



*Contribution de l'UFC-Que Choisir à la Commission présidée par Monsieur
Denis Olivennes*

Nous souhaiterions en premier lieu rappeler notre stricte opposition à toute mesure répressive et/ou d'avertissement pré-répressif.

1- Nous considérons tout d'abord que la répression est illégitime et inefficace.

1-1- Les facteurs qui expliquent le copiage

Nous appuyant sur une étude économétrique menée par le laboratoire ADIS de l'Université Paris 11 menée sur un échantillon de 3000 individus, il ressort que la répression est inefficace.

Le tableau ci-dessous se lit de manière relativement simple. Il évalue les effets des différents facteurs étudiés sur le comportement de copiage (favorables/non favorables/neutres) à travers les trois types de tests (COP, INTCOP, INTCOP P2P). Le niveau de significativité de chacun des facteurs explicatifs est hiérarchisé par le nombre d'étoiles (* : peu significatif, ** : significatif, *** : très significatif).

Ainsi dans la première case de résultats figurent les facteurs ayant un effet significatif et positif sur la probabilité d'être copieur : l'entourage social, le copiage de logiciels et l'achat de CD et de DVD. Par exemple, l'entourage social de l'individu (le nombre de copieurs dans son réseau social) augmente très significativement la probabilité d'être un copieur.

Effets sur le comportement de copiage de MUSIQUE	Déterminants		
	probabilité d'être copieur modèle COP variable : q12	intensité du copiage modèle INTCOP variable : q15	intensité du copiage P2P modèle INTCOP P2P variable : q18r1
Favorables	<ul style="list-style-type: none"> - Entourage social*** - Copiage de logiciels*** - Achat de CD et de DVD** 	<ul style="list-style-type: none"> - Entourage social*** - Accès à la diversité culturelle*** - Expérience dans le copiage*** - Etre un homme*** - Taille du ménage** - Copiage de logiciels** 	<ul style="list-style-type: none"> - Entourage social *** - Accès à la diversité culturelle*** - Compétences Internet *** - Copiage de logiciels*** - Etre un homme**
Non favorables	<ul style="list-style-type: none"> - Disposition à payer pour des originaux (si copies disponibles)*** - Préoccupation éthique*** - Age (> 50 ans)** - Localisation (densité urbaine)* 	<ul style="list-style-type: none"> - Disposition à payer pour des originaux (si copies disponibles)*** - Age*** - Préoccupation éthique* 	<ul style="list-style-type: none"> - Disposition à payer pour des originaux (si copies disponibles)*** - Préoccupation éthique*** - Niveau d'études (élevé)*** - Age**
Neutres	<ul style="list-style-type: none"> - Compétences Internet - Niveau d'études - Perception des risques légaux et informatiques - Genre - Age (<50 ans) - PCS - Revenu - Taille du ménage 	<ul style="list-style-type: none"> - Achat de CD et de DVD - Perception des risques légaux et informatiques - Compétences Internet - Localisation (densité urbaine) - PCS - Revenu - Niveau d'études 	<ul style="list-style-type: none"> - Achat de CD et DVD - Perception des risques légaux et informatiques - Localisation (densité urbaine) - Expérience dans le copiage - PCS - Revenu - Niveau d'études (bas) - Taille du ménage

Commentaires :

- Le comportement de copiage est en premier lieu un comportement d'imitation des autres : plus le nombre de copieurs est important autour de l'individu, plus la probabilité qu'il soit copieur augmente et plus son activité de copiage est intense. Il y a dans ce sens un phénomène d'auto-renforcement des comportements.
- Le fait d'acheter des CD et des DVD augmente la probabilité d'être copieur. En d'autres termes, l'individu copie car il s'intéresse déjà à la musique et au CD comme vecteur d'accès.

En revanche, l'intensité de copiage toutes techniques confondues ou sur les réseaux P2P est indépendante du niveau des achats de CD et de DVD. Découvrir des œuvres, les tester, les échanger avec les proches ne dépend du niveau d'achat de CD et de DVD.

- Un résultat important et constant : l'intensité du copiage (hors et en ligne) augmente avec le désir d'accéder à une plus grande diversité de titres et de découvrir de nouveaux artistes.

- Plus l'individu est prêt à payer pour des originaux alors qu'il peut obtenir leurs copies, moins il sera tenté par le copiage et moins son activité de copiage sera intense. Ce résultat permet non seulement de vérifier la fiabilité des réponses recueillies, mais également de montrer que les individus sont rationnels. A ce propos, un test complémentaire a été effectué pour évaluer les déterminants de cette disposition à payer (voir 4.4.2).

- La préoccupation éthique (en particulier, l'idée que le copiage ne respecte pas le travail des artistes et peut menacer leurs revenus) diminue la propension à copier. En revanche, *celle-ci n'est nullement affectée par la perception du risque juridique ou technique associée à cette pratique*, aussi bien hors ligne qu'en ligne sur les réseaux P2P.

- Hormis l'âge et le genre ("être un homme"), les variables sociodémographiques (profession, revenu niveau d'études, lieu d'habitation) n'expliquent pas ou guère le comportement de copiage.

Il apparaît que les copieurs estiment que leurs pratiques ont plus d'effets préjudiciables vis-à-vis des intérêts pécuniaires des auteurs et des artistes que de ceux des industries culturelles. Il en est de même par rapport aux intérêts moraux des auteurs et des artistes. Les copieurs ont donc bien conscience qu'ils ne nuisent pas aux œuvres elles-mêmes, mais qu'ils contribuent à leur circulation.

	Pas d'accord	Plutôt d'accord	D'accord	Tout à fait d'accord
Menace pour le marché de l'audiovisuel ou du disque	67,20%	21,20%	6,90%	4,60%
Menace pour le revenu des artistes	46,20%	34,60%	13,00%	6,20%
Irrespect du travail des auteurs et des artistes	56,10%	24,60%	12,00%	7,30%
Condamnabile d'une manière générale	70,70%	19,70%	6,50%	3,10%

1-2 Perception du risque juridique et copiage

La perception du risque juridique est sensiblement la même chez les copieurs et les non-copieurs P2P.

