



Par Florence
GAULLIER



Par Gilles
VERCKEN
Cabinet Gilles Vercken

Les derniers décrets d'application des lois « Hadopi »



Par Elise
PASACAL-HEUZE

Deux nouveaux décrets d'application des lois « Hadopi » ont été adoptés cet été venant ainsi parachever le dispositif mis en place. L'équipe du cabinet Gilles Vercken nous livre de premiers éléments d'analyse substantiels sur ces textes tout à fait essentiels.

D. n° 2010-695, 25 juin 2010, JO 26 juin, p. 11536

2061

D. n° 2010-872, 26 juill. 2010, JO 27 juill., p. 13874

Récemment, plusieurs lois ont été adoptées afin de lutter contre le téléchargement et la mise à disposition illicite d'œuvres protégées par le droit d'auteur.

Dans ce but a été instaurée à la charge du titulaire d'un accès internet « 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 Ier et II lorsqu'elle est requise » (art. L. 336-3, § 1^{er}, du Code de la propriété intellectuelle créé par la loi dite « Hadopi 1 » (1)).

Au lendemain de la censure par le Conseil constitutionnel (2) d'une partie substantielle de la loi « Hadopi 1 », le manquement à cette obligation ne connaissait aucune sanction pénale (3) : l'article L. 336-3 du Code de la propriété intellectuelle n'instituait donc qu'une « obligation civile de vigilance » (4).

La loi dite « Hadopi 2 » (5) a prévu cependant la possibilité d'engager la responsabilité pénale du titulaire de l'accès internet (6) : « Pour les contraventions de la cinquième classe prévues par le présent code, lorsque le règlement le prévoit,

la peine complémentaire [de suspension de l'accès à un service de communication au public en ligne] 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 » (art. L. 335-7-1, § 1^{er}, du Code de la propriété intellectuelle).

Deux décrets sont venus récemment compléter le dispositif.

Le décret n° 2010-695 du 25 juin 2010 « instituant une contravention de négligence caractérisée protégeant la propriété littéraire et artistique sur internet » ajoute un article R. 335-5 au Code de la propriété intellectuelle. Ainsi, des sanctions pénales peuvent désormais être prononcées à l'encontre du titulaire de l'accès internet manquant à son obligation de vigilance.

Par ailleurs, le décret n° 2010-872 du 26 juillet 2010 vient préciser le déroulement de la procédure devant la Commission de protection des droits de la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet (ci-après « Hadopi »).

(1) Loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet, JO 13 juin, p. 9627. Sur cette loi, voir not. notre précédente note du 1^{er} juillet 2009 intitulée : *La loi favorisant la création et la protection de la création sur internet (à jour de la censure du Conseil constitutionnel)*. (2) Cons. const. 009-580 DC, 10 juin 2009, JO 13 juin, p. 9675. (3) Avant sa modification par la loi « Hadopi 2 », le second alinéa de l'article L. 336-3 du Code de la propriété intellectuelle précisait d'ailleurs : « Le manquement de la personne titulaire de l'accès à l'obligation définie au premier alinéa n'a pas pour effet d'engager la responsabilité pénale de l'intéressé. » (4) Selon l'expression du professeur Bouguère dans son article, *Loi du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet* - Le « jetté loi » qui avait pu être gravée, *CP E 2010, I, 1759*. (5) Loi n° 2009-1311 du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet, JO 29 oct., p. 18290. Sur cette loi, voir notamment notre précédente note du 1^{er} juillet 2009 : « Flash » sur le projet de loi relatif à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet dite « Hadopi 2 ». (6) Après sa modification par la loi « Hadopi 2 », le second alinéa de l'article L. 336-3 du Code de la propriété intellectuelle modifié précise : « Le manquement de la personne titulaire de l'accès à l'obligation définie au premier alinéa n'a pas pour effet d'engager la responsabilité pénale de l'intéressé, sous réserve des articles L. 335-7 et L. 335-7-1. »

Il convient de relever également que, en application des articles ajoutés par ce texte au sein de la section consacrée à la loi Hadopi dans la partie réglementaire du Code de la propriété intellectuelle, les fournisseurs d'accès internet encourrent des sanctions s'ils ne collaborent pas à la lutte contre le téléchargement illégal.

