

DESARROLLO Y PROTECCIÓN DE LAS OBRAS CULTURALES EN LAS NUEVAS REDES

Noviembre de 2007

INFORME AL MINISTRO DE CULTURA Y COMUNICACIÓN

Misión confiada a Denis Olivennes

Miembros:

Olivier Bomsel, *profesor de economía e investigador del Centro de economía industrial de la Escuela de Minas.*
Isabelle Falque-Pierrotin, *Consejero de Estado, delegado general y Presidente del Consejo de orientación del Foro de los derechos en Internet*

Relator:

Pascal Faure, *Vicepresidente del Consejo General de las Tecnologías de la Información*

Seguimiento de

Damien Botteghi, *auditor del Consejo de Estado*

las sesiones:

Olivia Bozzoni Fringant, *Doctor en derecho*

VERSIÓN OFICIAL

1.1	PIRATERÍA MASIVA Y DIVERSIFICADA	5
1.1.1	SITUACIÓN ESPECÍFICA DE FRANCIA.....	5
1.1.2	LA PIRATERÍA RECORRE A TÉCNICAS EN EVOLUCIÓN CONSTANTE.....	6
1.1.3	LA PIRATERÍA PRODUCE EFECTOS ECONÓMICOS NEGATIVOS.	6
1.2	VARIAS HERRAMIENTAS, TANTO JURÍDICAS COMO TÉCNICAS, YA APLICABLES PARA DESINCENTIVAR LA PIRATERÍA DIGITAL.	7
1.2.1	LA LEY PREVE SANCIONES Y RECURSOS PREVENTIVOS.	7
1.2.2	DIVERSAS HERRAMIENTAS TÉCNICAS YA DISPONIBLES	8
2	<u>FAVORECER EL DESARROLLO DE LA OFERTA LEGAL DE OBRAS EN INTERNET.</u>	9
2.1	ACCELERAR LA OFERTA DE VIDEOS A LA CARTA.....	9
2.1.1	COMPAGINAR LA DIFUSIÓN DE VIDEO A LA CARTA CON LA DIFUSIÓN DE DVD.....	9
2.1.2	ABRIR EL DEBATE CONDUCENTE A REDUCIR LOS PLAZOS DE DIFUSIÓN DE LAS OBRAS ...	9
2.2	AMPLIAR SUSTANCIALMENTE EL NÚMERO DE OBRAS MUSICALES EN LÍNEA SIN MEDIDAS TÉCNICAS DE PROTECCIÓN.....	10
2.2	DESARROLLAR ACCIONES DE VALORIZACIÓN DE LA OFERTA DIGITAL LEGAL.	11
2.3	SOLICITAR DE LA UNIÓN EUROPEA LA REDUCCIÓN DEL IVA DE LOS PRODUCTOS CULTURALES REFLEJADA EN EL PRECIO DE VENTA AL PÚBLICO.	11
3	<u>DESINCENTIVAR LA OFERTA ILEGAL EN INTERNET</u>	12
3.1	OPTAR POR RESPUESTAS PRAGMÁTICAS Y PROPORCIONADAS.....	12
3.1.1	FAVORECER LAS RESPUESTAS PRAGMÁTICAS..	12
3.1.2	ADAPTAR LAS RESPUESTAS A LOS TIPOS DE PIRATERÍA	13
3.1.3	HACIA UN MEJOR CONOCIMIENTO DE LA AMPLITUD DE LA PIRATERÍA.	14
3.2	LOS PROFESIONALES DE LA MÚSICA, EL CINE Y EL SECTOR AUDIOVISUAL DEBEN ORGANIZARSE MEJOR.....	14
3.3	POSIBLE APLICACIÓN DE DIVERSOS DISPOSITIVOS.....	15
3.3.1	LOS DISPOSITIVOS DEBEN TENER EN CUENTA PLENAMENTE LAS SITUACIONES JURÍDICA Y TÉCNICA, ASÍ COMO LAS EXPECTATIVAS DE LA SOCIEDAD.....	15
3.3.1.1	El filtrado	16
A	– El filtrado de puertos, de sitios o de protocolos.	16
B	–El filtrado de ficheros.	16
3.3.1.2	Un sistema exclusivamente contractual de advertencia y sanción.....	17
3.3.2	DOS DISPOSITIVOS PODRÍAN SER ESTABLECIDOS POR LAS AUTORIDADES PÚBLICAS.....	18
3.3.2.1	Una política específica.....	18
3.3.2.2	Un mecanismo de advertencia y sanción	19
3.3.2.2.1	Un mecanismo controlado por una autoridad pública.	20
A	– La autoridad informa al titular de la suscripción y decide la sanción que debe emitirse en caso de reincidencia.	20

B – La autoridad emite la advertencia y organiza una mediación obligatoria previa a la intervención del juez, que decidirá la sanción. .	21
3.3.2.2.2 Un mecanismo resultante de una obligación legal.	23
<u>CONCLUSION</u>	24
<u>RECOMENDACIONES DE LA MISIÓN</u>	25
<u>ANEXO 1: FICHAS TÉCNICAS Y JURÍDICAS</u>	26
CONSIDERACIONES TÉCNICAS	27
CUESTIONES JURÍDICAS RESPECTO AL MECANISMO DE ADVERTENCIA Y DE SANCIÓN	32
EL FILTRADO	34
LA IMPOSICIÓN DE MULTAS	35
La APLICACIÓN DE UNA SANCIÓN CIVIL	36
<u>ANEXO 2: CARTA DE MISIÓN</u>	37
<u>ANEXO 3: ESTRUCTURAS CONSULTADAS</u>	40

INTRODUCCIÓN

Francia es uno hoy de los primeros países del mundo por el desarrollo de Internet, en particular de Internet de alta velocidad, mientras que la fibra óptica anuncia nuevos progresos en términos de capacidad. Al mismo tiempo, sigue siendo excepcional desde el punto de vista de la vitalidad de sus industrias de creación, ya sea el sector audiovisual, el cine, el libro o la música. Ahora que las naciones se lanzan a una competencia salvaje para situarse en cabeza de la economía mundial de las obras inmateriales y de la sociedad de la información, nuestro país puede sacar un gran partido económico y cultural de ambas bazas.