	Perception d'un risque juridique				
	Nul	Faible	Moyen	Fort	TOTAL
Non copieurs P2P	9,70%	36,20%	35,80%	18,30%	100%
Copieurs P2P réguliers	9,70%	31,40%	37,70%	21,10%	100%
TOTAL	9,70%	33,80%	36,80%	19,80%	100%

Si l'on croise la variable de perception du risque juridique avec l'âge, il apparaît que plus les individus sont jeunes (qu'ils soient copieurs ou non), plus ils perçoivent un niveau élevé de risque.

	< 18 ans	19-24 ans	25-30 ans	31-40 ans	41-50	> 50 ans
nul	8,10%	8,70%	6,50%	9,30%	12,80%	16,30%
faible	34,60%	28,00%	34,20%	35,90%	33,60%	38,00%
moyen	29,40%	39,00%	36,70%	38,40%	35,60%	30,00%
fort	27,90%	24,30%	22,50%	16,40%	18,00%	15,70%
TOTAL	100%	100%	100%	100%	100%	100%

Malgré cette conscience du risque juridique (près de 60% des copieurs perçoivent un risque juridique), nous montrons dans la partie suivante (4.2.2) que l'activité de copiage n'est nullement affectée par cette variable. La politique de répression ne serait donc pas une solution efficace, même dans l'hypothèse où les pratiques de copiage seraient réellement la principale ou la seule cause des difficultés des industries culturelles.

2- La répression même graduée est très difficilement praticable d'un point de vu juridique

Il a été proposé une réponse graduée sans recours au juge pour lutter contre le téléchargement illégal sur internet. La sanction serait mise en œuvre au plan contractuel par les FAI à l'encontre de leurs abonnés. On peut imaginer diverses étapes : un avertissement par mail, une diminution des débits, une suspension ou résiliation du contrat ou même des sanctions

financières.

Ce projet vise clairement à masquer une sanction pénale par une contractualisation de la répression et on ne peut que douter de sa validité juridique.

En effet, il ne peut être mis en œuvre ni par voie contractuelle, ni par modification législative car il se heurte à certains principes fondamentaux (1-2-1).

Si la validité juridique de ce dispositif est malgré tout confirmée, sa mise en œuvre reste conditionnée au respect par les FAI et les ayants droit de la loi informatique et libertés pour rechercher de l'identité de l'auteur de l'infraction (1-2-2)

Enfin, plus précisément, l'envoi de messages électroniques aux internautes identifiés comme ayant échangé des contenus illicites sur les réseaux de peer-to-peer doit être strictement interdit (1-2-3).

2-1 De la validité juridique de la réponse graduée contractuelle

La lutte contre les téléchargements illégaux serait mise en œuvre par le biais de stipulations contractuelles c'est à dire soit une insertion de clause dans les nouveaux contrats, soit modification des contrats en cours¹.

L'internaute aura certes la possibilité de refuser cette modification contractuelle, mais pour retrouver un accès à internet, il devra souscrire un autre abonnement chez un autre FAI qui proposera en tout état de cause un contrat incluant la répression graduée contractuelle. On va donc imposer à tous les internautes cette modification contractuelle.

Cependant, les règles de droit commun des contrats s'opposent à ce que des comportements étrangers à l'objet du contrat soient sanctionnés sur la base de celui-ci.

A. La cause de l'obligation du contrat d'abonnement

L'article 1108 du code civil subordonne la validité du contrat à l'existence de la cause de l'obligation.

¹ Article L. 121-84 du code de la consommation portant sur les contrats de services de communications électroniques.

On peut la définir comme le but général, abstrait qui sera poursuivi par tout contractant pour le même type de contrat.

Le contrat de fourniture d'accès internet est un contrat à titre onéreux et synallagmatique.

Dans les contrats synallagmatiques, la cause de l'obligation de chacune des parties réside dans l'obligation de l'autre.

En d'autres termes, la prestation due par chaque contractant sert de cause à l'obligation de l'autre. Ainsi, la cause de l'obligation du FAI de fournir le service internet est le paiement du prix par l'abonné.

Or, dans les contrats de fourniture d'accès à internet, l'obligation mis à la charge de l'abonné de ne pas télécharger de manière illégale n'est pas causée par l'obligation du FAI de fournir une connexion internet.

Aux termes de l'article 1131 du code civil, « *l'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet* ».

Si le principe demeure celui de l'anéantissement intégral du contrat pour absence de cause de l'obligation², certaines décisions récentes se contentent de réputer non écrite une clause particulière de celui-ci au motif qu'elle prive l'un des contractants de la « contrepartie nécessaire » qu'il était en droit d'attendre du contrat.

Par conséquent, en cas d'annulation de la clause de réponse graduée, les autres dispositions du contrat de fourniture d'accès internet resteraient valables.

B. La législation sur les clauses abusives

L'article L. 132-1 du code de la consommation dispose que « *Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat* ».

On peut dans un premier temps soutenir que la clause de réponse graduée est abusive dans la mesure où elle a pour objectif de sanctionner un comportement qui n'entre pas dans l'objet du contrat, c'est à dire la fourniture d'un accès internet.

² S'en tenant à l'analyse classique, la jurisprudence s'est longtemps prononcée pour la nullité absolue. Mais la haute juridiction s'est récemment prononcée nettement pour la nullité relative v. par exemple Civ 3ème, 29 mars 2006.

Par ailleurs, l'annexe à cet article prévoit :

En son point e) qu'est abusive la clause imposant au consommateur qui n'exécute pas ses obligations une indemnité d'un montant disproportionnellement élevé.

Or, les FAI ne subissent aucun préjudice de ces agissements (v. paragraphe suivant).

En son point f) qu'est abusive la clause autorisant le professionnel à résilier le contrat de façon discrétionnaire si la même faculté n'est pas reconnue au consommateur.