L'infraction de négligence caractérisée étant maintenant plus précisément définie (I), la procédure devant la Commission de protection des droits de la loi « Hadopi » va pouvoir être mise en œuvre et entraîner le prononcé de sanctions à l'encontre des titulaires d'accès et des fournisseurs d'accès (II).

I. – LA DÉFINITION DE L'INFRACTION DE NÉGLIGENCE CARACTÉRISÉE PROTÉGÉANT LA PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE SUR INTERNET

L'article R. 335-5 du Code de la propriété intellectuelle ajouté par le décret n° 2010-695 du 25 juin 2010 définit, d'une part, les conditions préalables à la constitution de l'infraction de négligence caractérisée (A) et, d'autre part, les éléments constitutifs de l'infraction de négligence caractérisée (B).

A. – Rappel des conditions préalables à la constitution de l'infraction de négligence caractérisée

Aux termes du nouvel article R. 335-5 II, du Code de la propriété intellectuelle, sont énoncées deux conditions devant être réunies préalablement à la constitution de l'infraction de négligence caractérisée.

Il ne s'agit là en réalité que d'un rappel des dispositions pénales créées par la loi « Hadopi 2 » (voir not. l'article L. 335-7 du Code de la propriété intellectuelle (7)).

Encourt l'infraction de négligence caractérisée le titulaire d'un accès à des services de communication au public en ligne :

- dont l'accès a été utilisé au moins une fois à des fins de reproduction, de représentation ou 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 ;
- qui a reçu de la Commission de protection des droits une recommandation enjoignant de « mettre en œuvre un moyen de sécurisation de son accès permettant de prévenir le renouvellement d'une [telle] utilisation » ;
- et dont l'accès internet litigieux a été utilisé à nouveau et aux mêmes fins de contrefaçon dans l'année suivant la présentation (8) de cette recommandation.

B. – Énoncé des faits constitutifs de l'infraction de négligence caractérisée

Aux termes du nouvel article R. 335-5, I, du Code de la propriété intellectuelle, lorsque les conditions susmentionnées sont réunies, constitue une négligence caractérisée le fait pour une personne titulaire d'un accès à un service de communication au public en ligne :

- « de ne pas avoir mis en place un moyen de sécurisation de cet accès », ou bien ;
- « d'avoir manqué de diligence dans la mise en œuvre de ce moyen ».

Si, à la première lecture, les deux branches de l'alternative semblent très proches, elles visent en réalité deux situations différentes : compte tenu des sens respectifs des expressions « mise en place » et « mise en œuvre (9) », sont constitutifs de l'infraction de négligence caractérisée :

- le fait de ne pas avoir installé de sécurisation de l'accès (première branche de l'alternative) ;
- le fait de ne pas avoir employé « avec diligence » le moyen de sécurisation qui aurait pourtant été installé (seconde branche de l'alternative).

Selon le Vocabulaire Cornu, la « diligence » est définie comme « le soin apporté, avec célérité et efficacité, à l'accomplissement d'une tâche (10) ».

Seraient donc sanctionnés par la seconde alternative :

- le fait d'avoir installé un moyen de sécurisation, mais d'avoir tardé à l'activer ;
- le fait d'avoir installé un moyen de sécurisation qui se révélerait inefficace.

Sera donc sanctionnée, par exemple, la personne qui aurait accepté la mise en place d'un moyen de sécurisation de son accès mais ne téléchargerait pas le logiciel nécessaire à sa mise en route ou ses mises à jour.

L'élément constitutif de l'infraction réside donc dans l'absence, le retard et/ou le manque d'efficacité de la sécurisation de son accès internet.

Or, le décret n° 2010-695 du 25 juin 2010 n'apporte aucune précision sur la forme du moyen de sécurisation à utiliser.

Certes, le titulaire de l'accès concerné se sera vu préalablement adresser une recommandation par la Commission de protection des droits, lui indiquant comment sécuriser son accès.