Pero sigue siendo necesario que las dinámicas de Internet y de la creación se combinen y que los protagonistas de ambos sectores cooperen. Esto redundará en su interés respectivo: Internet necesita contenidos abundantes y atractivos; las industrias culturales y los creadores tienen, con Internet, una salida novedosa y potente. Redundará también en interés de los consumidores, que dispondrán de redes amplias y de contenidos variados y de calidad. A fin de cuentas, redundará en interés de la nación, debido al estímulo de la creación, de la multiplicación de contenidos y del aumento de riqueza económica que generará el desarrollo de estos dos sectores con futuro.

Sin embargo, por el momento, todo parece impulsar al internauta a elegir la vía del consumo ilegal. Es a la vez fácil, debido a la alta velocidad, de calidad, gratuita y adaptada a todas las plataformas. En frente, la oferta legal es a menudo restringida, con técnicas de protección que limitan la libre utilización y la conservación de la obra comprada, o por la disponibilidad tardía de las obras. Muchos consumidores manifiestan su descontento frente a la oferta legal, lo cual explica también que se desvíen de tales compras.

Con todo, el consumo ilegal general hoy destrucción de valor: al debilitar la remuneración de los creadores, la financiación de la producción y la eficacia económica de la distribución, pone en jaque la diversidad de las obras y constituye una amenaza para la vitalidad de la creación, y por lo tanto para la identidad de Francia y de Europa. Es ahora urgente invertir las señales enviadas a los agentes económicos, en particular a los consumidores, y lograr que adquieran conciencia de que la generalización del consumo gratuito e ilegal tiene un coste colectivo para las industrias culturales, para los creadores y para la nación.

Debe hacerse todo lo posible para desincentivar la piratería, mediante respuestas proporcionadas, pragmáticas, respetuosas de las libertades individuales y compatibles con la rápida evolución de las tecnologías. Esto requiere en primer lugar seguir informando y sensibilizando, en particular, a las jóvenes generaciones. Luego exige la promoción de una oferta legal atractiva, cuyo uso sea tan sencillo como la oferta ilegal, ya que los estudios ponen de manifiesto que los consumidores están dispuestos a pagar si la oferta legal corresponde a sus expectativas. Esto requiere finalmente que se complique seriamente el ultraje de la propiedad intelectual, encontrando no obstante respuestas ponderadas, adaptadas a los comportamientos y que puedan, en particular, disuadir de la reiteración de tales actos.

En otras palabras, se trata de que resulte más difícil y más costosa la descarga ilegal, y, en sentido contrario, más fácil y menos onerosa la descarga legal. Todo avance en este sentido requiere la cooperación de todos los protagonistas: derechohabientes, poderes públicos y prestatarios técnicos. Se requiere un estado de ánimo de responsabilidad colectiva para que los protagonistas privados y las autoridades públicas converjan hacia medidas de desincentivación de la descarga ilegal y de incentivación del desarrollo de los usos legales.

1 LA PIRATERÍA DIGITAL EN FRANCIA

Ante una piratería masiva de las obras digitales mediante el uso de técnicas muy evolutivas y adaptadas a todos los tipos de obras, las respuestas jurídicas y técnicas adoptadas progresivamente hasta la fecha no han resultado plenamente eficaces.

1.1 Piratería masiva y diversificada

1.1.1 Situación específica de Francia

La situación en Francia se caracteriza por una oferta ilegal muy fuerte y, contrariamente, un consumo legal aún muy escaso, en particular, en el ámbito de la música.

Para las películas, según un reciente estudio del Centro Nacional de la Cinematografía¹, el 93,6% de las películas pirateadas ya proyectadas en salas de cine estarían disponibles en las redes par a par (P2P) antes de su salida en DVD en el territorio francés. Los estudios de 2005 y de 2004 presentaban resultados ligeramente menos elevados (respectivamente, el 91,8% y el 91,0 %). Más concretamente, el 40,5% de las películas proyectadas en salas en Francia entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2006 estaban disponibles en versión francesa pirata en las redes par a par durante este mismo período; eran el 37,9% en 2005 y el 36,4% en 2004. En el ámbito de la música, las cifras no son fáciles de establecer, y pueden ser discutidas en cuanto a su amplitud exacta. El reciente Libro Blanco del Sindicato Nacional de la Edición Fonográfica (SNEP)² hace referencia a mil millones de ficheros descargados, lo que representa alrededor del equivalente de las ventas físicas de títulos³, de los cuales solamente 20 millones mediante plataformas de descarga legal. Estas cifras muy importantes se explican, en particular, por la calidad de la oferta de acceso de alta velocidad a Internet con uno de los costes más bajos del mundo. En Francia, la proporción de internautas que practican la descarga ilegal (música, películas, videojuegos y programas informáticos) es abrumadoramente superior a la que recurre a la descarga de ficheros legales, con una proporción de descarga de ficheros legales inferior a la constatada en la mayoría de los restantes países, sobre todo en el ámbito de la música. En materia de oferta de video a la carta, sin embargo, la situación francesa se caracteriza más bien por su avance: nuestro país figura en cabeza del número de servicios IPTV y en segunda posición respecto al número de servicios de video a la carta disponibles en la red⁴.

