

Qu'est-ce que la loi HADOPI ?

La HADOPI (Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des œuvres sur Internet) fait parler d'elle depuis plusieurs années.

Sa création part notamment du constat selon lequel les peines spécifiques à la contrefaçon de droit d'auteur étaient trop lourdes et trop difficiles à mettre en œuvre contre de simples internautes suite au développement de l'offre internet et du haut débit en particulier.

Avant la HADOPI, les ayants droit n'avaient d'autre choix que de porter plainte devant la justice pénale afin qu'il soit constaté, dans le cadre d'une enquête puis d'une perquisition à son domicile, que les fichiers affichés comme téléchargés à travers son abonnement internet, correspondent bien à ceux qui se trouvent sur son ordinateur.

Agir contre lui par la voie pénale, impliquait de faire la preuve qu'il était bien directement l'auteur du délit de contrefaçon.

Cette procédure longue était chère en frais d'avocats, longue et ne donnait pas les résultats escomptés en termes de sensibilisation des internautes.

L'idée a donc été proposée de trouver un point d'équilibre par l'intermédiaire de mesures jugées par les ayants droits comme plus efficaces et plus acceptables.

Denis Olivennes, alors PDG de la FNAC, s'est vu confier, à l'été 2007, une mission visant à trouver un nouveau moyen de coopération entre les ayants droit, les fournisseurs d'accès (aptent à identifier les identités cachées derrière les adresses IP collectées) et l'HADOPI.

La loi du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création (dite HADOPI 1), puis celle du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet (dite HADOPI 2) ont conduit d'une part, à la création de la HADOPI, Haute autorité pour la diffusion et la protection des œuvres, à celle de la création d'une obligation pour le titulaire de veiller à ce que l'accès à l'internet ne soit pas utilisé à des fins de contrefaçon (sorte d'obligation de sécurisation de l'accès à l'internet à la charge de l'abonné) et d'autre part à adapter le dispositif pénal applicable aux contrefaçons commises sur internet.

Le nouveau moyen mis en œuvre devait permettre de sanctionner les utilisateurs d'internet sans pour autant mettre en œuvre une procédure lourde financièrement.

Pour cela, il a été décidé de déplacer le débat non plus sur la preuve d'un téléchargement illégal constaté au domicile de celui que l'on soupçonne de l'avoir fait, mais de tenter de responsabiliser celui qui est le titulaire de l'abonnement internet, indépendamment du fait de savoir si c'était vraiment lui qui était responsable du téléchargement illégal constaté sur un réseau Peer-to-peer.

La HADOPI ne s'autosaisit pas.

Elle a, à ce titre, en charge la procédure dite de réponse graduée définie par l'article

L. 331-25 du code de la propriété intellectuelle, qui peut être mise en œuvre lorsqu'elle est saisie de faits susceptibles de constituer un manquement à l'obligation qui pèse sur le titulaire d'un accès à Internet de veiller à ce que cet accès ne soit pas utilisé pour commettre des actes de contrefaçon.

La Commission de protection des droits (dite CPD) de la HADOPI n'a donc pas le pouvoir de se saisir elle-même des manquements qui relèvent de sa compétence comme le prévoit l'article L. 331-24 du Code de la propriété intellectuelle.

La commission est en réalité saisie par les ayants droit (ceux qui ont des droits d'auteur ou des droits voisins sur les œuvres téléchargées par l'Internaute) des faits de contrefaçon commis sur internet (piratage).

A partir des constats de ces faits réalisés par la société TMG, les ayants droit ont le choix entre :

1. *Saisir la Commission de protection des droits au titre des manquements de l'abonné à l'obligation de surveillance de son accès à internet*
2. *Saisir directement la justice pénale sur le fondement de la contrefaçon (L'article L335-2 du Code de la propriété intellectuelle prévoit, dans ce cas, jusqu'à 3 ans de prison et 300 000 euros d'amende)*

Il convient donc de garder à l'esprit que l'apparition de la loi HADOPI n'empêche pas que les ayants droit choisissent de poursuivre celui qui télécharge directement devant les tribunaux pour contrefaçon.

Il lui est laissé libre choix quant à la procédure qu'il entend mettre en œuvre.

