et le sens réel, technique, sont différents. Par exemple, penser, comme la très grande majorité des usagers que Youtube est un site de *streaming*, est techniquement une erreur. En effet, il s'agit d'un téléchargement en continu qui est stocké dans un fichier cache avec, derrière, une lecture en continue moins rapide que le téléchargement donnant ainsi une apparence de *streaming* (*progressive download*).

Il existe également une confusion entre les modes de diffusion et les supports de diffusion. Souvent téléchargement et *streaming* étaient opposés au *peer to peer*, alors que cette comparaison n'a pas de sens, puisqu'il est possible de faire du téléchargement et du *streaming* sur du *peer to peer* comme il est possible de le faire sur le *web*.

Une fois que cette palette de nuances a été posée, il s'est avéré nécessaire d'effectuer des mesures des usages et des contenus. Pour ce faire, la mission d'observation a privilégié une approche de mesure à la périphérie du réseau. Le souci est que cela suppose des mesures forcément spécifiques et dédiées, c'est-à-dire que pour chaque usage, il est nécessaire de développer un nouveau protocole d'observation.

— Sur le fonctionnement technique de la réponse graduée

Sur le réseau *peer to peer*, le point de départ est un constat transmis à la HADOPI par les ayants droit. Ceux-ci se placent comme un internaute lambda : ils demandent à l'utilisateur d'envoyer l'œuvre en question. La réception de cette œuvre ou de ce morceau d'œuvre prouve que l'utilisateur a mis à disposition une œuvre protégée sur un réseau *peer to peer*. Le constat résulte donc d'un échange classique entre utilisateurs. L'adresse IP est horodatée. S'il y a eu quelques doutes sur la fiabilité des IP collectées, le protocole mis en place par les ayants droit qui prévoit toute une série d'échanges entre la machine de l'ayant droit et celle de l'abonné garantit quasiment à coup sûr l'exactitude de l'IP et de l'identité de la personne correspondante.

Des critiques furent également émises en raison du risque pour les ayants droit de se tromper de fichier. C'est pourquoi la HADOPI a mis en place, dès le départ, un programme codé en interne, qui consiste à vérifier que le bout de fichier transmis dans le constat fait bien partie d'un fichier appartenant à l'abonné. Ainsi, avant toute transmission au Parquet, il est vérifié, pour tous les constats, le caractère contrefaisant du bout de fichier.

Ce système technique spécifiquement dédié à la réponse graduée est particulièrement efficace et la réponse graduée, elle-même, est adaptée aux problèmes liés au *peer to peer* qu'elle est censée traiter. Son but n'est pas de faire tomber les gros pirates mais de faire comprendre avec pédagogie aux pirates dont la mauvaise foi n'est pas aussi patente que leur activité est illicite et qu'il ne s'agit pas d'une consommation "classique" de biens culturels.

– **Propos conclusifs (par Marie-Françoise Marais, Présidente de la HADOPI)**

On perçoit l'importance des différentes missions mise en place et le souhait manifeste du législateur de respecter un équilibre entre elles.

Il n'en demeure pas moins que le pouvoir de régulation reconnu à la HADOPI dans le domaine des MTP (mesures techniques de protection) :

- qu'il s'agisse de veiller à ce que la mise en œuvre de ces mesures techniques de protection, n'ait pas pour effet de priver les utilisateur du bénéfice de certaines exceptions (dont la plus connue est celle de copie privée) ,
- ou qu'il s'agisse de veiller à ce que ces mêmes mesures n'aient par pour conséquences, du fait de leur incompatibilité mutuelle ou de leur incapacité à interférer, d'entraîner des limitations supplémentaires à celles décidées par le titulaire de droits, va se trouver au cœur des discussions à venir.

La HADOPI n'a eu de cesse de dénoncer les pouvoirs trop limités pour lui permettre d'agir en la matière avec efficacité. Elle a, à plusieurs reprises, préconisé notamment l'extension des cas de saisine de la Haute autorité, notamment pour avis. Il lui paraîtrait également judicieux, d'envisager la possibilité d'une auto-saisine, afin de répondre aux nombreuses questions que soulèvent les MTP et le respect des exceptions. Ainsi, en matière d'interopérabilité, seuls les éditeurs de logiciels, les fabricants de systèmes techniques et tous exploitants de services peuvent, dans certaines conditions, saisir l'institution. Or, s'il est vrai que les consommateurs, pour l'instant, ne se sont pas manifestés sur ces problèmes, il faut bien reconnaître que la faculté de pouvoir lire sur l'ensemble de leurs supports de diffusion (tablettes, *smartphone* ou autre) les biens culturels qu'ils ont acquis à un prix somme toute élevé (par exemple comme les *Bluray*) constitue une question qu'il serait peut-être temps d'aborder, une telle question apparaissant naturellement légitime, quelle qu'en puisse être la réponse.

S'il apparaît de façon certaine que des modifications doivent être apportées pour permettre à l'institution de fonctionner avec une pleine efficacité, si son évolution est nécessaire, il n'en reste pas moins qu'en six ans la HADOPI a fait preuve, en dépit de nombreux détracteurs, de sa raison d'être et de l'intérêt qu'elle représente du fait même de sa spécificité et de l'expérience développée.