De hecho, los productos culturales digitalizables son omnipresentes en la red Internet y accesibles de distintas formas. La desmaterialización de los soportes, asociada a la aparición de la alta velocidad – y, pronto, a la llegada de la fibra óptica, tecnología que ofrece potencias simétricas y más elevadas, facilitando considerablemente la descarga de ficheros voluminosos, en particular, de video – ha trastocado el acceso al contenido cultural y ha multiplicado los medios y modalidades de piratería. Más concretamente, el intercambio de ficheros con programas informáticos par a par, a partir de 2002, ha adquirido considerable amplitud. Se considera que en 2003 hubo más de 150.000 millones de ficheros musicales⁵ intercambiados en el mundo mediante estos programas informáticos. La sociedad CacheLogic⁶ había realizado un estudio por protocolos: publicada en 2004 y actualización en 2005 (sin contar con los datos franceses), ponía de relieve

¹ Estudio CNC/ALPA, de octubre de 2007, disponible sobre en el sitio del CNC.

² Libro Blanco sobre el "peer-to-peer", París, 25 de octubre de 2007.

³ Según IFPI, las ventas físicas de discos en Francia en 2005 ascendieron a 24,7 millones de sencillos y a 83 millones de álbumes.

⁴ Estudio conducido por NPA Consejo para la Dirección del Desarrollo de los Medios de Comunicación y por el Observatorio Europeo del Sector Audiovisual, mayo de 2007, disponible en el sitio <http://www.ddm.gouv.fr/>.

⁵ Idate considera que en 2003, cerca de 150 mil millones de ficheros musicales (comparado con 50 mil millones vendidos en soporte físico), mil millones de películas en DVD y 550 millones de imágenes fueron intercambiados en las redes par a par.

⁶ CacheLogic, "P2P en 2005".

que el tráfico par a par representa el 60% del tráfico. Según la OCDE⁷, los usuarios simultáneamente activos de estas redes en el mundo ascendían a cerca de 10 millones en abril de 2004. Los datos contabilizados por Big Champagne confirman estas cifras⁸: la cifra de 10 millones se rebasó en 2005. Además de la música, el fenómeno se ha extendido a las películas y a los programas de televisión, en particular, a las series.

1.1.2 La piratería recurre a técnicas en constante evolución

Se puede considerar que la piratería utiliza principalmente dos tipos de técnicas, en si mismas neutras y que pueden servir también para fines legales.

- La descarga por una red *peer to peer*, que constituye un método de intercambio de ficheros directamente entre ordenadores personales de usuarios conectados a Internet, los cuales ponen a disposición sus bibliotecas multimedia y, recíprocamente, descargan ficheros facilitados por otros usuarios. Los contribuidores (miembros que aportan nuevos contenidos) representan una parte reducida de la comunidad; los usuarios, mayoritarios, se limitan a descargar ficheros puestos a disposición sin tener por otra parte necesariamente conciencia de que, así, ponen a menudo automáticamente a disposición de los otros usuarios los ficheros que ellos mismos descargaron en su propio ordenador.
- La puesta a disposición de contenidos ilegales, mediante el uso de sitios de acogida de contenidos, los cuales presentan variantes cuyas características a veces difieren sensiblemente. En este caso, los editores o procesadores centrales almacenan en sus servidores ficheros multimedia, ya sea enviados por los usuarios que han creado el contenido pirateado, o bien recuperados a partir de un soporte o de una oferta legal. Se trata principalmente de servidores dedicados a temas especializados, sitios comunitarios y de puesta en común, o asimismo *tertulias (newsgroups)*.

La atención se dirigió en primer lugar a los sitios Internet "clásicos", con puesta a disposición centralizada de contenidos (tipo Napster), y luego a las redes par a par que, mediante una red en estrella, permiten evitar el riesgo de cierre del sitio central. Actualmente, estos soportes de distribución de oferta ilegal en la red tienden a disminuir en favor de la transmisión mutua, como los *newsgroups* y los sistemas *usenet*. Ahora bien, las soluciones que permiten de desincentivar la piratería en estos distintos tipos de soporte no son idénticas.

1.1.3 La piratería produce efectos económicos negativos

Según las cifras publicadas por el SNEP, el volumen de negocios de los productores de discos, que ascendía en 2002 a 1302 millones de euros, cayó a 819,2 millones de euros en 2006. En el primer semestre de 2007, las ventas físicas disminuyeron el 20%. Si el mercado de la oferta musical legal desmaterializada comienza a crecer -respecto a la música, por ejemplo, se pasaría de 43,5 millones de euros en Francia en 2006 a una cifra que oscile entre 100 y 120 millones en 2010- esta progresión dista mucho de compensar la pérdida de ingresos vinculada con el hundimiento del soporte físico.

Lo que ocurre con la música desde hace cinco años puede extrapolarse hoy a las obras audiovisuales y cinematográficas. Esta situación pone en entredicho la financiación de la producción y, en consecuencia, de la creación cultural.

⁷ "OECD, Information Technology Outlook 2004:" Peer-to-peer networks in OECD countries".

⁸ V. informe del Consejo Superior de la Propiedad Literaria y Artística sobre "Peer-to-Peer", diciembre de 2005.