La procédure pédagogique qu'est la saisine de la HADOPI ou la procédure répressive (qu'est l'action en contrefaçon initiée devant le Tribunal de grande instance).

Procédure répressive contre procédure pédagogique ?

Contrairement à la procédure consistant pour les ayants droit à saisir directement la justice, une fois les faits de contrefaçon constatés, la saisine de la Commission de Protection des Droits de la HADOPI enclenche, du moins dans un premier temps, un dispositif dit « d'avertissements pédagogiques ».

Les différentes recommandations (« avertissements ») envoyées par la Commission à l'abonné lui rappellent l'obligation qui pèse sur lui de veiller à ce que son accès à Internet ne fasse pas l'objet d'une utilisation à des fins de contrefaçon et l'avertissent des sanctions encourues et du délit de contrefaçon prévues aux articles L. 335-7 et L. 335-7-1 du CPI (Code de la propriété intellectuelle).

Une loi du 29 octobre 2009, est venue compléter la phase non contraignante de la procédure dite de la réponse graduée, par un mécanisme de sanction pénale en cas de négligence caractérisée.

Elle a donné la possibilité à la Commission de protection des droits de la HADOPI de constater les manquements à l'obligation de surveillance, lesquels en cas de renouvellement constituent une « négligence caractérisée » qui lui permet de transmettre des constatations au procureur de la république du Tribunal de Grande Instance (TGI) territorialement compétent.

Il faut savoir sur ce point que la HADOPI souhaitait se voir autoriser à prononcer des sanctions de suspension d'abonnement sans l'entremise d'un juge mais que cela a été censuré par le Conseil constitutionnel, d'où le fait qu'il soit aujourd'hui nécessaire de transmettre le dossier à un magistrat qui aura la charge de prononcer ladite sanction. **(sanction de suspension qui nous le verrons plus loin, n'existe plus depuis un décret de juillet 2013)**

Outre la contravention de négligence caractérisée, la Commission peut également constater des faits susceptibles de constituer l'un des délits de contrefaçon quand celui-ci est puni de la peine complémentaire de suspension de l'accès à Internet.

Pouvoir d'appréciation et de contrôle de la CPD quant aux saisines

Les membres et agents assermentés de la CPD ont le pouvoir de recevoir et surtout d'apprécier les saisines qui leur sont transmises par les ayants droit.

Ils peuvent traiter les informations transmises par le Procureur de la République. Ils peuvent obtenir des opérateurs de communications électroniques et des prestataires mentionnés au 1 et 2 de l'article 6 de la LCEN du 21 juin 2004 (FAI et fournisseurs d'hébergement) tous les documents utiles à leur mission parmi lesquels :

- Les informations nécessaires à l'identification des titulaires de l'abonnement à Internet, et ce, sous peine de sanction pénale.
- Recueillir les observations et entendre par procès verbal, les personnes concernées

- Constaten les faits susceptibles de constituer une contravention de négligence caractérisée ou un délit de contrefaçon et saisir de ces faits le procureur de la république compétent. **(Les procès verbaux qu'ils établissent font foi jusqu'à preuve contraire).**

La CPD n'est pas soumise aux dispositions de l'article 40 du Code de procédure pénale qui prévoit notamment que « *toute autorité constituée dans l'exercice de ses fonctions qui acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu de donner avis sans délai au procureur de la république* » et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements.

Ainsi l'article L. 331-25 dispose que : « *Lorsqu'elle est saisie de faits susceptibles de constituer un manquement à l'obligation définie à l'article L. 336-3, la Commission de protection des droits **PEUT** envoyer à l'abonné sous son timbre et pour son compte, par la voie électronique et par l'intermédiaire de la personne dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public en ligne ayant conclu un contrat avec l'abonné, une recommandation (...)* ».

La Commission est donc libre d'envoyer ou de ne pas envoyer de recommandations. Elle peut de la même façon transmettre, après deux recommandations parvenues à l'abonné, ses constatations au parquet ou ne pas le faire.

L'article L. 336-3 du Code de la propriété intellectuelle prévoit que le manquement à l'obligation de surveillance n'a pas pour effet d'engager la responsabilité pénale du titulaire d'accès à internet, en dehors de la mise en œuvre de la procédure de la réponse graduée.