La résiliation du contrat par le professionnel en cas de violation par le consommateur de la loi pénale n'a pas d'équivalent auprès du professionnel comme nous avons pu le constater dans le paragraphe consacré à la cause de l'obligation.

En son point m) qu'est abusive la clause accordant au professionnel le droit exclusif d'interpréter une quelconque clause du contrat.

Or, l'application de la réponse graduée contractuelle en cas de téléchargement légal nécessite forcément une interprétation du FAI, ne serait ce pour savoir si les conditions d'application sont réunies.

C. La responsabilité contractuelle

Pour que les FAI puissent mettre en cause la responsabilité contractuelle des abonnés, il faut une inexécution fautive de la part de l'abonné d'une obligation contractuelle, leur ayant causé un dommage (article 1147 du code civil).

Tout d'abord, comme nous l'avons précisé précédemment, on peut douter que l'obligation de respecter la loi pénale puisse être une obligation contractuelle. Sa violation ne pourrait donc pas être sanctionnée sur le plan de la responsabilité civile contractuelle.

Par ailleurs, les FAI ne subissent aucun dommage certain, direct, prévisible de ces agissements.

D'une part, ils ne sont pas titulaires de droits de propriété intellectuelle violés.

D'autre part, l'article 6-7° de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique dispose que les FAI ne sont pas soumis à « *une obligation générale de surveiller les informations qu'elles transmettent ou stockent, ni à une obligation générale de rechercher des faits ou des circonstances révélant des activités illicites. Le précédent alinéa est sans préjudice de toute activité de surveillance ciblée et temporaire demandée par l'autorité judiciaire* ».

Alors, les FAI ne peuvent sanctionner leurs abonnés par la résiliation du contrat³ (résiliation ou résolution judiciaire ; clause résolutoire) ou la mise en œuvre d'une clause pénale⁴ prévoyant un avertissement, une diminution des débits, une suspension ou résiliation du contrat ou même des sanctions financières.

La réponse graduée contractuelle nécessite que les FAI imposent une obligation de respecter la loi pénale à leurs abonnés. Selon nous, cette obligation ne peut avoir aucun effet juridique (absence de cause ; clause abusive).

A supposer cette obligation valable, la mise en œuvre de la sanction au regard des règles de la responsabilité contractuelle se révèle compliquée, voire impossible (absence de dommage pour les FAI résultant des téléchargements illégaux).

2-2-Le non respect des garanties fondamentales en matière pénale

A. La nature pénale des sanctions prévues par le projet

Il ne fait aucun doute que la réponse graduée, peu importe sa forme, relève de la matière pénale.

Tout d'abord, elle vise à sanctionner des comportements qui n'ont pas de lien avec l'objet du contrat.

Ensuite, elle vise à sanctionner la violation des droits propriété intellectuelle qui est un délit pénal (article 335-2 du code de la propriété intellectuelle).

Enfin, la réponse graduée correspond aux critères posés par la Cour européenne des droits de l'homme pour définir la sanction pénale.

La Cour de Strasbourg se fonde sur plusieurs critères alternatifs pour savoir si une sanction relève de la matière pénale au sens de l'article 6-1 Cesh⁵.

Le premier critère est la qualification qu'accorde le droit interne à la sanction. Si elle est pénale au sens du droit interne, elle relèvera forcément de la matière pénale au sens de la Cesh.

Le deuxième critère correspond à la nature de l'infraction. A savoir quelle est la portée de la norme violée. Est-elle générale ou s'applique t-elle à un groupe d'individus particuliers ?

³ Article 1184 du code civil

⁴ Clauses qui évaluent par avance et forfaitairement la peine qui sera due par le débiteur en cas d'inexécution. L'article 1152 du code civil qui permet au juge de modérer la peine convenue si elle est manifestement excessive.

⁵ Cesh, arrêt Özturk, 21 février 1984, série A n°73.

Le troisième critère vise le but et la sévérité de la sanction. C'est le critère déterminant. La sanction doit avoir un but dissuasif et punitif. La sévérité est appréciée par rapport au montant maximal de la sanction applicable

B. Les garanties fondamentales

La qualification de sanction pénale entraîne l'application de garantie au profit de la personne faisant l'objet d'une telle accusation.

Garanties procédurales constitutionnelles et européennes

L'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme dispose que « *toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement [...] par un tribunal indépendant et impartial qui décidera [...] du bien-fondé de toute accusation en matière pénale* ».

Si les FAI interviennent dans le champ matériel de l'article 6-1 CESDH, cela ne signifie pas obligatoirement qu'ils doivent appliquer les règles du procès équitable.

La Cour de Strasbourg apprécie de manière globale la procédure⁶, c'est à dire si, au moins, dans la procédure, un « *tribunal* » respectant l'article 6-1 Cesdh intervient pour rectifier les erreurs de procédure ayant pu être commises antérieurement.

Toutefois, certains manquements ne peuvent pas être régularisés postérieurement. La personne en cause peut, avant toute saisine du juge du fond, invoquer les dispositions de l'article 6-1 Cesdh « *si l'article 6 a pour finalité principale au pénal, d'assurer un procès équitable devant un tribunal compétent pour en discuter du bien fondé de l'accusation, il n'en résulte pas qu'il se désintéresse des phases qui se déroulent avant la procédure de jugement... si et dans la mesure où [l'inobservation initiale de certains principes] risque de compromettre gravement le caractère équitable du procès* »⁷.

La Constitution du 4 octobre 1958 porte la même importance au droit à un tribunal et au respect des droits de la défense en matière pénale⁸.

⁶ Cedh, arrêt *Borgers c/ Belgique*, 30 octobre 1991 série A 214.

⁷ Cedh, *Inbroscia c/ Suisse*, 24 octobre 1993, série A n°275.

⁸ Décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989 « *Considérant que le principe du respect des droits de la défense constitue un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République réaffirmés par le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, auquel se réfère le Préambule de la Constitution de 1958* ».

L'article préliminaire du code de procédure pénale a également été institué en ce sens « *La procédure pénale doit être équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties* ».