1.2 Varias herramientas, tanto jurídicas como técnicas, ya aplicables para desincentivar la piratería digital

1.2.1 La ley prevé sanciones y recursos preventivos

Todo acto de piratería digital -que es un ataque a un derecho de propiedad- se considera como un delito (artículo L. 335-2 a L. 335-4 del Código de propiedad intelectual), al que corresponde una pena máxima de 3 años de prisión y de 300.000 euros de multa⁹. El Consejo constitucional desautorizó la parte del dispositivo previsto por la ley dadvsi de 1 de agosto de 2006 que preveía que la descarga realizada con fines personales, así como la comunicación al público realizada con fines no comerciales, escapaban a las sanciones previstas en caso de piratería para considerarse como simples infracciones en nombre del principio de igualdad ante la ley penal. Además según el artículo L. 335-2-1 del Código de propiedad intelectual (artículo 21 de la ley dadvsi), el hecho "de poner a disposición del público, a sabiendas y en cualquiera de sus formas, un programa informático manifiestamente destinado a la puesta a disposición no autorizada del público de obras u objetos protegidos" podrá someterse a las mismas penas.

Varios mecanismos permiten a los derechohabientes impedir la presencia de contenido ilegal en sitios legales, o incluso hacer cerrar algunos sitios de procesamiento central en caso de puesta a disposición ilegal de obras en sitios comunitarios o de puesta en común de contenidos. El artículo 6-I-8 de la ley relativa a la confianza en la economía digital, de 21 de junio de 2004, brinda a los derechohabientes la posibilidad de interponer el asunto ante la autoridad judicial para ordenar por procedimiento de urgencia a un prestador técnico cualquier medida susceptible de evitar un daño o de hacer cesar un daño causado por el contenido de un servicio de comunicación al público en línea. La vía del recurso de derecho común está pues abierta, y se acepta cualquier método de prueba si se obtiene lealmente, sin fraude y debatido contradictoriamente ante el juez.

Por otra parte, el artículo 8 de esta ley amplió las posibilidades de incautación de falsificaciones, reguladas por el artículo L. 332-1 del Código de propiedad intelectual, el cual prevé que el Presidente del Juzgado de Primera Instancia pueda, por resolución a instancia de parte, decidir la suspensión, por cualquier medio, del contenido de un servicio de comunicación al público en línea que perjudica a los derechos de autor, incluso ordenando que deje de almacenar ese contenido o, en su defecto, que deje de permitir el acceso al mismo.

Estos dispositivos, enmarcados por cierto formalismo que no parece excesivo respecto a los derechos en juego y que puede permitir evitar el paso ante el juez en caso de acuerdo previo, son rápidos y pueden ser eficaces. No obstante, su aplicación supone una interpretación abierta de las disposiciones introducidas en 2004 de la ley relativa a la informática y a las libertades en cuanto a la posibilidad de que las sociedades de percepción y distribución de derechos de autor establezcan dispositivos de búsqueda de infracciones, de acuerdo con la posición adoptada por el Consejo de Estado al desestimar, en una sentencia de 23 de mayo de 2007 (SACEM y otros), una decisión de 18 de octubre de 2005 del CNIL, la cual consideraba que el control que se proponían establecer las sociedades de autores no era proporcional a los objetivos perseguidos.

⁹ Estas sanciones fueron completadas por distintas multas (decreto n° 2006-1763 del 23 de diciembre de 2006, codificando estas disposiciones en los artículos R. 335-3 y R. 335-4 del Código de propiedad intelectual).

La vía de la reparación está finalmente abierta. Los jueces¹⁰ dan el mayor alcance a los artículos 6-I-2 y 6-I-3 de la ley de 21 de junio de 2004 relativa a la responsabilidad (civil y penal) de los prestadores técnicos, en virtud de los cuales se exige una acción rápida para retirar los datos incriminados o bloquear el acceso en cuanto haya conocimiento efectivo de la comisión de hechos ilegales. El conocimiento de hechos ilícitos se entiende de manera muy amplia, a la vista, en particular, de la naturaleza de la actividad de acogida de las plataformas de puesta en común de videos. Este artículo es así un fundamento sólido para desencadenar la responsabilidad, al menos civil, de los sitios de puesta a disposición - a condición por supuesto de que los derechohabientes aporten al juez elementos probatorios de la presencia de contenidos ilegales (artículo 6-I-5).

1.2.2 Diversas herramientas técnicas ya disponibles

Hay tres enfoques, conjugables, que determinan los grandes métodos que pueden aplicarse para luchar contra la descarga ilícita basándose en las recientes tecnologías y que por lo tanto son perfeccionables.

- **Detectar la circulación de contenidos ilícitos a partir de herramientas de filtrado instaladas en la red.** Este enfoque implica necesariamente la participación de los proveedores de acceso a Internet. Las herramientas técnicas correspondientes existen y pueden instalarse en un punto más o menos centralizado de la red (ya sea en el ordenador del usuario, en los puntos de conexión a la red o en los nodos centrales de cada proveedor de acceso a Internet). Este enfoque, que responde más bien a un objetivo de lucha contra la descarga ilícita par a par, puede requerir la instalación de sistemas de extracción y observación de los flujos de contenidos por medio de integradores de soluciones como *Qosmos* o *I-tracing*. Sin embargo, las recientes soluciones técnicas actuales, diversas, relativamente potentes pero aún perfeccionables, no se han desplegado nunca de manera operativa a gran escala, lo que plantea problemas aún sin resolver.
- **Impedir la llegada a la red de contenidos ilícitos a partir de herramientas de filtrado instaladas por los procesadores centrales o por los editores de servicios.** Se trata de poder velar para que la puesta en línea de contenidos protegidos se haga de conformidad con los derechos conexos y según las condiciones negociadas con los derechohabientes. Este enfoque, que exige técnicas de definición de ficheros como las propuestas por INA, *Advestigo*, o *Audible Magic*, ha resultado esencial con la reciente multiplicación de los sitios de puesta en común de video, vector importante de la descarga ilícita actual.
- **Detectar los flujos ilícitos mediante observación externa realizada por los derechohabientes o las autoridades públicas con fines disuasivos o represivos.** Se trata de detectar la circulación en las redes, a partir de un acceso adaptado al cliente, de contenidos protegidos previamente determinados, para la comprobación de las infracciones o la adopción de las medidas convenientes. Este enfoque ya se aplica con determinada eficacia por algunos derechohabientes que recurren a sociedades como *CoPeerRight Agency*.