Dans ce cas de figure, la sanction pénale ne pourra être envisagée qu'en dernier lieu, d'où le fait qu'elle soit qualifiée de procédure pédagogique.

Qu'est ce que la négligence caractérisée ?

La négligence caractérisée est définie à l'article R. 335-5 du Code de la propriété intellectuelle comme :

« *Le fait, sans motif légitime, pour la personne titulaire d'un accès à Internet :*

- *Soit de ne pas avoir mis en place un moyen de sécurisation de cet accès*
- *Soit d'avoir manqué de diligence dans la mise en œuvre de ce moyen »*

La constitution de l'infraction suppose, par ailleurs, que 2 conditions soient réunies :

- 1) **L'abonné doit avoir reçu, par mail ainsi que par lettre remise contre signature, une deuxième recommandation de la part de la CPD ;**
- 2) **Son accès à Internet doit avoir été utilisé à nouveau à des fins de contrefaçon, dans l'année suivant la présentation de cette seconde recommandation**

Cette infraction dite de négligence caractérisée a donc un caractère particulièrement original et complexe.

1) Une infraction par omission

La contravention de négligence caractérisée réprime une faute d'omission, le manquement à l'obligation de sécuriser un accès à internet, lorsque cette faute a entraîné l'utilisation de cet accès à des fins de contrefaçon.

Cette omission est réprimée lorsqu'elle se matérialise par un résultat dommageable (des actes de contrefaçon).

Quid du moyen de sécurisation de l'accès ?

Le moyen de sécurisation n'est pas défini par le Code de la propriété intellectuelle d'un point de vue technique. Seul son but est précisé à savoir faire en sorte qu'un accès à internet ne soit pas utilisé à des fins de contrefaçon. La loi n'impose donc pas l'installation d'un dispositif particulier de contrôle et de filtrage.

Le titulaire de l'accès à internet a donc le choix des moyens mis en œuvre pour y parvenir et qu'il considère comme adaptés à ses besoins.

Ainsi, l'abonné qui décide uniquement de verrouiller son ordinateur pour empêcher les personnes qui vivent avec lui de télécharger illégalement met en œuvre un moyen de sécurisation.

La CPD appréciera l'ensemble des moyens de sécurisation mis en œuvre avant de décider de transmettre ou non un dossier au Procureur de la République après deux recommandations parvenues à l'abonné et l'audition éventuelle de ce dernier.

2) Une utilisation réitérée de l'accès à Internet à des fins de contrefaçon

Le résultat de l'infraction de négligence caractérisée est l'utilisation à 3 reprises au moins d'un accès à internet à des fins de téléchargement illégal.

Il constitue le second élément constitutif de cette infraction après le manquement à l'obligation de sécuriser son accès à Internet.

Cette contravention est une infraction d'habitude au sens où elle sanctionne la répétition d'un manquement, qui constaté isolément ne constitue pas une infraction pénale.

Cela suppose donc que la CPD ait été saisie par les ayants droit de 3 procès verbaux de constatation portant sur des faits de contrefaçon commis à partir de l'accès à l'internet d'un même abonné.

L'élément moral de la négligence caractérisée

La responsabilité éventuelle de l'abonné résulte uniquement d'un manquement constaté à 3 reprises à l'obligation de sécuriser son accès à internet.

Dès lors, il ne s'agira pas pour lui de prouver qu'il n'est pas l'auteur des faits puisque ce n'est pas ce qui lui est directement reproché. A l'inverse, il pourra faire valoir un motif légitime justifiant le manquement à son obligation de surveillance l'exonérant de sa responsabilité pénale.

Il faut savoir que les contraventions sont les fautes pénales les moins caractérisées. Elles ne supposent ni intention de violer la loi, ni même une imprudence ou une négligence.

La simple constatation de l'élément matériel de l'infraction suffit à la caractériser.

La négligence caractérisée suppose cependant un élément intentionnel qui ne s'analyse pas comme une faute d'imprudence ou de négligence ordinaire.

Elle se rapproche d'une faute manifestement délibérée au sens de l'article 121-3 alinéa 4 du Code pénal comme en matière délictuelle.

