Extrait du Association des Jeunes Magistrats (AJM)

https://jeunesmagistrats.fr/v2/HADOPI-les-difficultes-de-mise-en.html

HADOPI : quelles difficultés de mise en oeuvre ?

- Nos activités - Réflexions/Débats -

Date de mise en ligne : vendredi 30 octobre 2009

Association des Jeunes Magistrats (AJM)

« *Tout est dit, et l'on vient trop tard* » écrivait La Bruyère au plus fort du conflit opposant les Anciens et Les Modernes. Et c'est vrai qu'au sujet de la création de la haute autorité pour la diffusion des oeuvres et la protection des droits sur Internet (HADOPI) tout a été dit, tant devant le Parlement que le Conseil Constitutionnel : aucun argument, de fond ou de forme, n'a eu raison d'un positionnement répressif en réponse à la révolution des modes de diffusion des biens culturels.

Les intérêts des ayants-droit, qui avaient jusque-là réussi à s'adapter aux évolutions technologiques des supports physiques (vinyles, cassettes audio, VHS, CD-ROM, DVD-ROM), ont eu raison des propositions qui tendaient à accélérer la mutation de leur profession. Nos parlementaires ont choisi de leur laisser du temps pour faire émerger un modèle économique viable de distribution de biens dématérialisés, au prix de la construction d'une digue répressive. Dont acte. Le débat est aujourd'hui clos par le vote de textes, applicables pour l'essentiel après leur passage devant le Conseil Constitutionnel.

Reste à s'interroger sur les conditions de mise en oeuvre.

Les réfractaires aux avertissements de la HADOPI sont sur le point d'être sanctionnés selon une procédure simplifiée déjà utilisée dans certains contentieux, notamment les infractions routières. Mais recours à procédure simplifiée ne veut pas dire simplification des principes de procédure pénale : la recherche de la matérialité de l'infraction reste une nécessité, qu'il s'agisse de faits délictuels (contrefaçon de bien protégé par le droit d'auteur) ou contraventionnels (négligence caractérisée du titulaire d'un accès à un service de communication en ligne).

En pratique, les magistrats qui auront à connaître de ce contentieux seront principalement confrontés à deux difficultés : l'incertitude de l'imputabilité des infractions et l'inadaptation du panel de sanctions.

L'incertitude de l'identification de l'utilisateur

Une imputabilité fondée sur l'identification de l'adresse réseau du contrefacteur

La constatation des infractions ne pose pas de difficulté technique. Des agents habilités et assermentés de la toute nouvelle commission de protection des droits (ou CPD - bras armé de la HADOPI) pourront relever à l'aide de logiciels de surveillance des réseaux d'échanges de pair à pair (dits « peer to peer ») les identifiants réseaux uniques (adresses du protocole internet ou « IP ») des ordinateurs téléchargeant des contenus frauduleux (contrefaçons de film ou de musique).

Les agents solliciteront par la suite l'identification de l'abonné à son fournisseur d'accès internet.

Mais ce simple constat suffit-il ?

Un lien fragile entre l'adresse IP et l'identification de l'abonné contrefacteur

L'identification de l'abonné n'est pas en elle-même probante, puisque une adresse IP identifie la machine et non l'utilisateur. De plus, les multiples procédés d'usurpation d'une adresse IP sont d'un niveau technique compréhensible par n'importe quel utilisateur informatique sachant utiliser un moteur de recherche.

Copyright © Association des Jeunes Magistrats (AJM)

Ainsi, il peut être cité :

- l'utilisation d'un point d'accès internet sans fil (« WiFi ») en libre service (« hotspot ») ou d'un ordinateur en libre service (cybercafé, entreprise, université, milieu scolaire, point emploi , administrations...) ;
- l'utilisation d'une connexion WiFi voisine, même sécurisée, en « cassant » la clé de protection avec des logiciels spécifiques, disponibles en téléchargement sur Internet ;
- l'utilisation à distance d'un ordinateur tiers, infecté par un virus ouvrant des portes dérobées ;
- l'utilisation d'une connexion internet n'appartenant pas à l'auteur (connexion payée par son employeur ou un tiers), le fournisseur d'accès internet n'étant alors en mesure d'identifier que le souscripteur du contrat ;
- etc.

