

## Département Propriété intellectuelle / NTIC / Médias

### SPECIAL HADOPI: Que reste-t-il de la loi « Création et Internet » ?

Saisi par des députés du parti socialiste, le Conseil Constitutionnel a étudié la loi « Création et Internet » telle qu'adoptée par le Sénat le 13 mai 2009, et a finalement rendu sa décision le 10 juin 2009.

Cette décision du Conseil Constitutionnel n°2009-580 du 10 juin 2009 remet largement en cause le mécanisme de la riposte graduée, mais ne prive pas pour autant d'intérêt la loi « Création et Internet », dont les apports dépassent heureusement la seule mise en place – désormais avortée – d'un mécanisme extrajudiciaire de suspension des abonnements d'accès à internet.

#### ■ La suppression de la sanction

Reste que la censure du Conseil Constitutionnel porte sur un aspect essentiel de la loi « Création et Internet ». Rappelons que la loi prévoyait que la Commission de protection des droits, dépendante de la Haute Autorité pour la Diffusion des Œuvres et la Protection des droits sur Internet (HADOPI), pourrait dans certains cas, sans intervention du juge, prononcer la suspension de l'accès à internet d'un abonné qui n'aurait pas satisfait à ses obligations de surveillance et de sécurisation de son accès à internet, telle qu'instaurée par le nouvel article L.336-3 du Code de la propriété intellectuelle.

Or, le Conseil Constitutionnel a purement et simplement censuré ce dispositif, au moyen de considérations qui ne sont pas sans rappeler le fameux amendement 138 soutenu devant le Parlement européen dans le cadre des discussions sur le Paquet Télécom.

Ainsi, le Conseil Constitutionnel a retenu qu'en l'état actuel des moyens de communication existants, la liberté d'expression, qui constitue l'un des droits les plus précieux de l'homme, implique la liberté d'accéder à internet.

Les Sages ont alors considéré que « *le législateur ne pouvait, quelles que soient les garanties encadrant le prononcé des sanctions, confier de tels pouvoirs à une autorité administrative dans le but de protéger les droits des titulaires du droit d'auteur et de droits voisins* ».

Cette consécration du droit à l'accès d'internet prive ainsi l'HADOPI de son pouvoir de sanction, lequel ne pourrait donc être exercé que par un juge. Ses missions, dans le cadre de la lutte contre le téléchargement illégal, ne seront donc que préventives, via l'envoi d'e-mails d'avertissement.

#### ■ Le respect de la présomption d'innocence

Le Conseil constitutionnel ne s'est pas contenté de poser un tel principe, et n'a pas manqué de censurer davantage la loi « Création et Internet ».

Ainsi, le Conseil considère que la présomption de responsabilité instaurée par cette loi (le texte prévoyait qu'aucune sanction à l'encontre de l'abonné ne pouvait être prise notamment s'il avait mis en œuvre un moyen de sécurisation de sa connexion, parmi ceux qui devaient être suggérés par l'HADOPI) opère un renversement de la charge de la preuve contraire au principe de la présomption d'innocence résultant de l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789.

Par conséquent, le Conseil a également censuré partiellement ce mécanisme, de sorte que pour obtenir la suspension d'accès à internet d'un abonné, la preuve de la violation de l'obligation de surveillance de l'abonné devra être rapportée.

Il n'est pas certain que ceci profite réellement aux internautes, dans la mesure où le texte initial permettait de prévenir toute suspension au moyen de règles du jeu parfaitement claires.

En tout état de cause, compte tenu de la décision du Conseil Constitutionnel, le dispositif de suspension de l'accès à internet des abonnés prévu par la loi « Création et Internet » est inapplicable en l'état.

#### ■ Le rejet des autres contestations

Le Conseil Constitutionnel n'a en revanche pas donné suite aux nombreuses autres contestations portées à son attention sur diverses dispositions de la loi Création et Internet. Notamment, le Conseil Constitutionnel a écarté l'argument selon lequel la loi opère une conciliation manifestement déséquilibrée entre la protection des droits d'auteur et le droit au respect de la vie privée, même s'il s'est à cette occasion prononcé à demi-mots sur la qualification de l'adresse IP de donnée à caractère personnel, dans le droit fil du récent rapport d'information du Sénat du 3 juin 2009.

