

Consultation publique sur la neutralité du Net

Secrétariat d'Etat à la prospective et au développement de l'économie numérique

Réponse de la SACEM

17 mai 2010

1. Etes-vous d'accord avec la définition de la neutralité du Net et les dimensions du débat présentées ci-dessus ?

Oui.

2. Parmi les problématiques identifiées, quelles sont celles qui justifieraient de façon prioritaire un engagement des pouvoirs publics ?

La Sacem est principalement intéressée par les aspects de la neutralité liés aux contenus et à la possibilité de régulation des échanges non autorisés d'œuvres protégées. A ce titre la problématique qui justifie un engagement prioritaire des pouvoirs publics est celle de la « préservation de l'ordre public » sur les réseaux et plus spécifiquement la lutte contre la contrefaçon et le piratage des œuvres protégées par le droit d'auteur.

Si aucune règle spécifique destinée à lutter contre les agissements et contenus illicites n'est mise en place, cela signifie que l'on renonce à appliquer le droit sur Internet.

La lutte contre les contenus illicites et illégaux ne peut se mettre en place efficacement si le principe de neutralité est appliqué strictement et sans nuances. Dans son acception absolue, il empêche notamment toute mesure de filtrage ou tout traçage ciblé d'œuvres protégées.

Du strict point de vue de la neutralité, les opérateurs et fournisseurs d'accès sont aujourd'hui soumis à des obligations légales et réglementaires¹ qui sont formulées en des termes tellement généraux qu'elles se révèlent inadaptées aux pratiques et comportements actuels.

Elles gagneraient à être précisées et clarifiées par les pouvoirs publics afin d'éviter que la neutralité des réseaux ne soit brandie comme la réponse unique et ultime freinant toute application du droit sur internet. Il est donc nécessaire que les pouvoirs publics édictent des principes précis qui permettent d'harmoniser l'interprétation et l'application du cadre législatif et réglementaire existant en faveur d'une régulation sur les réseaux, condition *sine qua non* pour une lutte efficace contre les échanges non autorisés d'œuvres protégées.

Pour reprendre la métaphore autoroutière fréquemment utilisée par les opérateurs et services, il est nécessaire de mettre en place sur les réseaux un « code de la route » qui ne se limite pas à une déclaration de principe – même fondée technologiquement - sur la liberté de circuler librement, également et sans contraintes pour tous. Il existe sur les routes des

¹ Pour mémoire : Article L. 32-1-II-5° du CPCE : « Dans le cadre de leurs attributions respectives, le ministre chargé des communications électroniques et l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes prennent, dans des conditions objectives et transparentes, des mesures raisonnables et proportionnées aux objectifs poursuivis et veillent : (...) 5° Au respect par les opérateurs de communications électroniques du secret des correspondances et du principe de neutralité au regard du contenu des messages transmis, ainsi que de la protection des données à caractère personnel »

Article L. 33-1 b du CPCE : « L'établissement et l'exploitation des réseaux ouverts au public et la fourniture au public de services de communications électroniques sont soumis au respect de règles portant sur : (...) b) Les conditions de confidentialité et de neutralité au regard des messages transmis et des informations liées aux communications ».

Article D. 98-5-1 du CPCE : « L'opérateur prend les mesures nécessaires pour garantir la neutralité de ses services vis-à-vis du contenu des messages transmis sur son réseau et le secret des correspondances. A cet effet, l'opérateur assure ses services sans discrimination quelle que soit la nature des messages transmis et prend les dispositions utiles pour assurer l'intégrité des messages.

L'opérateur est tenu de porter à la connaissance de son personnel les obligations et peines qu'il encourt au titre des dispositions du code pénal, et notamment au titre des articles 226-13, 226-15 et 432-9 relatifs au secret des correspondances ».

limitations de vitesse et des contrôles - y compris de ce que l'on transporte dans son véhicule-, indissociables de la pédagogie.