Elle suppose la volonté d'enfreindre une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou un règlement.

En l'espèce la faute de négligence caractérisée sera constituée comme étant une faute délibérée supposant la méconnaissance d'une obligation légale de sécuriser son accès rappelée à deux reprises au titulaire de l'abonnement dans l'année qui précède un troisième manquement constaté à l'obligation de surveillance qui lui avait été imposée.

Comment se présente la procédure de la réponse graduée ?

Elle débute par la constatation des faits de contrefaçon (piratages)

Aux termes des articles L. 331-25 et L. 336-3 du code de la propriété intellectuelle, les constats adressés à la Commission de protection des droits peuvent viser différents faits de contrefaçon ;

Reproduction, représentation, mise à disposition ou communication d'œuvres au public en violation d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin. La loi ne limite pas le champ de la réponse graduée à une technique particulière de téléchargement et couvre tout procédé utilisé.

Toutefois le décret du 5 mars 2010 relatif au traitement automatisé de données à caractère personnel mis en œuvre par la CPD ne mentionne actuellement que les téléchargements illégaux commis sur les réseaux peer to peer (pair à pair)

Il faudra envisager une modification du décret du 5 mars 2010 pour permettre à la CPD de traiter les constats de faits illicites réalisés selon d'autres techniques que le téléchargements peer to peer (streaming, direct download, etc...), ce qui n'est pas encore le cas.

Le système de traitement permettant d'identifier les faits de contrefaçon

Il faut savoir qu'avant la création de l'HADOPI, les ayants droit disposaient déjà d'autorisations de la part de la CNIL de traiter automatiquement les données relatives à la constatation de faits de contrefaçon commis sur les réseaux peer to peer.

Le système mis en place dans le cadre d'HADOPI permet aux ayants droit de déléguer à une société (TMG) la charge de rechercher et de constater les contrefaçons des œuvres figurant dans leurs catalogues.

Cela leur permet de rechercher d'abord les fichiers illicites et ensuite de relever les adresses IP des internautes qui mettent à disposition ces fichiers.

Les agents assermentés de la société TMG désignés par les ayants droit (et qui bénéficient d'un agrément du ministère de la culture) établissent ensuite les procès verbaux de constat de la matérialité des infractions au droit de la propriété littéraire et artistique avant de les signer de façon sécurisée.

Dès leur réception, les agents habilités et assermentés de la CPD contrôlent, à l'aide du système d'information, la recevabilité des saisines, qui doivent comporter l'ensemble des informations visées à l'article R. 331-35 du Code de la Propriété intellectuelle parmi lesquelles

-(informations relatives à l'agent, aux faits constatés, au fait qu'ils datent de moins de 6 mois, la date et l'heure de la constatation, les œuvres protégées et le nom du fichier, la présence d'extraits d'œuvre en cause, l'adresse IP de l'abonné, le nom de

son fournisseur d'accès, le pseudonyme qu'il utilise éventuellement sur le réseau, etc...)

L'identification des abonnés ne peut être faite que par la HADOPI

Seule la Commission de protection des droits dispose des informations et données personnelles concernant les abonnés faisant l'objet d'une procédure de réponse graduée.

La CPD qui reçoit les PV de constat des ayants droit adresse alors des demandes d'identification aux fournisseurs d'accès à internet.

Elle leur communique l'adresse à identifier et l'heure de la constatation des faits à la seconde près.

Les FAI sont ensuite tenus sous peine d'infraction pénale et en application des articles R. 331-37 et R 331-38 du Code de la propriété intellectuelle (CPI) de communiquer, dans les 8 jours, les informations relatives à l'abonné :

- 3) nom de famille et prénoms
- 4) coordonnées téléphoniques
- 5) adresse de l'installation téléphonique de l'abonné
- 6) adresse postale et adresses électroniques

Dans l'hypothèse où l'abonné a souscrit un abonnement auprès d'un fournisseur d'accès, qui ne dispose pas de ressources techniques d'adresses IP (FAI virtuel) la procédure d'identification se passe comme suit :

Le FAI qui a fourni l'adresse IP informe la CPD du nom du fournisseur d'accès virtuel et du numéro de dossier de l'abonné. La CPD interroge ensuite le FAI virtuel en question afin d'obtenir l'identification de l'abonné.