Au regard de ce développement, la riposte graduée mise en œuvre par les FAI est contraire aux textes internes et européens.

Atteinte à la présomption d'innocence

En vertu de ce principe, toute personne accusée d'un acte délictueux est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie au cours d'un procès public où toutes les garanties nécessaires à sa défense lui auront été assurées.

Principe de valeur constitutionnelle⁹, la présomption d'innocence fait également l'objet d'une protection internationale et européenne :

- Article 11 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 ;
- Article 14 du Pacte des Nations unies sur les droits civils et politiques ;
- Article 6-2, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;
- Article 48 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 8 décembre 2000.

Le Code de la procédure pénale consacre désormais, quant à lui, ce principe dans son article préliminaire lequel énonce les principes directeurs de la procédure pénale, article récemment introduit par la loi du 15 juin 2000 relative au renforcement de la présomption d'innocence : « *Toute personne suspectée ou poursuivie est présumée innocente tant que sa culpabilité n'a pas été établie. Les atteintes à sa présomption d'innocence sont prévenues, réparées et réprimées dans les conditions prévues par la loi* ».

Avec la réponse graduée contractuelle, le FAI se positionnerait en juge pour sanctionner pénalement un internaute soupçonné de téléchargement illégal.

Or, à défaut de toute décision judiciaire, toute personne est présumée innocente.

⁹ Décision n°80-127 DC des 19 et 20 janvier 1981, Sécurité et Libertés

Principe de légalité des délits et des peines

C'est le principe selon lequel aucune peine ne peut exister sans avoir été prévues par un texte émanant des pouvoirs publics.

Ce principe a valeur constitutionnelle :

- Préambule et article 34 de la Constitution du 5 octobre 1958 ;
- Articles 5 et 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ;
- Article 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

Il signifie que seules les peines prévues par un texte peuvent être prononcées.

On pourrait alors soutenir que les peines contractuelles ne peuvent pas être prononcées. En effet, bien qu'elles aient une nature pénale, elles n'ont pas été prévues par le législateur pour sanctionner le téléchargement illégal (article 335-2 du code de la propriété intellectuelle). Elles violent donc le principe de légalité des délits et des peines.

Problème de l'imputation de l'infraction

Se pose également **la question de l'imputabilité des actes à l'abonné**, condition essentielle pour engager sa responsabilité civile ou pénale (Wifi ; vol d'adresse IP...).

Pour cette raison supplémentaire, la réponse graduée automatique ne peut pas être mise en œuvre.

Le législateur ne pourrait pas intervenir pour déléguer le droit de prononcer des sanctions pénales relevant de la compétence des juridictions à une personne morale, car l'article 66 de la Constitution du 4 octobre 1958 dispose que le juge judiciaire est garant de la liberté individuelle. Le législateur ne peut pas non plus interférer dans la mission du juge au nom du principe de séparation des pouvoirs (article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789).

Par ailleurs, dans tous les cas (intervention du législateur ou pas) le fait de mettre en place une sanction contractuelle de nature pénale priverait l'abonné des garanties procédurales fondamentales prévues par les textes tant en droit interne qu'en droit international (droit à un tribunal, droit à un procès équitable, droit de la défense, présomption d'innocence).

2-3 La recherche de l'identité des auteurs des téléchargements illégaux

A supposer que tous les obstacles juridiques énoncés précédemment aient été surmontés, il se pose le problème de la recherche de l'auteur du téléchargement.

Afin de déterminer dans quel cadre peut être mis en œuvre un dispositif visant à recueillir ces données et par quelle personne il peut être mis en place, il faut savoir si l'adresse IP de l'internaute est une donnée personnelle ou pas.

2-3-1 Des données personnelles soumises à la loi Informatique et Libertés

Le jugement du Tribunal correctionnel de St Brieuc en date du 6 septembre 2007 est venu confirmer que *« l'adresse IP de la connexion associée au fournisseur d'accès constituent un ensemble de moyen permettant de connaître le nom de l'utilisateur. En l'espèce, il n'est pas contestable que les informations recueillies par l'agent assermenté, à savoir l'adresse IP de la connexion de l'internaute (...), puis le nom du fournisseur ayant attribué cette adresse (...) constituaient des données à caractère personnel ayant indirectement permis l'identification de J. P. par les officiers de police judiciaire qui n'ont eu qu'à contacter le fournisseur d'accès Wanadoo pour avoir son identité (...) »*.

La décision confirme par là la position de la CNIL et du groupe de travail européen établi par l'article 29 de la Directive 95/46 (organe consultatif indépendant de l'UE sur la protection des données et de la vie privée) : dans son avis du 20 juin 2007, il avait précisé *« qu'il convient de considérer ces informations comme des données à caractère personnel »*.

L'adresse IP est donc une données à caractère personnel conformément à la définition posée à l'article 2 de la loi n° 78-17 du 6 Janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, car *« indirectement »* elle a permis l'identification de l'internaute¹⁰. Elle ne présente pas sur cet aspect de différence avec le numéro de téléphone : il s'agit dans les 2 cas d'une suite de chiffres qui renvoient à un titulaire d'abonnement et qui sont attribuées par le prestataire de service de cet abonnement.

¹⁰ V. cependant en sens contraire, CA Paris 27 avril et 15 mai 2007 qui a réfuté le caractère de données personnelle à l'adresse IP

2-3-2 Une collecte encadrée par la loi et soumise à autorisation de la CNIL

Ayant le statut de données personnelles, la collecte, le traitement et la conservation des adresses IP doivent obéir à la loi Informatique et Libertés, et notamment son article 25 alinéa 3 de cette même loi qui subordonne leur mise en œuvre à autorisation de la CNIL.