Depuis plus de 10 ans (Napster :1999), les industries culturelles sont sacrifiées au principe de neutralité. Il est urgent de mettre en place une régulation globale permettant de protéger efficacement les œuvres de l'esprit sur les réseaux.

Pour la Sacem, la non-ingérence des opérateurs ou de la puissance publique dans la nature des contenus transportés ou mis en ligne s'entend donc toujours sous réserve de la légalité de ces derniers.

3. Quelles différences et points communs identifiez-vous entre les contextes américain et franco-européen ? Dans quelle mesure cela peut-il impacter le débat et l'intervention publique en France ?

La principale différence est que la réflexion dans ce domaine a une dizaine d'années d'avance aux Etats-Unis. Il faut également noter que le régulateur américain, la FCC, a intégré dès l'origine de ses réflexions la nécessaire distinction entre contenus (ou services) licites et illicites.

La régulation proposée aux Etats Unis concerne donc expressément et uniquement les contenus et services **licites**. La Net Neutralité permet aux usagers du réseau d'avoir accès à tous les genres de services ou de contenus, sans craindre la censure des opérateurs. En revanche, **le droit ordinaire s'applique sur l'internaute**, s'il en a profité pour ne pas respecter les lois de son pays, notamment (mais pas uniquement) en matière de respect de la propriété intellectuelle.

Cela permet une application normale du droit, et notamment des droits de propriété intellectuelle sur les réseaux, et évite la dérive qui rend inapplicable ce dernier sous couvert de « neutralité », dès lors que l'on a à faire à des contenus non autorisés ou à des services facilitant leur distribution ou échange.

4. Avez-vous déjà été confronté à des difficultés se rapportant à la neutralité du Net sur le marché français ? Si oui, lesquelles ?

Pour les ayants droit, la difficulté centrale se rapportant à la neutralité du Net est que l'application de ce principe *stricto sensu* freine toute tentative d'appliquer le droit sur les réseaux, et donc toute lutte efficace contre la contrefaçon et la diffusion non autorisée d'œuvres protégées sur ces derniers.

5. Les règles existantes aujourd'hui en matière de réglementation sectorielle et en matière de concurrence vous semblent-elles suffisantes pour répondre aux questions suscitées sur la neutralité du Net ?

Si non, dans quels domaines devraient-elles être précisées ou renforcées et par quel moyen (législation/réglementation, définition d'orientations générales par le régulateur, accord collectif...) ?

Les règles en matière de réglementation sectorielle doivent être clarifiées, renforcées et améliorées.

1. Un cadre juridique existe...

Il faut préciser tout d'abord que la neutralité « absolue » des réseaux est une construction idéologique qui n'a pas d'existence réelle dans les faits.

Au titre spécifique de la lutte contre les échanges non autorisés d'œuvres protégées, par exemple, un certain nombre de textes sont venus tempérer cette neutralité absolue, même s'ils sont encore très insuffisants. On peut citer :

- **l'article 6.I de la LCEN** qui instaure le processus de « notification et retrait » auprès des hébergeurs (*cf. infra*).
- **les lois dites HADOPI :**
 - qui ont donné une nouvelle rédaction à l'article L. 336-2 du CPI permettant au juge d'ordonner les mesures propres à prévenir ou faire cesser une atteinte au droit d'auteur :

« En présence d'une atteinte à un droit d'auteur ou à un droit voisin occasionnée par le contenu d'un service de communication au public en ligne, le tribunal de grande instance, statuant le cas échéant en la forme des référés, peut ordonner à la demande des titulaires de droits sur les œuvres et objets protégés, de leurs ayants droit, des sociétés de perception et de répartition des droits visées à l'article L. 321-1 ou des organismes de défense professionnelle visés à l'article L. 331-1, 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 ».

- qui ont instauré une Haute Autorité afin de lutter contre les échanges d'œuvres protégées sur les réseaux.