Cette fragilité du lien adresse IP / contrefacteur, bien connue des magistrats et des enquêteurs spécialisés, induit donc de multiples moyens de contestations, ne pouvant être écartées qu'après des investigations informatiques complémentaires, lourdes de coût.

Probablement conscient de la facilité technique avec laquelle les altérations d'adresse IP sont possibles, le législateur a donc mis à la charge de l'utilisateur lambda une obligation de prudence, dont la réalisation technique s'avère en pratique des plus complexes.

Le renversement de la charge de la preuve : de la sanction de la fraude à la responsabilité pénale pour incapacité technique à se protéger de la fraude

L'obligation de sécurisation

Afin de ne pas compromettre le traitement de masse par des contestations techniques, le législateur a introduit une nouvelle obligation pour tout titulaire d'un accès internet : l'abonné doit sécuriser sa connexion sauf à encourir une sanction pour avoir « laissé commettre » une possible usurpation.

Dans cette hypothèse, le législateur s'est à nouveau inspiré du code de la route qui sanctionne pécuniairement le propriétaire d'un véhicule en l'absence d'identification du conducteur, auteur de l'infraction (article L121-2 du code de la route).

L'apparente analogie ne résiste toutefois pas à l'analyse : la négligence d'un propriétaire de véhicule n'est pas assimilable à l'incapacité d'un abonné à Internet à prévenir une intrusion sur son réseau informatique personnel.

Une obligation aux contours techniques flous

Le titulaire de l'adresse IP identifiée, doit, pour contester valablement l'infraction, prouver avoir sécurisé sa connexion Internet. En carence, il pourra être poursuivi pour une contravention de « négligence caractérisée ».

Cette obligation de sécurisation de la connexion internet n'est pas encore définie. Le Conseil Constitutionnel, dans sa décision n° 2009-590 DC du 22 octobre 2009, a précisé qu'il appartiendra au pouvoir réglementaire de caractériser cette contravention de 5ème classe sous le contrôle du Conseil d'Etat, et aux juridictions d'apprécier les situations de fait.

Copyright © Association des Jeunes Magistrats (AJM)

Mais comment évaluer *in concreto* et *in abstracto* cette « sécurisation » ?

Pour des raisons pratiques (temps de traitement, coût), le recours à l'expertise sera vraisemblablement écarté dans la plupart des situations. Il reviendra donc aux magistrats d'apprécier si la clé « WEP » ou « WPA » relève d'un niveau suffisant de sécurisation ou de savoir si l'internaute a effectivement utilisé l'antivirus le plus adapté du marché pour prévenir l'introduction de « vers » ou de « troyens » sur sa machine. A la lecture de ces lignes, vous aurez compris que sans formation minimum en sécurité des systèmes d'information, le traitement de ces infractions par une procédure accélérée non contradictoire risque d'aboutir soit à des rejets en masse, soit à la condamnation d'usagers ayant pour seul tort de n'avoir pas constaté le « piratage » de leur ligne ou de leur ordinateur.

En allant plus loin, le juge peut-il réprimer un internaute pour son refus de faire évoluer la configuration de sa machine vers de nouvelles versions de Windows ? Peut-il réprimer le refus d'un consommateur de souscrire à la logique d'une industrie informatique qui alimente ses propres besoins dans une course effrénée entre matériels et logiciels ?

Durant les débats, la possibilité de diffusion de logiciels « filtrants » diffusés par la HADOPI elle-même a été avancée. Ces logiciels auraient pour effet d'interdire les utilisations présentant des risques, tel que l'utilisation de programmes de téléchargements « peer-to-peer ». Or, l'utilisation de tels programmes n'a rien de répréhensible en soi, des contenus libres de droits circulant sur ces réseaux (suites bureautiques, bandes annonces de films ou jeux vidéos, ...). Utiliser les logiciels filtrants de la HADOPI pour écarter l'accusation de « négligence caractérisée » revient donc, pour en revenir aux infractions routières, à brider son véhicule à 30 km/h pour être sûr de ne jamais dépasser les limitations de vitesse.