Mais auparavant, l'article 9 de la loi n° 78-17 du 6 Janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés de la loi informatique et liberté dresse la liste limitative des personnes pouvant mettre en œuvre de tel dispositif : *« Les traitements de données à caractère personnel relatives aux infractions, condamnations et mesures de sûreté ne peuvent être mis en œuvre que par :*

1° Les juridictions, les autorités publiques et les personnes morales gérant un service public, agissant dans le cadre de leurs attributions légales ;

2° Les auxiliaires de justice, pour les stricts besoins de l'exercice des missions qui leur sont confiées par la loi ;

3° [Dispositions déclarées non conformes à la Constitution par décision du Conseil constitutionnel n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004 ;]

4° Les personnes morales mentionnées aux articles L. 321-1 et L. 331-1 du code de la propriété intellectuelle, agissant au titre des droits dont elles assurent la gestion ou pour le compte des victimes d'atteintes aux droits prévus aux livres Ier, II et III du même code aux fins d'assurer la défense de ces droits ».

L'alinéa 4 de cet article permet donc aux sociétés de perception et de répartition des droits de mettre en œuvre des traitements informatiques portant sur des infractions aux droits d'auteur et voisins, sous réserve d'une autorisation et d'un contrôle par la CNIL.

Le dispositif de riposte graduée contractuelle profite alors d'une décision du Conseil d'Etat du 23 mai 2007. En l'espèce, les sociétés d'ayants droit voulaient mettre en place un dispositif automatisé de collecte et traitement de données personnelles ayant pour finalité la constatation de contrefaçon d'œuvre musicales sur internet conformément à l'article 9 de la loi Informatique et Libertés. La CNIL, par 4 décisions en date du 18 octobre 2005, avait refusé son autorisation au motif que les dispositifs étaient disproportionnés par rapport à la finalité

poursuivie. Mais le Conseil d'Etat a annulé les décisions de la CNIL pour erreur d'appréciation.

La collecte par les sociétés d'ayants droit est donc autorisée en matière musicale (décision du conseil d'Etat), de jeux vidéo (décision CNIL du 11 avril 2005) et en matière audiovisuelle (Décision CNIL, 21 décembre 2006).

Même si le Conseil d'Etat juge que les dispositifs relatifs à la recherche d'adresse IP peuvent être mis en place pour lutter contre le téléchargement illégal après autorisation de la CNIL, les FAI ne peuvent se prévaloir de cette décision.

Les FAI qui doivent respecter les dispositions de cette loi¹¹, ne rentrent dans aucune de ces catégories. Ils ne peuvent donc pas mettre en place des système de recherche des auteurs des infractions au Code de la propriété intellectuelle, automatisés ou non, pour les sanctionner contractuellement.

Une loi ne pourrait pas non plus être votée en ce sens. En effet, en 2004, le Conseil constitutionnel¹² a censuré la modification de l'article 9-3 de la loi n° 78-17 du 6 Janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés de la loi informatique et liberté (prise pour la transposition de la directive communautaire 95/46 CE du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement de données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données) visant à permettre la constitution de fichiers d'infraction des personnes morales victimes d'infraction ou agissant pour le compte desdites victime (par exemple les FAI dans le cadre de la réponse graduée contractuelle).

Les FAI ne peuvent donc pas identifier les auteurs d'infraction sans le contrôle de l'autorité judiciaire.

¹¹ L'article L. 34-1 du code des postes et des communications électroniques dispose que « *La conservation et le traitement de ces données [es personnes dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public en ligne] s'effectuent dans le respect des dispositions de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés* ».

¹² Décision n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004 « *l'article 2 de la loi déferée, permettrait à une personne morale de droit privé, mandatée par plusieurs autres personnes morales estimant avoir été victimes ou être susceptibles d'être victimes d'agissements passibles de sanctions pénales, de rassembler un grand nombre d'informations nominatives portant sur des infractions, condamnations et mesures de sûreté ; qu'en raison de l'ampleur que pourraient revêtir les traitements de données personnelles ainsi mis en œuvre et de la nature des informations traitées, le 3° du nouvel article 9 de la loi du 6 janvier 1978 pourrait affecter, par ses conséquences, le droit au respect de la vie privée et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; que la disposition critiquée doit dès lors comporter les garanties appropriées et spécifiques répondant aux exigences de l'article 34 de la Constitution* ».

La réponse graduée contractuelle mise en œuvre par les FAI (avec ou sans intervention du législateur) est clairement une sanction pénale. Sa mise en œuvre se heurte aux règles du droit des contrats et aux principes fondamentaux bénéficiant à toute personne mis en cause en matière pénale.

Par ailleurs, la recherche des auteurs des téléchargements illégaux par les FAI n'est pas autorisée en l'état actuel de la législation. Une modification ne pourrait pas non plus intervenir, sauf à méconnaître le droit au respect de la vie privée des internautes.

2-4 L'envoi de mails aux internautes interdit

Nous revenons ici à une proposition élaborée dans le cadre des discussions sur la loi DADVSI : la réponse (ou riposte) graduée. Mais le Conseil constitutionnel ayant déclaré ce dispositif comme contraire à l'égalité devant la loi pénale, une proposition est aujourd'hui de mettre en œuvre, en prenant exemple sur les modèles américain et britannique, un système d'avertissement en cas de téléchargement illégal par l'envoi de courriers électroniques aux internautes.

Mais qui devra prendre la responsabilité de la collecte des données personnelles des internautes identifiés comme ayant téléchargé des fichiers illégalement sur les réseaux peer-to-peer notamment ?

Nous avons vu précédemment que les FAI ne peuvent prendre en charge cette responsabilité, la collecte et le traitement de telles données dans un tel objectif leur étant impossible.

Les ayants droit ont reçu le pouvoir en vertu de la nouvelle loi Informatique et Libertés de collecter les adresses IP, mais en respectant une procédure d'autorisation de la CNIL et dans le respect de l'autorité judiciaire.

Rappels sur la procédure que doivent suivre les agents assermentés des sociétés de gestion collective lors de la collecte des adresses IP. L'article 9 alinéa 4 nouveau de la loi du 6 janvier 1978 a permis aux personnes morales telles que la SCPP ou la SACEM de recourir à des traitements, automatisés ou non, de données à caractère personnel, dans le cadre de la recherche d'infractions. Ce droit est toutefois encadré par la CNIL en vertu de l'article 25 alinéa 3 de la loi Informatique et libertés qui impose l'autorisation de cette dernière pour les traitements autres que ceux mis en œuvre par les auxiliaires de justice.