2. ... mais il doit être précisé, renforcé et complété afin de permettre une lutte efficace

En dépit de ce cadre juridique, il reste difficile pour les ayants-droit de lutter contre l'échange non-autorisé de contenus protégés sur les réseaux de manière efficace.

La régulation devrait être **harmonisée, renforcée et complétée**, et notamment amener la définition d'un environnement juridique plus stable pour permettre une lutte efficace contre la circulation de contenus illicites ou illégaux.

Des principes spécifiques devraient être édictés notamment par l'ARCEP concernant les contenus illicites et les moyens de lutte à mettre en œuvre pour la protection entre autres des droits de propriété intellectuelle.

a) La procédure de « notification et retrait » doit être complétée par des accords financiers

Cette procédure instaurée à l'article 6 de la Loi pour la Confiance dans l'Economie Numérique dite LCEN du 21 juin 2004 permet de notifier tout contenu illicite sur internet, en vue de son retrait ou de son blocage par l'hébergeur du site internet concerné, et ce, avant toute intervention de l'autorité judiciaire².

² Loi LCEN, Art. 6.I-5 : « La connaissance des faits litigieux est présumée acquise par les personnes désignées au 2 lorsqu'il leur est notifié les éléments suivants :
- la date de la notification ;

Une telle procédure est pour les ayants droit **nécessaire mais non suffisante**. En effet, elle met en place un régime de contrôle totalement déséquilibré en faveur des hébergeurs.

Il est totalement excessif de demander à la Sacem –et aux autres ayants droit – de contrôler les 20 heures de vidéos mises en ligne chaque minute sur le site de YouTube, repérer les œuvres protégées utilisées de manière non autorisée et notifier l'hébergeur –au prix d'une lettre recommandée-, de retirer les contenus incriminés. Ceci pour un coût important, **sans aucun dédommagement ou compensation du préjudice subi**.

Dans le cas de la musique un tel processus est d'autant plus aléatoire et inefficace que les œuvres ne peuvent pas toutes être « pré-filtrées » à l'aide d'empreintes permettant de les identifier et de bloquer leur mise en ligne. En effet, le marquage n'est possible qu'à partir d'un « master » (enregistrement physique spécifique). Or, outre le fait que les titulaires de droits d'auteur ne sont pas propriétaires de ce master dont les droits appartiennent aux producteurs de phonogrammes et indépendamment du coût engendré par la mise en œuvre d'un tel processus pour un répertoire de plusieurs millions d'œuvres comme celui administré par la Sacem, les œuvres du répertoire musical ne sont pas nécessairement mises en circulation sous cette forme lorsqu'elles sont utilisées dans des vidéos amateurs ou montages vidéos – les systèmes de marquage ne les repèrent donc pas.

Dailymotion constitue un précédent bienvenu, qui devrait faire école. La Sacem négocie sans résultats depuis 2006 avec YouTube (propriété de Google), soulignant par là-même l'indifférence de certains puissants exploitants de contenus vis-à-vis des droits de propriété littéraire et artistique. Leur position dominante sur le marché, ainsi que leur domiciliation fréquente à l'étranger, ne rendent pas les démarches plus simples.

Les plateformes web 2.0 devraient donc obtenir une autorisation délivrée par les sociétés d'auteurs afin de pouvoir utiliser les œuvres musicales protégées qui y circulent en masse en toute sécurité juridique, et les rémunérer en conséquence. Il devient urgent **que ces exploitants concluent avec les créateurs les contrats nécessaires pour être autorisés à utiliser leurs œuvres** et participent ainsi à la rémunération de ces derniers dont ils exploitent les œuvres et grâce auxquels ils génèrent d'énormes revenus publicitaires.

A cet effet, le statut juridique des plateformes de web 2.0 doit être clarifié.

b) Le statut juridique des plateformes de web 2.0 doit être clarifié

La directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur (ci-après, la « Directive sur le commerce électronique ») et la LCEN définissent un **régime de responsabilité dérogatoire pour les hébergeurs de sites Internet**, justifié par le caractère essentiellement technique des activités de ces prestataires, par définition neutres par rapport aux contenus.