Par ailleurs, il était demandé au Conseil Constitutionnel de constater le caractère anticonstitutionnel du dispositif permettant aux titulaires de droits de saisir le TGI afin qu'il ordonne « *toutes mesures propres à prévenir ou à faire cesser une telle atteinte à un droit d'auteur ou un droit voisin, à l'encontre de toute personne susceptible de contribuer à y remédier* », au motif que ce dispositif priverait les utilisateurs de leur droit à l'information. Le Conseil n'a pas suivi cette demande, en considérant que, le cas échéant, il appartiendrait à la juridiction saisie de ne prononcer que les mesures strictement nécessaires à la préservation des droits en cause, dans le respect du droit à l'information.

\*\*\*

La Ministre de la Culture a immédiatement pris acte de la décision du Conseil Constitutionnel et a annoncé son intention de compléter très rapidement la loi « Création et Internet » pour confier au juge la sanction ultime de la « réponse graduée », la suspension de l'accès à internet de l'abonné.

## La loi « Création et Internet », au delà de la lutte contre le téléchargement illicite

Bien que partiellement censurée par le Conseil Constitutionnel, la loi « Création et Internet » a été promulguée le 13 mai 2009 et mérite donc qu'on s'y attarde. Bien évidemment, cette loi instaure la fameuse HADOPI (Haute Autorité pour la Diffusion des Œuvres et la Protection des droits sur Internet), qui pourra adresser des avertissements aux internautes et succèdera, par ailleurs, à l'Autorité de Régulation des Mesures Techniques (ARMT). Mais la loi nouvelle ne s'arrête pas là, bien au contraire. En effet, elle comporte de nombreux autres apports, dont voici quelques dispositions essentielles:

### ■ L'interopérabilité des mesures techniques

Alors que l'abandon des DRM (mesures techniques de protection) au sein des offres de téléchargement de musique à l'acte était annoncé avant-même l'ouverture des débats parlementaires sur le projet de loi, il s'avère qu'aujourd'hui encore, certaines offres « légales » de téléchargement de musique sont toujours assorties de DRM pouvant parfois poser des problèmes d'interopérabilité.

La loi « Création et Internet » pourrait modifier cet état de fait, dès lors qu'elle prévoit que les plateformes de téléchargement payant de fichiers musicaux (hors abonnement) devront conclure avec les producteurs, dans un délai de 3 mois à compter du 14 juin 2009, date d'entrée en vigueur de la loi, un accord destiné à commercialiser lesdits fichiers sans DRM, lorsque ceux-ci ne permettent pas l'interopérabilité (article 10 quater).

### ■ La nouvelle chronologie des médias

La chronologie des médias actuelle, qui définit les délais d'exploitation des œuvres cinématographiques à la télévision, en vidéo et sur internet, résulte d'accords interprofessionnels. Bien que de nouvelles négociations aient été annoncées en 2008, la chronologie des médias n'a pas véritablement évolué depuis les accords de l'Élysée du 23 novembre 2007, dont la portée est au demeurant incertaine.

Compte tenu de la difficulté à mettre d'accord les différents acteurs sur ce sujet, l'article 9 de la loi « Création et Internet » modifie directement cette chronologie, en portant le délai de l'exploitation DVD à 4 mois (au lieu de 6) après la sortie en salles. S'agissant de la VOD, la loi dispose qu'un accord professionnel devra prévoir le délai applicable, étant précisé qu'à défaut d'accord dans un délai d'un (1) mois suivant la publication de la loi, la VOD à l'acte pourra intervenir dans un délai de 4 mois à compter de la date de sortie en salles.

### ■ La captation de film en salles : un délit de contrefaçon

Le téléchargement illicite porte souvent sur des œuvres cinématographiques, et ce dès leur date de sortie en salles. Afin de décourager le piratage des œuvres cinématographiques dès leur sortie en salles, la loi « Création et Internet » prévoit l'ajout d'un nouvel alinéa à l'article L.335-3 du Code de la propriété intellectuelle, qui précise, s'il en était besoin, que la captation totale ou partielle d'un film dans une salle de cinéma est un délit de contrefaçon.