L'envoi des recommandations

Dans les 2 mois suivant la réception du constat transmis par les ayants droit, la CPD PEUT envoyer une première recommandation à l'abonné dont elle a obtenu l'identité.

Cette recommandation lui enjoint de respecter son obligation de veiller à ce que son accès à internet ne soit pas utilisé à des fins de contrefaçon et lui rappelle notamment les sanctions prévues aux articles L. 335-7 et L. 335-7-1 du CPI.

La première recommandation est envoyée à l'abonné par la voie électronique et par l'intermédiaire de son FAI.

En cas de renouvellement des faits **dans les 6 mois** suivant l'envoi de la première recommandation, la CPD peut envoyer par courriel doublé d'une lettre remise contre signature une seconde recommandation, qui comporte les mêmes informations que la première.

L'idée du renouvellement des faits de téléchargement illégal dans un délai de 6 mois après la première recommandation implique de se fier à la date indiquée par la HADOPI selon laquelle le fait de téléchargement illégal a été constaté et non pas à la date à laquelle la seconde recommandation a été reçue.

Ex : (1^{ère} recommandation reçue le 1^{er} janvier, fait de téléchargement constaté le 28 juin et seconde recommandation reçue le 12 juillet.

Puisque le fait de téléchargement est constaté dans le délai de 6 mois, peu importe que la seconde recommandation ait été reçue après, elle reste valable.

La situation aurait été différente si le fait de téléchargement était postérieur au 1^{er} juillet.

Cette seconde recommandation compose l'un des éléments constitutifs de la contravention de négligence caractérisée.

En pratique, la HADOPI n'envoie pas de seconde recommandation quand elle est saisie de faits commis simultanément ou de façon répétitive, et ce, même si la loi n'a pas prévu de délai minimal pour l'envoi de la deuxième recommandation. (seul un maximum de 6 mois étant imposé).

Une deuxième recommandation n'est envoyée que pour de nouveaux faits de mise à disposition commis plus de 8 jours après l'envoi d'une première recommandation.

Lorsqu'il s'agit de la mise à disposition de la même œuvre, du même fichier, sur le même logiciel peer to peer dont est saisie la CPD suite à l'envoi d'une première recommandation, une deuxième recommandation n'est envoyée que pour des faits commis plus de 2 mois après l'envoi de la première recommandation.

Les échanges entre les abonnés et la HADOPI

Dès l'envoi de la première recommandation, les abonnés qui l'ont reçue peuvent obtenir des informations sur le manquement qui leur est reproché et peuvent faire toutes observations qu'ils jugent utiles et même demander à être entendus par la CPD.

Le contenu des œuvres n'est pas révélé dans la recommandation, notamment par souci de paix des ménages.

L'article L. 331-25 du CPI dispose expressément que les recommandations « ne divulguent pas le contenu des œuvres et objets protégés » mentionnés par le constat à l'origine de la recommandation.

Il n'est pas possible de faire droit aux demandes qui ont pour objectif d'obtenir la communication du procès verbal de constat des ayants droit, dans la mesure où toute la procédure de réponse graduée s'inscrit dans le cadre d'une procédure pénale, procédure couverte par les dispositions relatives au secret de l'enquête conformément à l'article 11 du Code de procédure pénale.

Troisième phase de la procédure de réponse graduée

La troisième phase de la réponse graduée s'ouvre lorsque, **dans l'année suivant** la date de la présentation de la deuxième recommandation, la CPD est saisie de nouveaux faits susceptibles de constituer une contravention de négligence caractérisée.

Cette phase se caractérise par la possibilité qui est ouverte en faveur de la CPD de transmettre des dossiers au procureur de la république aux fins de poursuite éventuelles du chef de négligence caractérisée.

La CPD instruit donc le dossier et l'examine dans la perspective d'une saisine éventuelle du juge pénal.

Elle informe d'abord l'abonné par lettre remise contre signature que les faits dont elle est saisie sont susceptibles de constituer la contravention de négligence caractérisée et d'être transmis au procureur de la république aux fins de poursuite éventuelle.