Les agents assermentés des sociétés de gestion collective (SACEM, SDRM, SSCP...) sont chargés de repérer sur les logiciels peer-to-peer les utilisateurs partageant des fichiers illégaux. Une fois collectées les informations nécessaires au constat de l'infraction, ces derniers dressent un procès-verbal puis portent plainte pour contrefaçon, au nom de la société de gestion collective concernée, auprès du commissariat de police.

Pour dresser leurs constats d'infraction, les agents assermentés sont amenés à collecter des données privées qui permettent l'identification de l'internaute telles que l'adresse IP.

Avant tout traitement de ces données à caractère privées, l'agent assermenté doit préalablement obtenir l'autorisation de la CNIL (Commission nationale de l'informatique et des libertés). Ce n'est qu'ensuite qu'il pourra envoyer une requête d'identification du prévenu

au fournisseur d'accès internet (FAI). La CNIL est en effet chargée de vérifier « la nature, l'étendue et le caractère proportionné des traitements de données, ainsi que les conditions de leur conservation ».

Ces pré-requis respecté, soit l'ayant droit envoie le mail d'avertissement à l'internaute, soit le FAI se charge de cet envoi après avoir reçu le signalement de l'ayant droit.

Nous sommes dans ces deux hypothèses opposés à l'envoi de tels messages, rejoignant par là la position et de la CNIL et du Conseil d'Etat : ce dernier, dans sa décision du 23 mai 2007, a approuvé la CNIL qui avait réprouvé les envois de messages pédagogiques. Ces derniers n'avaient pas pour but la transmission d'informations à la justice dans la perspective d'une poursuite pénale, condition prévue pour la conservation des données de connexion¹³.

D'autre part, dans sa décision du 29 juillet 2004, le Conseil constitutionnel a rappelé sur le fondement de l'article L. 34-1 du CPCE que les données collectées à l'occasion des traitements portant sur des infractions aux droits d'auteur ne pourront acquérir un caractère nominatif que sous le contrôle de l'autorité judiciaire.

L'envoi des courriers électroniques suite à la collecte des données ne peut donc être accepté en l'état actuel de la législation et de la jurisprudence. La CNIL, dans sa décision autorisant la collecte par le SELL des adresses IP, avait bien pris soin de préciser qu'une telle collecte ne pouvait servir que d'indices remis à l'autorité publique : « *[les données] ne seront recueillies que dans le seul but de permettre la mise à disposition de l'autorité judiciaire d'informations et ne pourront acquérir un caractère nominatif que dans le cadre d'une procédure judiciaire* ». ¹⁴

2-5 Le filtrage

La mise en œuvre de solution de filtrage semble dans certains cas techniquement impraticables, généralement incompatible avec la liberté de l'internaute et dans tous les cas coûteuse pour les consommateurs. A tout le moins le déploiement de méthodes de filtrage à l'échelle nationale sans expérimentation préalable serait illégitimes.

¹³ Décision Conseil d'Etat du 23 mai 2007 « la CNIL a relevé à bon droit que les traitements envisagés ayant pour finalité l'envoi de messages pédagogiques étaient contraires aux dispositions de l'article L.34-1 du CPCE, telles qu'interprétées par la décision 2004-499 DC du 29 juillet 2004 du Conseil constitutionnel, en raison de ce qu'ils permettaient le traitement de données nominatives, conduisant seulement à la diffusion de messages à destination des auteurs d'infractions, - sans avoir pour but la mise à disposition d'informations à l'autorité judiciaire pour le besoin de la poursuite des infractions »

¹⁴ Autorisation de la CNIL du 24 mars 2005 accordée au SELL

Ces limites sont confirmées par deux rapports : celui de M. J. Cedras¹⁵ et celui de M. Bruguidou et Khan¹⁶ dont le tableau suivant synthétise les résultats.

Mode de déploiement / Famille de solution	Observation et analyse de trafic	Filtrage systématique	Filtrage à la demande	Radar
Filtrage de protocole	Pertinent Expérimentation recommandée	Difficile en l'état des techniques	Peu pertinent Techniquement faisable, coût élevé, problème de compatibilité avec les évolutions du haut débit, peu réaliste	Non retenu (l'utilisation de protocoles peer-to-peer ne constitue pas en soi un acte frauduleux)
Filtrage de contenu	Pertinent Expérimentation recommandée	Non retenu Trop grande complexité de filtrage	Peu pertinent (suppose la détection de l'exhaustivité des contenus), et problèmes de mise en œuvre similaires au filtrage de protocole	A étudier
Filtrage sur le poste client	N/A	N/A	Pertinent Expérimentation recommandée	N/A

N/A : non applicable.

Proposition n°1

Pour toutes ces raisons votre commission doit abandonner l'idée de mener, à l'encontre des utilisateurs de l'internet et des réseaux d'échanges de fichiers, une politique de répression graduée qu'elle soit de nature contractuelle, civile ou pénale.

Proposition n°2

Votre commission doit aussi abandonner l'idée d'une mise en œuvre généralisée de mesures de filtrages qui seraient soit prématurées sans expérimentation préalable, soit infaisables techniquement, soit très coûteuses et pouvant porter atteinte aux libertés publiques.

¹⁵ Rapport de J. Cedras à Monsieur le Ministre de la Culture et de la Communication. Avril 2007.

¹⁶ rapport étude des solutions de filtrage des échanges de musique sur internet dans le domaine du *peer-to-peer*. 2005.

3- Les leviers du développement de l'offre marchande : le niveau de prix

A l'opposé d'une politique de restriction des usages, nous souhaiterions attirer l'attention de la commission sur le potentiel de croissance de l'offre marchande et les freins actuels à son développement

3-1- l'existence d'un marché potentiel

Tous les copieurs et échangeurs de fichiers interrogés dans l'étude¹⁷ attribuent une valeur économique importante à ces échanges et donc aux œuvres elles-mêmes.