### ■ Un statut pour l'éditeur de presse en ligne

Sans doute confondu à tort avec l'éditeur au sens de la loi pour la confiance dans l'économie numérique du 21 juin 2004, l'éditeur de presse en ligne ne bénéficiait jusqu'ici d'aucun traitement légal particulier. La loi « Création et Internet » instaure donc un statut légal de l'éditeur de presse en ligne, désormais défini comme « *tout service de communication au public en ligne édité à titre professionnel par une personne physique ou morale qui a la maîtrise éditoriale de son contenu, consistant en la production et la mise à disposition du public d'un contenu original, d'intérêt général, renouvelé régulièrement, composé d'informations présentant un lien avec l'actualité et ayant fait l'objet d'un traitement à caractère journalistique, qui ne constitue pas un outil de promotion ou un accessoire d'une activité industrielle ou commerciale* ».

Un décret viendra prochainement préciser les conditions dans lesquelles ce statut peut être attribué, étant d'ores et déjà précisé que les services de presse en ligne présentant un caractère d'information politique et générale devront, pour bénéficier du statut, employer au moins un journaliste professionnel à titre régulier.

Des avantages fiscaux sont attachés à ce nouveau statut, puisque l'éditeur de presse en ligne bénéficie d'une exonération de taxe professionnelle et est autorisé à constituer, dans certaines limites, des provisions déductibles de son résultat net (jusqu'à l'exercice 2010) en vue de faire face à ses dépenses, telles qu'énumérées limitativement par l'article 39 A bis du Code général des impôts.

La loi « Création et Internet » comporte une autre disposition qui devrait satisfaire les éditeurs de presse en ligne. En cas de réalisation d'un délit de presse (par exemple la diffamation) du fait de la publication du message d'un internaute au sein d'un espace de contribution personnelle identifié comme tel, sur le site de l'éditeur de presse en ligne, son directeur de la publication ne pourra pas voir sa responsabilité pénale engagée comme auteur principal s'il est établi qu'il n'avait pas effectivement connaissance du message avant sa mise en ligne ou si, dès le moment où il en a eu connaissance, il a agi promptement pour retirer ce message.

### ■ Une modification importante du régime des droits d'auteur des journalistes professionnels

La loi « Création et Internet » emporte création de nouveaux articles au sein du Code de la propriété intellectuelle, desquels il résulte que le contrat de travail conclu entre le journaliste et son employeur emporte, sauf stipulation contraire, cession à titre exclusif à l'employeur des droits d'exploitation des œuvres du journaliste réalisées dans le cadre d'un titre de presse, qu'elles soient ou non publiées (article L.132-36).

En outre, la loi prévoit notamment qu'un titre de presse inclut tout à la fois l'organe de presse à l'élaboration duquel le journaliste professionnel a contribué, mais également l'ensemble des déclinaisons du titre, quels que soient le support et le mode de diffusion, hors services de communication audiovisuelle (article L.132-35). La loi permet donc l'exploitation multi-supports des articles de presse, dès lors que les supports relèvent bien du même titre de presse. Au demeurant, la loi précise que cette exploitation multi-supports ne donne lieu au profit du journaliste à aucune rémunération additionnelle à son salaire, et ce pendant une durée qui sera fixée par accord d'entreprise ou, à défaut, par tout autre accord collectif. En revanche, l'exploitation de l'article au-delà de cette durée devra être rémunérée, sous forme de droits d'auteur ou de salaire.

La loi va encore plus loin puisqu'elle prévoit par exemple que des accords d'entreprises pourront permettre une exploitation plus large d'un même article, par exemple dans un titre édité par une société appartenant au même groupe.

A noter que s'agissant des photojournalistes professionnels qui tirent le principal de leurs revenus de cette activité et qui collaborent de manière occasionnelle à l'élaboration d'un titre de presse, la cession automatique prévue par l'article L.132-36 du Code de la propriété intellectuelle ne s'applique qu'en cas de commande.

#### **P.D.G.B Société d'Avocats**

174, avenue Victor Hugo  
75116 Paris

Tél. : 00 (33) 01.44.05.21.21

[www.pdqb.com](http://www.pdqb.com)

Julie JACOB - Benjamin JACOB  
Sandy HERVE - Valérie ACHACHE  
Charles PESQUET