Estos tres enfoques pueden basarse en tecnologías comunes, en particular, cuando se trata de identificar el contenido, bien sea a partir de su huella digital (*fingerprinting*), o detectando una marca digital insertada desde un principio (*watermarking*). Las herramientas de marcado de obras y de reconocimiento de contenido multimedia (mediante afilegrinado previo o mediante cálculo de huella)

¹⁰ V. por ejemplo: TGI de Paris, 13 juillet 2007, Christian C, Nord-Ouest Production c/ SA DailyMotion, SA UGC Images ; TGI de Paris, 19 octobre 2007, S.A.R.L. Zadig Productions, Messieurs J. V. et M. V. c/ Société Google Inc, L'Association des Fournisseurs d'Accès et de services internet.

desarrolladas por muchas sociedades (por ejemplo, además de las ya citadas, Communications SA, LTU Technologies, Thomson o Vivacode) pueden servir para abastecer bases de datos que puedan ser utilizadas tanto para el filtrado por los proveedores de acceso como para el filtrado por los procesadores centrales o para la localización por los derechohabientes.

A estos enfoques referentes a las redes de intercambio o a las plataformas de procesamiento de contenidos se añaden las técnicas a base de DRM (Digital Rights Management) encaminadas a controlar el acceso por el usuario final a una obra particular convertida (véase § 3.2).

2 FAVORECER EL DESARROLLO DE LA OFERTA LEGAL DE OBRAS EN INTERNET

El primer planteamiento que permite desincentivar la oferta ilegal en Internet es hacer que la oferta digital legal sea más atractiva, en primer lugar en términos de contenido, pero también y sobre todo en términos de facilidad de utilización, disponibilidad y precio. Existen aún varios dispositivos que restringen la oferta legal. Ahora bien, es necesario frenar o incluso poner fin al reflejo de muchos internautas descontentos de las condiciones actuales de la oferta legal de recurrir sistemáticamente a la descarga ilícita.

2.1 Acelerar la puesta a disposición en video a la carta

2.1.1 Ajustar la difusión de video a la carta con la difusión de DVD

En Francia, los calendarios de difusión están reglamentados, mientras que en otros países la definición del ritmo de difusión se establece contractualmente por cada película. El principio de la difusión sucesiva de las obras es necesario, ya que cada uno de los métodos de difusión consecutivos extrae ingresos propios que permiten a fin de cuentas financiar la producción cinematográfica francesa. Sin embargo, la aparición de nuevos medios de comunicación impone una inserción más eficaz de éstos en la explotación de las películas y la reducción de los plazos de amortización de las inversiones realizadas. En la era digital, el acortamiento del ciclo de inversión constituye un factor esencial para la competitividad de las industrias audiovisuales.

En este marco, la renovación del acuerdo de 20 de diciembre de 2005 que regula los calendarios de difusión, que expiró el 20 de diciembre de 2006, está en fase de negociación. La difusión para el video a la carta era de 33 semanas, comparado con 6 meses (24 semanas) para el DVD. Este desfase no se explica, respecto una oferta que, aunque el soporte difiera, es similar. El hecho de sincronizar la difusión del video a la carta¹¹ con el régimen aplicable al video físico es una primera etapa indispensable.

2.1.2 Abrir el debate conducente a reducir los plazos de difusión de las obras

Los plazos previstos actualmente –6 meses entre la salida en sala y la difusión del DVD; 9 meses para el pay per view; 12 meses para Canal +; 24 meses para las cadenas coproductoras de la película y 36 meses para los canales de señal abierta– parecen inadecuados para el ritmo actual de consumo de bienes, y en desfase con la mayoría de los plazos observados en los países europeos. Es difícil negar que el mantenimiento de plazos largos constituya una invitación a la piratería, cuando menos paradójica, en una era en que las industrias culturales se proponen promover la oferta legal.

Eso se refiere tanto al alquiler (video a la carta: VoD y SVoD) como a la venta electrónica.

La misión es persuadir de las ventajas que cada cual tendrá a resultas de la reducción de los plazos de difusión de acuerdo con las prácticas europeas. Estos últimos demuestran que la existencia de plazos de difusión más cortos no impide la buena explotación de las películas en su salida a la pantalla grande, no habiéndose establecido el vínculo entre la disponibilidad de una obra en DVD y la posible reducción de la asistencia a la sala de cine. Por otra parte, las películas proyectadas en cines cambian más rápidamente, pues su duración media de explotación es de algunas semanas. Una difusión de seis meses parece excesiva. Más aún, los distintos estudios que se han realizado tienden a probar que la difusión en sala y luego en DVD o en video a la carta se alimentan mutuamente: la frecuencia de visionado de un video aumenta a medida que la asistencia a las películas en las salas es importante. Es esencial brindar la posibilidad de que el espectador satisfecho, o curioso, pueda encontrar rápidamente la película que busca de manera legal. Se recuerda, a este respecto, que nada impide que los derechohabientes, a la manera americana, retrasen, más allá de este plazo, la salida de los DVD y videos a la carta en el caso de las películas que gozan de éxito prolongado en las salas de cine.