L'inadaptation des sanctions prononcées

La coupure de l'accès internet, une sanction dissuasive dont la mise en oeuvre s'avèrera complexe

La loi relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet prévoit une peine de suspension de l'accès internet, pour laquelle « la juridiction prend en compte les circonstances et la gravité de l'infraction ainsi que la personnalité de son auteur, et notamment l'activité professionnelle ou sociale de celui-ci, ainsi que sa situation socio-économique. La durée de la peine prononcée doit concilier la protection des droits de la propriété intellectuelle et le respect du droit de s'exprimer et de communiquer librement, notamment depuis son domicile ».

Cette hypothèse a alimenté l'essentiel des débats, les détracteurs de la loi présentant cette coupure comme une double - voire une triple - peine : en effet, l'internaute récalcitrant s'expose non seulement à une peine d'amende, mais en sus à une suspension temporaire de son abonnement internet qu'il devra continuer à payer.

Les « anti-hadopi » avaient fondé de nombreux espoirs sur l'amendement 138 déposé par des parlementaires européens lors des débats relatifs au « paquet télécom » tenus au sein de leur assemblée. Cet amendement, qui se proposait d'ériger l'accès à Internet en droit fondamental, a été écarté le 22 octobre 2009 par les eurodéputés, qui ont laissé le soin à chaque Etat membre de légiférer en matière de répression du téléchargement illégal.

La peine complémentaire de suspension ne présente bien entendu aucun caractère d'automaticité, le juge appréciant au cas par cas l'opportunité de cette sanction (selon les critères cités supra). Il devra également prendre en compte la faisabilité technique de cette opération : au visa de la loi, l'internaute ne peut en effet être privé que de sa seule connexion Internet.

Copyright © Association des Jeunes Magistrats (AJM)

Or les offres dites « triple play » (c'est-à-dire offrant de manière indivisible un accès internet, un accès téléphonique et un accès à la télévision) ne peuvent généralement pas être morcelées par les fournisseurs d'accès (seul l'accès ADSL, c'est-à-dire le « tuyau », peut être coupé) : le juge ne pourra donc prononcer cette peine complémentaire dans une situation sur deux (sur 18 millions d'internautes français connectés en haut débit, 50% ont souscrit à une offre de ce type).

Quant aux effets d'une telle peine pour les prévenus, il conviendra évidemment de ne pas les minimiser et d'en mesurer toutes les conséquences sociales et professionnelles. Et même si le Conseil Constitutionnel a estimé que cette sanction ne présente pas de « disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue », l'impact d'une telle décision ne peut être minimisé : l'accès à Internet est aujourd'hui utilisé tant à titre professionnel (moyen de communication avec son employeur ou recherche d'emploi) qu'à titre personnel (maintien des liens avec sa famille, démarches auprès de l'administration telles que la télédéclaration d'impôts).

Des sanctions inadaptées aux personnes morales et aux mineurs

La question de l'adaptation des sanctions se pose également lorsque l'auteur identifié est une personne morale ou un mineur.

Concernant les personnes morales, la loi relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet prévoit la responsabilité pécuniaire du représentant légal de l'entreprise (donc la personne physique) depuis laquelle le téléchargement a eu lieu.

La sanction de la personne morale ayant tiré un bénéfice direct d'une infraction ne pose aucune difficulté de principe. En revanche, la sanction de la personne physique ès-qualités de représentant de la personne morale semble plus difficilement justifiable dès lors que les infractions ont été commises par des employés dans leur seul et unique intérêt personnel.

Que sanctionnerait-on alors ? L'absence de contrôle de l'activité des employés ? L'absence de surveillance étroite du réseau informatique de la société ?

Quant aux mineurs, l'article 524 du code de procédure pénale exclut expressément l'application de cette procédure à leur encontre.

La saisine d'un juge des enfants paraît donc la seule voie juridique permettant de poursuivre les jeunes amateurs de musiques au format MP3 ou de films au format DivX. On imagine d'ici le désarroi des magistrats spécialisés face à des jeunes parfaitement insérés, ne présentant aucune problématique personnelle, ayant, par ailleurs, fait fonctionné de la manière la plus légale l'industrie informatique. Car l'hypocrisie, bien connue, des constructeurs de matériels consiste de proposer tous les jours de nouveaux supports d'enregistrement, à grand renfort de publicité, toujours mieux adaptés aux immenses appétits de stockage des consommateurs.

Autant dire que les juges des enfants ne seront probablement jamais saisis par leur parquet.