- si le notifiant est une personne physique : ses nom, prénoms, profession, domicile, nationalité, date et lieu de naissance ; si le requérant est une personne morale : sa forme, sa dénomination, son siège social et l'organe qui la représente légalement ;
- les nom et domicile du destinataire ou, s'il s'agit d'une personne morale, sa dénomination et son siège social ;
- la description des faits litigieux et leur localisation précise ;
- les motifs pour lesquels le contenu doit être retiré, comprenant la mention des dispositions légales et des justifications de faits ;
- la copie de la correspondance adressée à l'auteur ou à l'éditeur des informations ou activités litigieuses demandant leur interruption, leur retrait ou leur modification, ou la justification de ce que l'auteur ou l'éditeur n'a pu être contacté. »

Il est manifeste que **les sites du Web 2.0 ne peuvent être assimilés à de simples hébergeurs** mais constituent de véritables services de communication au public en ligne dont les responsables, par l'agencement des contenus proposés et les moyens offerts aux Internaute pour y accéder, cherchent en leur nom propre et sous une dénomination spécifique à développer l'audience la plus large possible et à la valoriser au travers de recettes publicitaires.

A cet égard, il convient de préciser que les moyens ainsi offerts par les services du Web 2.0 aux internautes pour accéder facilement aux contenus et en profiter sont des moteurs de recherche qui leur sont propres, des logiciels (également propriétaires) de visualisation et/ou d'écoute ou encore des outils permettant de se regrouper par goûts et affinités au sein de communautés virtuelles.

Il doit également être ajouté que la mise à disposition et la communication au public des contenus en cause relèvent bien des sites du Web 2.0, les internautes à l'origine du contenu « posté » n'ayant pas besoin de rester connectés pour permettre leur diffusion, les contenus « postés » étant en effet reproduits par le site dans sa base de données avant d'être mis à disposition par lui.

Dans ces conditions, les services du Web 2.0 doivent se voir appliquer, en tant que **services de communication au public en ligne, le droit commun de la responsabilité en matière de propriété littéraire et artistique.**

Au vu des hésitations jurisprudentielles sur ce sujet depuis plusieurs années, **il serait nécessaire que le législateur intervienne pour clarifier les choses dans ce sens.**

c) Les mesures relatives aux procédures de filtrage prévues par les Accords de l'Elysées doivent être mises en œuvre

Les Accords de l'Elysées (ou accords « Olivennes ») ont été signés **en novembre 2007** par les pouvoirs publics, les ayants droit de l'audiovisuel et de la musique, les chaînes de télévision et les prestataires techniques de télécommunications.

Les prestataires techniques s'étaient engagés "*dans un délai qui ne pourra excéder 24 mois à compter de la signature du présent accord, à collaborer avec les ayants droit sur les modalités d'expérimentation des technologies de filtrage des réseaux disponibles mais qui méritent des approfondissements préalables, et à les déployer si les résultats s'avèrent probants et la généralisation techniquement et financièrement réaliste*".

Plus de deux ans après la signature de ces Accords, aucune avancée n'a eu lieu sur le sujet du filtrage. Il est donc nécessaire **de rappeler les opérateurs de télécommunications à leur engagement à ce sujet afin de mettre en place rapidement des expérimentations.**

Un tel retard dans la mise en œuvre des Accords de l'Elysées est d'autant moins justifié que les techniques de filtrage reposent sur une identification et un contrôle des contenus sans porter atteinte à la confidentialité des correspondances ou au respect des libertés individuelles.

d) La responsabilité financière des FAI doit être instaurée

Il faut d'abord insister sur un abus de langage qui n'est pas neutre et a pour effet d'escamoter un des « étages » qui constitue l'architecture d'internet.