Tableau 2 : Disposition à payer non redressée et redressée par type d'enquête

euros	Enquête en ligne (Non redressé)	Enquête en ligne (Redressé csp+age)	Enquête en ligne (Redressé csp+age +genre)	Enquête papier (Non redressé)	Enquête papier (Redressé)	Enquêtes fusionnées (Non Redressé)	Enquêtes fusionnées (Redressé csp+age +genre)	MOYENNE
DAP musique	6.37 (6,84)*	6.25 (.146)	5.92 (.166)	7,73 (7,08)	7,57 (0,39)	6,52 (6,87)	6.28 (.144)	6,66
DAP films	8.21 (9,30)	8.08 (.199)	7.65 (.227)	9,56(10,26)	9,24 (0,51)	8,37 (9,44)	8.01 (.197)	8,44
DAP pour la musique et les films	12.32 (13,01)	12.22 (.282)	11.49 (.301)	13,91 (13,51)	13,72 (0,57)	12,61 (13,17)	12.121 (.259)	12,62

Cf. Etude citée infra

La DAP moyenne de 6,66 de l'étude est d'ailleurs assez proche du paiement moyen effectif à 5,70 € que les consommateurs ont consacré à l'achat en ligne du dernier album de Radiohead alors que le prix pouvait être librement fixé par eux.

Le fait de trouver une DAP en moyenne positive et assez élevée pour les copieurs tend à prouver qu'une activité marchande pourrait fort bien concurrencer les réseaux d'échanges P2P mais à plusieurs conditions.

3-2 Le niveau des prix de gros

Le prix de marché de référence du fichier musical est depuis 2004 de 0,99 € TTC. 72 % des consommateurs¹⁸ considèrent que le prix des originaux (CD et/ou fichiers numériques) est trop élevé.

¹⁷ « Etude économique sur les pratiques de copiage ». Laboratoire ADIS ; Université Paris XI. Juin 2005.

¹⁸ *Cf. Etude citée supra*

Ce constat tend à montrer que le niveau de prix sur le marché est aujourd'hui supérieur au consentement à payer des consommateurs.

Ce prix élevé ne s'explique pas par la marge du revendeur dont on sait qu'elle est très faible et dans tous les cas inférieure à 5 % du prix ht, ne s'explique pas par la rémunération des créateurs qui se partagent entre auteur/compositeur, interprètes et musiciens accompagnateurs en moyenne 10% du prix ht mais par des prix de gros qui représentent entre 70 et 85 % du prix ht. Autrement dit, le prix de la musique en ligne est essentiellement commandé par le niveau des prix de gros imposé par les maisons de disque.

Outre le déséquilibre dans le partage de la valeur au sein de la filière entre les producteurs, les distributeurs/revendeurs et les créateurs, le niveau des prix de gros empêche toute dynamique concurrentielle sur les prix. En ce sens, le prix de 0.99 € est un prix normé par l'industrie musicale et ne découle pas d'un processus économique de marché.

Le maintien de prix de gros excessifs est de surcroît un frein au développement de nouveaux modèles économiques fondés sur l'accès (modèle de l'illimité), modèle rationnelle dans un univers où les coûts marginaux tendent vers 0 comme cela est le cas dans l'univers numérique.

Une étude a montré en 2004¹⁹ que le prix pertinent pour un fichier téléchargé était estimé à 0,25 \$ soit environ 0,18 €. A ce prix la marge est de 0,10 \$.

3-3 Les barrières à l'entrée

A cette régulation tarifaire devrait s'ajouter le rééquilibrage des relations contractuelles entre les producteurs et les artistes. La cession des droits exclusifs des artistes aux producteurs dans les contrats donnent à ceux-ci un pouvoir unilatéral d'exploiter, de licencier, de ne pas licencier les œuvres. Ainsi, le producteur peut à tout moment dissuader l'exploitation par un tiers des catalogues, dissuasion qui prend la forme de refus de cession totale ou partielle ou celle de coûts de transactions élevés dissuasifs.

Selon Antony Maul²⁰, économiste, aux Etats-Unis, les cinq majors se sont concertés pour n'accorder des licences qu'à deux compagnies Musicnet et Pressplay, deux compagnies possédées par les majors elles même et les refuser à d'autres acteurs comme Kazaa et Napster.

¹⁹ Cf *supra*

²⁰ Juriste a la Honorable Mary C Jacobson New Jersey Superior Court in « legislation and public policy ». 2004.

Les majors ne se seraient pas, selon Antony Maul, explicitement concertées. En réalité elles n'en ont pas besoin. Un marché dominé par un petit nombre de firmes, chacune d'entre elles disposant du contrôle exclusif d'un catalogue de propriété intellectuelle, créer le soubassement structurant d'un environnement de collusion tacite. Les majors n'ont pas besoin de s'entendre, il leur suffit de retarder la création et le développement du marché en retenant les catalogues. La rareté de l'offre en ligne ne permet pas la baisse des prix ce qui freine d'autant plus le développement du marché.

Economiquement parlant, il apparaît donc nécessaire de considérer chaque catalogue comme une facilité essentielle.

La commission européenne dans le cadre de la fusion AOL time Warner s'est d'ailleurs interrogée de savoir si une entreprise ayant un catalogue conséquent peut exercer un pouvoir de marché en refusant d'accorder une licence pour son exploitation à des concurrents où ayant des pratiques injustes comme imposé des prix élevés, discriminant, ou d'autres conditions restrictives. L'analyse concerne la vente au détail en ligne de musique ou le streaming.

La commission a conclu qu'AOL pourrait avoir un pouvoir de marché dans la distribution dans la distribution et pourrait réduire ou dégrader l'accès aux autres éditeurs.

La commission a souligné une double causalité, il est essentiel pour les autres éditeurs d'être distribué par AOL Time Warner mais en même temps il est essentiel pour les autres distributeurs de disposer du catalogue AOL time Warner

Proposition 3

Pour toutes ces raisons, votre commission devrait considérer comme prioritaire la baisse des prix de gros. Une action utile viserait à créer une régulation souple a-priori des prix de gros justifiée par la concentration des catalogues notamment de la musique.