La misión ha observado por otra parte que esta preocupación era compartida por la gran mayoría de sus interlocutores. Considera que un plazo de cuatro meses para la puesta a disposición de obras en Internet es un objetivo deseable. No obstante, con el fin de encontrar un acuerdo, propone que quede al albedrío de los socios el logro de una solución consensuada, en el plazo de un año a partir de la aplicación de la política específica o del mecanismo de advertencia y sanción, para acortar la primera difusión de acuerdo con la media europea –conservando el principio de que la difusión del video a la carta coincida sistemáticamente con la del DVD físico– y también a continuación todos los plazos de explotación. Este debate deberá obviamente tener en cuenta la existencia de plazos de exclusividad posteriores a la apertura de la difusión DVD y video a la carta, tanto en el caso del Canal + como de los canales de señal abierta.

Por otra parte, la misión recomienda que, para facilitar esta organización, se evalúe su impacto económico en los distintos agentes de la cadena de valor y que, si fuese necesario, se revisen correlativamente los mecanismos de exacciones en favor del Centro nacional de la cinematografía o de las ayudas recibidas de éste.

2.2 Ampliar sustancialmente el número de obras musicales en línea sin medidas técnicas de protección

Resultado evidente para la misión que la falta de poder de atracción de la compra en línea de obras musicales está muy vinculado con las dificultades de utilización que imponen las medidas técnicas de protección. La compra de una obra digital solo es interesante si permite la misma libertad de uso que el soporte físico. Si no existe la posibilidad de conservar, en caso de cambio de ordenador, los títulos comprados para formar una biblioteca personal o si es imposible escuchar esta música en cualquier soporte, el consumidor se negará a comprar. La interoperatividad es una condición de la afirmación de una oferta digital accesible, tanto por los usuarios de programas informáticos propietarios como por los usuarios de programas informáticos libres, cuyas prácticas son contradictorias con el uso actual de las medidas técnicas. La conexión de un contenido a un programa informático determinado es un obstáculo claro.

Por ello, si las medidas técnicas de protección pueden ser herramientas pertinentes de gestión de los derechos y si, como en el ámbito del cine, existe una norma, tales medidas se convierten en obstáculos cuando se desarrollan distintos modelos propietarios. La misión entiende que mientras no se establezca una norma técnica que garantice la interoperatividad de los ficheros musicales, se debe permitir la oferta al por menor de todos los ficheros musicales en línea sin medidas técnicas de protección.

Sin embargo, a los efectos de encontrar un acuerdo consensuado, la misión considera necesario:

- en el plazo máximo de un año desde la aplicación de la política específica o del mecanismo de advertencia y sanción, poner en línea todos los catálogos de obras francesas sin medidas técnicas de protección.
- negociar aumentos sustanciales del número de obras extranjeras disponibles sin medidas de protección digitales.

2.3 Desarrollar acciones de valorización de la oferta digital legal

La oferta digital legal, tanto cinematográfica como musical, todavía no está suficientemente conocida, valorada, y en algunos aspectos legitimada. La misión hace eco de las propuestas que han sido presentadas, en particular por algunas asociaciones de consumidores y por los representantes de los artistas-intérpretes, que podrían mejorar su visibilidad y aceptabilidad.

- La creación de un sistema de descripción, idealmente europeo, de la gestión de los derechos destinado a informar al consumidor de las libertades de uso asociadas a los productos desmaterializados: compra definitiva; alquiler de corta duración; escucha limitada; escucha en soportes específicos.
- La creación de un portal que incluya un índice de las ofertas legales, y sobre todo las condiciones de esta oferta (*streaming*, número de copias limitado, etc.) podría también servir de interfaz entre consumidores y prestadores de servicio, con el fin de enriquecer la oferta: la idea sería poner fin al reflejo de los internautas de ir a comprobar en los sitios de descarga si una obra no disponible legalmente se ofrece mediante descarga libre, permitiéndoles no solamente comprobar la oferta legal existente, sino indicar las obras que solicitan.
- La apertura de debates entre los productores y los representantes de los derechohabientes sobre las modalidades de remuneración, en particular, el ejercicio de los derechos exclusivos y la distribución de los ingresos entre los distintos derechohabientes.
- El sometimiento de las ayudas a la producción entregadas por el Centro nacional de la cinematografía a la obligación de que la película se ponga a disposición en video a la carta.

2.4 Solicitar de la Unión Europea la reducción del IVA de los productos culturales reflejada en el precio de venta al público

Con el fin de favorecer el poder de atracción y el desarrollo del video a la carta, es necesario que al conjunto de los bienes y servicios culturales se les aplique el tipo reducido de IVA. Esta fiscalidad reducida podría garantizar un mejor equilibrio económico de las ofertas legales, que son aún nuevas y económicamente frágiles, a condición de que esta reducción se refleje íntegramente en los precios públicos. Si estos llegasen a obtener esta generalización, podría entonces examinarse la posibilidad de ampliar la base de las suscripciones a Internet sometida a tarifa reducida (50% hoy de la suscripción "triple play") como contrapartida a la institución de un impuesto de financiación de la creación y la diversidad musicales a la manera de la creada en favor del CNC.

3 DESINCENTIVAR LA OFERTA ILEGAL EN INTERNET

La facilidad de uso y la disponibilidad de la oferta legal, aun siendo esenciales, solo permitirán una reducción importante de la oferta ilegal si existe también en paralelo una política encaminada a dificultar esta última. En este ámbito, la misión basó su reflexión en un enfoque realista favorecedor de dispositivos proporcionales y evolutivos. Por consiguiente, decidió desechar algunos mecanismos, por razones técnicas, jurídicas o sociales. Propone, sobre la base de la aclaración de los distintos usos de Internet reunidos bajo el término genérico de descarga, dos mecanismos que le parecen aptos, sin menoscabo de las libertades individuales, para garantizar el objetivo de desincentivación de la oferta ilegal en Internet.