Cette lettre l'invite à présenter ses observations ou solliciter une audition dans un délai de 15 jours et à préciser ses charges de famille et ses ressources. Elle l'informe également qu'en cas d'audition, il peut être assisté d'un conseil. Elle peut aussi convoquer l'abonné de sa propre initiative.

La CPD située à Paris, réfléchit actuellement à la possibilité de proposer des auditions à distance pour assurer une égalité de traitement entre tous les abonnés quel que soit leur lieu de résidence.

La CPD délibère sur chaque dossier individuellement pour décider ou non de leur transmission au procureur de la République.

La HADOPI concède que les saisines de justice seront en nombre restreint et réservées aux hypothèses dans lesquelles la pédagogie n'a eu aucun effet dissuasif.

Quid des sanctions ?

En cas de condamnation pour des faits de négligence caractérisée, les juges ont la possibilité de prononcer, à l'encontre des personnes physiques, **une peine principale** de 1.500 euros d'amende maximum prévue pour les contraventions de 5^{ème} classe.

Une peine complémentaire de suspension de l'accès à Internet **pouvait, jusqu'en juillet 2013**, également être prononcée conformément à l'article L. 335-7-1 du Code de la propriété intellectuelle).

Dans ce cas, la durée maximale de la suspension d'internet était d'un mois.

Cette nouvelle peine complémentaire **était** également applicable, en vertu de l'article L. 335-7, aux faits de contrefaçon (*délit puni d'une peine principale de 3 ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende*).

L'article précité **prévoyait** que « *Lorsque l'infraction est commise au moyen d'un service de communication au public en ligne, les personnes coupables des infractions prévues aux articles L. 335-2, L. 335-3 et L. 335-4 peuvent en outre être condamnées à la peine complémentaire de suspension de l'accès à un service de communication au public en ligne pour une durée maximale d'un an, assortie de l'interdiction de souscrire pendant la même période un autre contrat portant sur un service de même nature auprès de tout opérateur* ».

Les effets de ces différentes sanctions **étaient** limités à la connexion à Internet.

Dès lors, pour les abonnés ayant souscrit des contrats composites comprenant également le téléphone et la télévision (triple play), la suspension de l'accès à Internet ne devait pas affecter ces autres services.

Par ailleurs, même si la connexion à internet était suspendue, l'internaute devait toujours avoir la possibilité d'accéder à ses mails en dehors de chez lui et par un autre moyen que sa propre connexion à Internet.

C'est à la CPD que revenait la charge de notifier les peines de suspension aux FAI qui étaient ensuite chargés de les mettre à exécution sous peine d'une amende de 5000 euros. Elle vérifiait également que la peine avait bien été exécutée et en informait le casier judiciaire.

Depuis un décret n° 2013-596 paru le 8 juillet 2013 supprimant la peine contraventionnelle complémentaire de suspension de l'accès à un service de communication au public en ligne et relatif aux modalités de transmission des informations prévue à l'article L. 331-21 du code de la propriété intellectuelle, seule une peine d'amende contraventionnelle de 5e classe (à savoir 1.500 euros) pourra désormais être prononcée pour l'infraction de négligence caractérisée prévue à ce même article.

Il est désormais impossible de couper l'internet à un particulier comme à une entreprise dans le cadre d'une procédure dite HADOPI.

Pour information, depuis la création de la HADOPI, son bilan (arrêté au mois de juin 2014) est le suivant :

- 12 millions d'euros de budget annuel (révisé à 8 millions pour 2013) ;
 - 3,2 millions d'avertissements par courriels (première étape de la riposte graduée) ;
 - 333 723 recommandés expédiés (seconde étape) ;
 - 159 transferts de dossier au parquet pour d'éventuelles poursuites sur l'ensemble des 1289 dossiers étudiés par la CPD depuis octobre 2010.
 - 36 personnes jugées ;
 - 19 condamnations (dont une sans peine) ;
- Parmi elles :
- 1 amende de 150 euros (un internaute avait ainsi été condamné en septembre 2012 pour ne pas avoir « empêché » son ex-compagne de télécharger deux chansons de Rihanna) ;
 - 1 amende de 600 euros assortie d'une coupure d'Internet de deux semaines.