La neutralité des réseaux est quasi uniquement considérée du point de vue des relations entre opérateurs techniques (les FAI et entreprises de télécommunications) et entreprises fournissant des services en ligne (Google, Microsoft, Yahoo, Skype...). Ces dernières sont improprement qualifiées de « fournisseurs de contenus » alors qu'elles proposent des « interfaces d'utilisation » ou des « services ».

Les véritables « fournisseurs de contenus » sur internet sont **les industries culturelles** et les créateurs d'une part, et d'autre part **les internautes** eux-mêmes (dans le cadre des fameux « contenus générés par les utilisateurs »).

La démarche ainsi menée a pour conséquence d'évacuer du débat les industries culturelles, pourtant premières concernées par la lutte contre les échanges non autorisés et les aspects de régulation du trafic qu'elle doit amener. Or les intérêts et analyses de ces dernières ne se confondent ni avec ceux des opérateurs, ni avec ceux des services.

Il serait donc plus juste de proposer comme base à toute régulation de l'internet un débat tripartite : industries culturelles – services – opérateurs. Cette réflexion tripartite serait seule de nature à permettre de prendre en compte de façon satisfaisante les préoccupations et intérêts de l'ensemble des acteurs contribuant à la chaîne de valeur des réseaux.

A cet égard, si l'ARCEP insiste à juste titre sur la question **du partage de la valeur** et des investissements entre opérateurs et services, la question du partage de la valeur entre opérateurs et services d'une part, industries de contenus d'autre part, n'a pour le moment pas été résolue.

Les FAI et opérateurs techniques échappent actuellement à toute responsabilité juridique et financière du fait des échanges illicites, et dès lors à toute obligation de soutien aux rémunérations des créateurs.

Cependant, ils doivent l'essentiel (sinon l'intégralité) de leur croissance **à la diffusion et au téléchargement de ces contenus**, notamment avec la généralisation de la tarification forfaitaire (type 29,90€/mois tout compris) qui constitue un véritable écosystème pour l'échange illicite d'œuvres protégées.

Cette situation qui perdure depuis près de 10 ans ne peut mener, à terme, qu'à un appauvrissement drastique du nombre, de la diversité et de la qualité des œuvres. Elle est contraire tout à la fois au principe général du droit de la propriété littéraire et artistique selon lequel ceux qui tirent profit de l'exploitation des œuvres de l'esprit doivent en rémunérer les ayants-droit et au droit commun selon lequel la personne qui bénéficie d'un enrichissement injustifié se doit d'indemniser ceux que cet enrichissement a corrélativement appauvri.

Afin de prendre en compte **l'enrichissement sans cause** dont bénéficient les opérateurs, la Sacem **propose d'établir une contribution de droit privé modulable à la charge des FAI afin de compenser les préjudices passés et futurs subis par les ayants droit de la musique, du fait des échanges non autorisés d'œuvres musicales protégées.**

6. Une distinction vous semble-t-elle nécessaire dans l'analyse entre l'Internet fixe et l'Internet mobile ?

Non. Du point de vue des ayants droit, la réflexion portant essentiellement sur l'accès et la circulation des contenus et la lutte contre la diffusion et l'échange non autorisés des œuvres, aucune distinction n'est nécessaire en ce qui concerne l'analyse de l'internet fixe et mobile :

- la neutralité des réseaux dont nous parlons **intègre** celle de l'internet en tant que réseau de réseaux soumis à un protocole spécifique (IP) ;
- toutes les transmissions sur **téléphones portables**, de quelque protocole qu'elles relèvent (3G, 4G...), sont aussi prises en compte, dans la mesure où ces appareils sont utilisés pour accéder à Internet et aux contenus qui y sont transportés ;
- sur le réseau Internet, on inclut dans la réflexion tous les services permettant l'échange de contenus quelle que soit leur architecture technique (P2P, Direct Download, newsgroups...).

7. Une distinction vous semble-t-elle nécessaire dans l'analyse en fonction des différents services de l'Internet ?

Non, pour les mêmes raisons que celles énoncées ci-dessus.