S'agissant d'une simple recommandation, et non d'une obligation, le titulaire d'accès internet pourra cependant choisir d'utiliser d'autres outils pour sécuriser son accès.

In fine, il appartiendra au juge d'apprécier au cas par cas la qualité de l'outil de sécurisation choisi par l'accusé.

À cet égard, il convient de rappeler que l'article L. 331-26 du Code de la propriété intellectuelle prévoit l'établissement

(7) « 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 connus ou 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 €. » (8) La « présentation » de la recommandation s'entend de la réception d'un courrier par envoi recommandé (art. L. 335-7-1, § 1^{er}, in fine). (9) Selon le Nouveau Petit Robert de la langue française 2007 : « Mise en place : arrangement, installation. » - « Mettre en œuvre : employer en vue d'une application pratique (des matériaux) - Par ext. combiner, employer de façon combinée ; recourir (à), user (de). » (10) Cornu G., Vocabulaire juridique, PUF, 8^e éd., 2000, voir Diligence.

par la loi « Hadopi » d'une « liste labellisant les moyens de sécurisation ».

Si le nouvel article R. 335-5 du Code de la propriété intellectuelle ne fait pas expressément référence à cette liste – qui à ce jour n'a pas encore été établie par la loi « Hadopi » – pour définir les moyens de sécurisation à utiliser, l'article L. 331-26 susmentionné est visé dans l'en-tête du décret n° 2010-695 du 25 juin 2010 et il est probable que le juge utilisera cette liste pour apprécier le défaut de sécurisation, élément constitutif de l'infraction (11).

Enfin, l'article R. 335-5 I 1° du Code de la propriété intellectuelle prévoit une possibilité pour le titulaire d'un accès à internet de s'exonérer de sa responsabilité par un « motif légitime ».

Il n'est cependant pas précisé ce qui doit s'entendre par « motif légitime ».

Il appartiendra donc à la jurisprudence de déterminer les cas d'admission de cette exception de motif légitime : une absence prolongée de son domicile entre l'arrivée de la recommandation et le deuxième usage frauduleux, un manque de ressources financières, ou encore un manque de connaissances en informatique permettront-ils à un titulaire d'accès internet de s'exonérer de sa responsabilité ?

La question reste ouverte...

II. – LA PROCÉDURE ET LES SANCTIONS DE L'INFRACTION DE NÉGLIGENCE CARACTÉRISÉE

Si l'auteur de téléchargement illégal peut toujours être sanctionné au civil comme au pénal au titre du délit de contrefaçon (12), en application des dispositions réglementaires ajoutées par les deux derniers décrets d'application des lois « Hadopi », les fournisseurs d'accès internet (A) et les titulaires d'accès internet (B) encourent également des sanctions pénales s'ils ne collaborent pas à la lutte contre le téléchargement illégal d'œuvres protégées par le droit d'auteur.

A. – Les sanctions encourues par les fournisseurs d'accès internet

Avec l'adoption du décret n° 2010-872 du 26 juillet 2010 « relatif à la procédure devant la Commission de protection des droits de la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et

la protection des droits sur internet », les fournisseurs d'accès se voient obligés de collaborer à la lutte contre la contrefaçon sur internet.

En premier lieu, dans le cadre de la procédure d'identification de l'auteur de téléchargement illégal, les « opérateurs de communications électroniques » devront :

- communiquer les données à caractère personnel de l'abonné dans un délai de huit jours suivant la transmission par la Commission de protection des droits des données techniques nécessaires à l'identification de l'abonné (art. R. 331-37, § 1 du Code de la propriété intellectuelle (13)) ;

- fournir les documents relatifs aux agissements de l'abonné dans un délai de quinze jours suivant la demande qui leur en est faite par la Commission de protection des droits (art. R. 331-37, § 2 du Code de la propriété intellectuelle (14)).

En cas de non-coopération, les amendes prévues pour les contraventions de cinquième classe leur seront infligées (art. R. 331-38 du Code de la propriété intellectuelle), à savoir une amende d'un montant maximal de 1 500 euros, porté à 3 000 euros en cas de récidive (art. 132-11 du Code pénal), ces montants pouvant être multipliés respectivement par cinq et par dix pour une personne morale (art. 132-15 du Code pénal).