Des sanctions ne répondant pas, de manière paradoxale, aux objectifs de protection des auteurs et des ayants-droit

De manière paradoxale, la répression de masse a compromis la condamnation des contrefacteurs au plan civil.

Copyright © Association des Jeunes Magistrats (AJM)

En effet, dans sa décision du 22 octobre 2009, le Conseil Constitutionnel n'a censuré la loi relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur Internet que sur un seul point : l'organisation par simple décret de la procédure régissant l'indemnisation des parties civiles dans le cadre de l'ordonnance pénale. L'article 34 de la Constitution prévoit en effet que seule la loi peut fixer les règles en matière de procédure pénale.

Une loi HADOPI 3 devrait donc répondre à cette question. Elle devrait aussi prendre en compte la recomposition des modes de consommation de contenus culturels contrefaits, qui s'est accélérée depuis quelques mois.

Sachant que les agents de la CPD ne surveilleront dans le cadre de la loi que les réseaux « peer-to-peer », les consommateurs de masse de contenus numériques, légaux et illégaux, ont réinvesti d'anciens modes de diffusion ou se sont tournés vers des solutions permettant de ne pas enregistrer le contenu contrefait sur son ordinateur.

Le « téléchargement direct » (connexion à des sites de partage de fichiers hébergés à l'étranger, rendant complexe l'exécution de réquisitions afin d'identifier les adresses IP) ou la diffusion de contenus sans téléchargement (« streaming », c'est à dire lecture depuis son ordinateur d'un film ou d'une musique enregistrés physiquement sur un ordinateur distant, également à l'étranger) rendent obsolètes les lois HADOPI avant même leur application, sauf à y adjoindre des accords internationaux permettant d'obtenir des hébergeurs étrangers la liste des adresses IP s'étant connectées sur leur site.

Des problèmes déplacés et le coeur du sujet éludé

Ces lois concrétisent un choix politique, émanant d'un débat et d'un processus démocratique. En ceci, elles ne peuvent être critiquées.

Toutefois, une brève analyse de ces textes démontre que les problèmes ont, au final, été déplacés et les réelles questions éludées.

Tout d'abord, la justice n'a pas été dotée de moyens suffisants pour traiter ce nouveau contentieux de masse. L'étude d'impact diligentée en juin 2009 préconisait la création de 26 postes de magistrats afin de prononcer 50.000 coupures par an (soit près de 173 dossiers par magistrat par mois). Autant dire une goutte d'eau dans l'océan des dossiers déjà amoncelés sur les bureaux des juges. Alors que la situation des juridictions n'a jamais été aussi précaire, l'ajout de cette masse de dossiers, techniquement complexes et donc chronophages, va à nouveau exposer l'ensemble des services judiciaires à des critiques de totale inefficacité et se traduire par une conclusion aux allures de ritournelle : les seuls fautifs de l'inapplication de ces textes ne pourront être que les magistrats.

Ensuite, la trop lente adaptation de l'industrie culturelle aux nouveaux modes de consommation ne doit pas rejaillir sur les consommateurs. Le coeur du métier des ayants-droit est en train de connaître une révolution sans précédent : l'achat de supports matériels, facilement valorisables, va devenir anecdotique dans la masse des achats, essentiellement dématérialisés.

Bien entendu, la gratuité totale reste une utopie. Tout comme l'éradication totale de la contrefaçon. Seule la mise en place d'une offre économiquement adaptée, facile d'utilisation, assurant une équitable redistribution aux artistes permettra de convaincre les amateurs de biens culturels.

Mais le frein majeur à l'émergence de cette véritable offre légale demeure malheureusement la volonté des producteurs et des diffuseurs de contenu de préserver leur pouvoir de prescription. Face à un Internet en mesure de

Copyright © Association des Jeunes Magistrats (AJM)

lier directement les artistes aux consommateurs, les ayants-droit donnent aujourd'hui le sentiment d'agir en véritables « luddites » contemporains afin de préserver leurs acquis.

En se faisant les promoteurs de sanctions impossibles à appliquer à l'encontre de leurs potentiels clients, il est à craindre que l'industrie de la culture ne finisse par agir au détriment de ses propres intérêts.

Copyright © Association des Jeunes Magistrats (AJM)