3.1 Optar por respuestas pragmáticas y proporcionadas

3.1.1 Favorecer las respuestas pragmáticas

La misión está persuadida de que la desincentivación de la piratería digital debe organizarse de manera realista y pragmática. Reflexionó sobre los dispositivos que podían aplicarse basándose en tres imperativos.

- *La proporcionalidad entre los dispositivos y los retos* - El mundo digital es un espacio de libertad cuyas modalidades de control deben ser sopesadas y supervisadas. Los retos de la libertad pública son centrales. Pero no obstante su consideración no debe justificar la inacción. Muchos países occidentales (Estados Unidos, Reino Unido...), igualmente respetuosos de los derechos del individuo, han conseguido poner en marcha dispositivos, basados en una mezcla de pedagogía y de sanciones medidas, cuyos primeros resultados son prometedores.
- *El recurso simultáneo a varias herramientas* - No existe una solución única con eficacia garantizada. Es ilusorio considerar que pueda ponerse fin a toda forma de piratería en Internet: la tecnología se adaptará siempre más rápidamente a los controles y a las limitaciones que lo que el derecho o la práctica puedan imponer. Es necesario pues, sobre todo, encontrar mecanismos que permitan poner fin a la impunidad y poner en marcha la toma de conciencia, en particular, del público más joven, de que la gratuidad generalizada e ilegal tiene un coste. Eso exige utilizar varias herramientas de manera paralela, cada una con su eficacia relativa, y también prestar más atención a los comportamientos de difusión que a los de consumo.
- *La adaptación progresiva de las respuestas* - Algunos métodos posibles, como el filtrado, recurren a herramientas tecnológicas de concepción aún reciente y que experimentan una evolución muy rápida. Estas soluciones serán interesantes si alcanzan su plena madurez, gracias a una mejor calibración de sus resultados y a una valoración más detallada de las condiciones de su despliegue a gran escala, en particular, en término de coste, arquitectura, elección de tecnologías adaptadas y comprensión de las consecuencias desencadenadas en el comportamiento de los internautas. No se puede excluir tampoco la disponibilidad de otras tecnologías en el futuro y que se prefieran entonces. La política que debe mantenerse es pues incitativa y debe favorecer las experimentaciones, para acelerar la adaptación de las herramientas de control a la evolución de la tecnología y a las prácticas de la piratería.

3.1.2 Adaptar las respuestas a los tipos de piratería

Las sanciones actuales, que pueden adaptarse a comportamientos de piratería masiva con ánimo de lucro, parecen desproporcionadas para actos limitados de piratería con ánimo no comercial. Una respuesta solo penal no es satisfactoria: las actuaciones en justicia, comparadas con la masa de infracciones, son raras, habida cuenta del impacto social de la calificación de delito y del paso ante un tribunal correccional. Además, conducen al pronunciamiento de penas ligeras, aunque parece que recientemente son más duras. El dispositivo no tiene tampoco alcance pedagógico. Esta vía, que sólo puede funcionar en realidad mediante el ejemplo, parece ineficaz si se considera la única posible para disuadir o reprimir todos los comportamientos de descarga ilegal, en realidad muy dispares.

Por otra parte, la deficiencia de la política actual es tratar la piratería de forma generalizada, sin diferenciar a los protagonistas, ni las lógicas subyacentes a la descarga ilegal. Ya se ha dicho que la utilización de una red par a par no requiere el mismo tratamiento que los sitios de puesta a disposición de contenidos. La misión considera así que es primordial definir mejor la política para desincentivar la oferta ilegal, y en consecuencia determinar mejor al público destinatario. En particular, debería prestarse más interés a los primodifusores –los primeros internautas que ponen a disposición un contenido de manera ilegal – y a los que ponen a disposición (upload) que a los usuarios (download), a veces de buena fe.

La misión propone una escala de usos, a los cuales podrían adaptarse las sanciones que se impongan (véase infra). Conviene así diferenciar entre:

- flujo continuo (streaming);
- descarga (download);
- puesta a disposición (upload) moderada accesoria a la descarga (download);
- puesta a disposición (upload) masiva: primero en la puesta en común o acciones comerciales.

Tal aclaración – si corresponde a una gama de sanciones adaptadas – parece necesaria, habida cuenta de las incertidumbres que mantienen los internautas sobre los límites de la utilización legal o ilegal de una obra en Internet. A este respecto, los límites de la excepción de copia privada son todavía muy dudosos. En particular, sigue en suspenso la cuestión planteada por el Tribunal de Casación en cuanto al hecho de saber si el origen ilícito de una obra, cualquiera que sea el uso, excluye necesariamente el reconocimiento de la excepción de copia privada contemplado en el artículo L.122-5 del Código de propiedad intelectual.¹²

La misión considera por otra parte que debería enviarse a la Fiscalía una nueva circular penal por la que se modifica la ley de 3 de enero de 2007, que sea a la vez clarificada y simplificada, con el fin de favorecer la aplicación efectiva de la ley.