Par ailleurs, l'article R. 331-46 du Code de la propriété intellectuelle, créé par le décret n° 2010-872 du 26 juillet 2010, précise les conditions dans lesquelles la Commission de protection des droits délibérera aux fins d'informer le procureur de la République des faits susceptibles de constituer ledit délit constitué par « 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 € » (art. L. 335-7 du Code de la propriété intellectuelle).

Les fournisseurs d'accès internet se trouvent donc désormais obligés de coopérer dans le cadre de la procédure devant la Commission de protection des droits de la loi « Hadopi » et encourent des sanctions en cas de non-coopération à la lutte contre le téléchargement illégal.

B. – Les sanctions encourues par les titulaires d'accès internet (personnes physiques et personnes morales)

En application du nouvel article R. 335-5 du Code de propriété intellectuelle, ajouté par le décret n° 2010-695 du

Les fournisseurs d'accès internet se trouvent désormais obligés de coopérer dans le cadre de la procédure devant la Commission de protection des droits de la loi « Hadopi » et encourent des sanctions en cas de non-coopération à la lutte contre le téléchargement illégal.

(11) En ce sens, voir le remarque du rapporteur Michel Thiollière lors de la séance du 8 juillet 2009 au Sénat : « Un abonné ayant sécurisé son accès en utilisant un logiciel labellisé par la Hadopi sera assuré de ne pas avoir de problème : en cas de convocation devant le juge, il pourra prouver qu'il a sécurisé son accès. » (12) Articles L. 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle. (13) « Les opérateurs de communications électroniques mentionnés à 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 sont tenus de communiquer les données à caractère personnel et les informations mentionnées au 2° de l'annexe du décret n° 2010-236 du 5 mars 2010 dans un délai de huit jours suivant la transmission par la Commission de protection des droits des données techniques nécessaires à l'identification 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. » (14) « Ces opérateurs et prestataires sont également tenus de fournir les documents et les copies des documents mentionnés au troisième et quatrième alinéas de l'article L. 331-21 dans un délai de quinze jours suivant la demande qui leur en est faite par la Commission de protection des droits. »

25 juin 2010, le titulaire de la connexion internet encourt des sanctions pour manquement à son obligation de surveillance de son accès internet.

Il convient de rappeler que le titulaire de la connexion internet n'est pas forcément l'auteur du téléchargement illégal lui-même, ce dernier pouvant être un de ses enfants, un voisin « piratant » sa connexion, etc.

En outre, en vertu de la suppression du principe de spécialité, la responsabilité pénale des personnes morales a été étendue à l'ensemble des infractions.

Dès lors risque d'être sanctionnée, en qualité de titulaire d'un accès internet, l'entreprise titulaire de l'accès internet par lequel des salariés procéderaient à des téléchargements illégaux...

En effet, rédigé de manière très générale, l'article R. 335-5 du Code de propriété intellectuelle ne vise aucune catégorie précise de titulaire d'un accès internet, et n'exonère nullement les personnes morales de toute responsabilité pénale en cas d'infraction commise à partir de leur adresse IP (15).

Aux termes du décret n° 2010-695 du 25 juin 2010 codifié à l'article R. 335-5 du Code de la propriété intellectuelle, l'infraction de négligence caractérisée est « punie de l'amende prévue pour les contraventions de cinquième classe ». Les titulaires d'accès internet pourront donc voir leur négligence sanctionnée par une amende d'un montant maximal de 1 500 euros pour une première négligence, et de 3 000 euros en cas de récidive (art. 131-13 du Code pénal), montant qui peut être multiplié par cinq pour les personnes morales (art. 131-38 du Code pénal).

Le dernier alinéa de l'article R. 335-5 du Code de la propriété intellectuelle prévoit que « les personnes coupables de [cette] contravention (...) 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 mois ».

Ce faisant, le décret n° 2010-695 du 25 juin 2010 réintroduit la peine censurée par le Conseil constitutionnel le 10 juin 2009 (16), tout en tirant les conséquences des erreurs passées.