Concrètement, une autorité de régulation indépendante pourra unilatéralement prendre les mesures nécessaires, proportionnées à la gravité des faits, destinées à rétablir le fonctionnement normal du marché.

Proposition 4

Il conviendrait de faciliter l'accès aux catalogues par un tiers au détenteur des droits exclusifs pour lui permettre d'exploiter les catalogues à des conditions non discriminatoires c'est à dire sans avoir à supporter un refus injustifié de licence (totales ou partielles) des catalogues et des coûts de transaction prohibitifs.

Concrètement, en cas de non exploitation prolongée d'un catalogue, le détenteur des droits ne pourra s'opposer à l'exploitation du catalogue par un tiers.

4- Le retrait des mesures techniques de protection (MTP) ou « digital right managment » (DRM)

Le frein au développement du marché provient aussi de l'effet très négatifs des MTP ou DRM sur les supports physiques amovibles (CD), les fichiers numériques (Wmps, Fair Play...) ou les logiciels multimédia (Windows Media Player...)

4-1 Les DRM diminuent l'utilité des fichiers

Les DRM en restreignant l'interopérabilité et l'usage même du fichier altèrent fortement son utilité. Cela a pour effet principal de creuser l'écart entre le prix proposé et le consentement à payer du consommateur qui diminue avec l'accroissement des contraintes.

Cette altération de l'usage se retrouve dans l'impossibilité pour le consommateur de lire le fichier sur le lecteur de son choix.

	Total échantillon 1-A	Acheteurs de musiques sur I-Tunes 2-A
Q18 Importance de la lecture sur plusieurs marques de lecteurs (5 pts)		
Base (Interrogés) - Résultats en %	803	384
TOTAL IMPORTANTE	92	91
Très importante	71	67
Moyennement importante	5	6

Sondage réalisé par Strategir pour l'UFC-Que Choisir. Février 2007.

Le fait de pouvoir lire un fichier musical acheté en ligne sur plusieurs marques de lecteurs est très important, aussi bien pour les utilisateurs du site I-Tunes que pour l'ensemble des internautes achetant de la musique en ligne.

Outre la lecture, le DRM restreint la manipulation du fichier en limitant les copies, les transferts...A plus long terme se pose la question de la pérennité du fichier : le fichier n'est

plus utilisable si le consommateur acquiert un lecteur non compatible, dans certains cas, simplement en mettant à jour son ordinateur, le DRM ne reconnaît plus la machine et bloque la lecture du fichier. Le consommateur n'a enfin aucune garantie que le standard choisi soit pérenne et sa disparition possible rend de facto inutilisable les fichiers achetés.

4-2 Les DRM favorisent les enclaves culturelles et les pratiques anticoncurrentielles

Les DRM favorisent les pratiques d'éviction anticoncurrentielle. C'est une dimension du problème qui est aujourd'hui bien connue. Que ce soit au niveau de l'industrie du logiciel ou des DRM évince notamment le logiciel libre, au niveau des revendeurs ou s'opère une sélection en fonction de l'autorisation de vendre ou non un DRM spécifique.

Au niveau de la production et de l'édition, les DRM favorisent l'émergence d'enclaves du type Microsoft/ Universal, Universal/ SFR... qui a pour conséquences, d'affermir les positions dominantes, d'appauvrir qualitativement l'offre en créant des enclaves culturelles ce qui soulève un problème d'accès le plus large possible à la Culture et enfin de favoriser les accords d'exclusivité du type Warner/orange. Ce type d'accord a pour effet de priver les consommateurs qui ne sont pas clients de ces sociétés d'être privés de l'accès aux œuvres visées par l'accord. Cela est inéquitable car le consommateur au moment où il choisit son opérateur est dans l'ignorance des futurs accords d'exclusivité qui pourraient influencer son choix. Cela est improductif car les consommateurs exclus *de facto* par l'accord et qui veulent tout de même accéder aux œuvres sont incités à le contourner et à se tourner vers les réseaux p2p et tous les systèmes d'échanges de fichiers en général (peer to mail, réseaux FTP...)

Proposition n°5

Pour toutes ces raisons, votre commission devrait demander le retrait des DRM qui en l'état actuel empêchent le consommateur de faire un usage « normal » des fichiers, favorisent les pratiques anticoncurrentielles et la création d'enclaves culturelles.

Proposition n°6

Votre commission devrait recommander l'encadrement stricte des accords d'exclusivité qui privent certains consommateurs de l'accès aux œuvres et favorisent leur circulation massive via les systèmes d'échanges de fichiers entre personnes.

Proposition n°7

Au nom de la transparence, votre commission devrait recommander l'affichage obligatoire sur les tickets d'achat de « la part créateur » c'est-à-dire la part du prix qui est reversée aux différents créateurs de l'œuvre (auteur/compositeur, interprète...)

Conclusion

L'évolution rapide et permanente des flux, des capacités de stockage, des techniques d'échanges et des usages qui en découlent rendent et rendront les politiques répressives à l'encontre de ces usages, illégitimes et donc inefficaces.

Il est donc nécessaire d'adopter un point de vue différent et en premier de lieu de rendre plus attractives les offres en ligne. En cela, l'association UFC-Que Choisir rejoint le point de vue de Madame la Ministre de l'Economie et des Finances selon qui :

« La meilleure manière de lutter contre le piratage, c'est encore de lui faire concurrence. Voilà pourquoi nous voulons tout mettre en œuvre pour augmenter la quantité et la qualité des offres culturelles légalement mises en ligne. Les consommateurs sont prêts à payer un prix raisonnable pour accéder à des œuvres plus riches et plus variées, disponibles dans les meilleurs délais, et inscrites sur des fichiers de qualité, facilement transportables d'un support sur un autre²¹. »

²¹ Discours du 5 septembre 2007 de Madame Christine Lagarde à la présentation de la mission confiée à Monsieur Denis Olivennes.