En effet, alors que la coupure temporaire de la connexion internet prévue par le projet de loi « Hadopi 1 (17) » (rensuré par le

Conseil constitutionnel (18)) devait être prononcée par la loi Hadopi, ici, la peine complémentaire sanctionnant la commission de l'infraction sera prononcée par le juge judiciaire, garantissant ainsi le respect des libertés individuelles.

Il convient de remarquer que le juge n'est pas dans l'obligation de prononcer cette peine complémentaire. Il ne s'agit que d'une faculté qui lui est offerte (19).

Or, aucun critère d'application n'est énoncé pour la mise en œuvre de cette faculté.

Cette peine complémentaire sera donc appliquée selon l'appréciation du juge et la prise en compte par ce dernier de divers éléments tels que les circonstances et la gravité de l'infraction, la personnalité de son auteur, son activité professionnelle ou sociale ou sa situation socio-économique (20), etc.

Au cours des débats parlementaires à propos de la loi « Hadopi 1 », le rapporteur Franck Riester avait précisé que « dès lors que l'accès à internet est utilisé à des fins professionnelles, l'abonnement ne sera pas suspendu (21) ».

Dans le même sens, au cours des débats parlementaires à propos de la loi « Hadopi 2 », Patrick Bloche avait relevé : « On en demande tant aux juges à travers ces dispositions – et notamment à cause de leur imprécision – qu'aucun d'entre eux ne prendra le risque de "couler" une entreprise, fût-ce en ne suspendant qu'un mois sa connexion internet... Il en ira de même avec les universités et les collectivités territoriales qui ont mis en place des réseaux wifi ouverts : les juges estimeront, selon toute vraisemblance, que la suspension d'un mois sera disproportionnée par rapport à l'infraction commise (22). »

Néanmoins, en principe, et malgré de nombreux amendements proposés en ce sens (23), au regard des dispositions actuelles créées par les derniers décrets, les personnes morales peuvent se voir priver de toute connexion internet pour une durée maximale de un mois, au titre de la sanction complémentaire de l'infraction de négligence caractérisée (24).

Il conviendra donc d'être vigilant sur la mise en place et la mise en œuvre des systèmes labellisés dès que ceux-ci seront connus. ♦

(15) Malgré de nombreuses propositions d'amendements en ce sens qui ont tous été rejetés (par exemple, amendements n° 79, 507 de Patrick Bloche et n° 84 de Catherine Lemonon proposés lors de la discussion de la loi « Hadopi 2 » et amendements n° 127, 195, 297 de Patrick Bloche proposés lors de la discussion sur l'article prévoyant une sanction en cas de manquement à l'obligation de surveillance de la connexion internet dans la loi « Hadopi 1 »), (16) Cons. const. 2009-580 DC, 10 juin 2009, précité. (17) Loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet, précité. (18) Cons. const. 2009-580 DC, 10 juin 2009, précité. (19) L'emploi du verbe « pouvoir » marque la simple faculté pour le juge judiciaire de prononcer la peine complémentaire. (20) <www.universites-numeriques.fr/content/les-lois-hadopi>. (21) Compte rendu de la 2^e séance de l'Assemblée nationale du 7 mai 2009. (22) Compte rendu de la 1^{re} séance de l'Assemblée nationale du 24 juillet 2009. (23) Voir de nombreuses propositions d'amendements demandant d'exclure la sanction de la coupure de l'accès internet pour les personnes morales et/ou de privilégier des alternatives à la coupure (voir not., en plus des amendements précédemment cités, les débats parlementaires sur la loi « Hadopi 1 », les amendements n° 107 de Jean-Louis Gagnaire, n° 99 de Christian Paul, et n° 230 et 268 de Patrick Bloche). (24) Il convient du plus de souligner que l'article 131-42 du Code pénal dispose que « pour toutes les contraventions de la cinquième classe, la peine d'amende peut être remplacée par une ou plusieurs des peines privatives ou restrictives de droits suivantes (...) 2^e La confiscation de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction ou de la chose qui en est le produit ».