¹² El Tribunal de Casación, mediante fallo de 30 de mayo de 2006, desestimó una sentencia del Tribunal de apelación de Montpellier que liberó a un joven en posesión de películas copiadas en DC de las actuaciones incoadas contra él por reproducción ilegal de estas obras, porque tales reproducciones eran para uso privado. Consideró que su decisión no estaba fundamentada legalmente, al no haberse preguntado sobre el hecho de saber si "la excepción de copia privada [supondría], para ser aceptada, exige que la obra copiada sea legal". El Tribunal de apelación de Aix-en-Provence, competente después en la materia, no se pronunció a este respecto en su decisión de 5 de septiembre de 2007. Aunque en efecto aceptó el carácter ilícito de los ficheros descargados y reconoció que el interesado era culpable de piratería, se basó sólo en que las reproducciones se habían puesto a disposición y que así las copias de películas no contemplaban un uso privado. La cuestión de si el origen ilícito del material obstaculiza o no por sí mismo la excepción de copia privada sigue abierta, aunque algunos tribunales se han pronunciado en favor de la exigencia de que se trate de material legal (TGI Rennes, 30 novembre 2006: Juris-Data, n° 2006- 324185; CA Versailles, 9e ch. corr., 16 mars 2007: Juris-Data n° 2007-331563)

3.1.3 Hacia un mejor conocimiento de la amplitud de la piratería

La piratería es una externalidad económica negativa¹³, un factor perjudicial para la colectividad. Por consiguiente, conviene medir, por medio de un indicador pertinente y dinámico, la amplitud real del fenómeno y su evolución a medida que transcurre el tiempo. Este indicador, que mide por muestreo los volúmenes de descargas ilícitas de ficheros musicales, audiovisuales y cinematográficos, puede elaborarse fácilmente y actualizarse diariamente. Debería ser controlado por el Ministerio de Cultura y ser publicado por el mismo a lo sumo con carácter trimestral, de preferencia mensualmente. Tendría virtudes informativas y, eventualmente, disuasivas, si los datos disponibles condujeran a los derechohabientes y a las autoridades públicas a reforzar su acción. Se introduciría así una necesaria cultura de los resultados en la política de desincentivación de la oferta ilegal.

Las medidas correspondientes permitirían por otro lado identificar las "cuotas de mercado" de los cuatro grandes proveedores de acceso a Internet en la piratería par a par. Estas medidas pueden ser completadas fácilmente con los datos resultantes de los proveedores de acceso respecto a la utilización de su banda de transmisión. La información resultante de los proveedores de acceso a Internet podría ser recogida y tratada por la autoridad encargada de aplicar el dispositivo de advertencia y sanción (véase supra).

3.2 Los profesionales de la música, el cine y el sector audiovisual deben organizarse mejor

La misión considera que en primer lugar son los profesionales de la música, el cine y el sector audiovisual quienes deben utilizar las herramientas jurídicas existentes, que pueden ser eficaces, y desarrollar las técnicas pertinentes, cada vez más numerosas, y utilizarlas de manera beneficiosa.

La misión ha observado en efecto que la vía del juez penal o de la responsabilidad apenas se utilizaba, a pesar de la amplitud constatada en cuanto a la ignorancia de los derechos de propiedad. Por otra parte, los dispositivos que permiten impedir, en condiciones de urgencia, la utilización de un contenido sin autorización de los derechohabientes en sitios de puesta a disposición de contenidos era poco o incluso nunca utilizada, aunque ya pueden pedir la supresión del contenido ilegal, o incluso el cierre temporal de los sitios de los procesadores centrales. Por lo demás, a este respecto, la misión observó la voluntad de cooperación de los principales responsables de los sitios comunitarios y de puesta en común. Los más importantes de estos últimos ponen a disposición formularios en línea que permiten identificar fácilmente las obras precisas buscadas, indicar su presencia, y obtener su supresión en un plazo muy breve. La misión considera que tal sistema de información, muy reactivo, ganaría si se generalizase y que incumbe a los derechohabientes interesados negociar la generalización de su inserción. Sería tanto más útil cuanto que las obras dispondrían de una huella, y que existiría un fichero común – o al menos un tercero de confianza "certificador" – de todos los derechohabientes.

De manera general, parece necesario que la respuesta de los profesionales de la música, el cine y el sector audiovisual esté mejor coordinada. La situación actual se caracteriza por la dispersión de los derechohabientes que es perjudicial para la coherencia de la política de lucha de los profesionales contra la oferta ilegal, e incluso para su eficacia. Por esta razón por la que podría crearse un organismo interprofesional a los profesionales de la música, el cine y el sector audiovisual. Esta agencia, que

¹³El concepto de factor externo negativo designa una situación económica en la cual el acto de consumo o producción de un agente tiene consecuencias negativas en la utilidad de los otros agentes, sin que esta influencia conduzca a la variación de los precios.

resultaría de las sociedades de percepción y distribución de derechos, podría tener personalidad jurídica y comparecer en juicio, pudiendo beneficiarse de la nueva redacción del artículo L. 331-2 del Código de propiedad intelectual resultante del artículo 33 de la ley de 29 de octubre de 2007 de lucha contra la piratería¹⁴.

Podría servir de elemento propulsor:

- de una acción concertada y relevante de la profesión en la lucha contra la piratería digital, pues la misión ha observado el recurso muy escaso a los dispositivos legales que permiten sancionar los comportamientos de piratería, u obtener reparación;
- de la evaluación, la elección y la promoción de tecnologías de marcado y reconocimiento de contenidos (*watermarking* y *fingerprinting*) comunes, o lo más convergentes posibles, entre las profesiones en cuestión, elemento esencial de la lucha contra la piratería digital.

Tales esfuerzos de las industrias culturales son esenciales para el éxito a largo plazo de una política destinada a desincentivar la oferta y el consumo ilegales.

3.3 Posible aplicación de diversos dispositivos

3.3.1 Los dispositivos deben tener en cuenta plenamente las situaciones jurídica y de la técnica, así como las expectativas de la sociedad

La piratería, que hace intervenir a un gran número de agentes -internautas, procesador central de contenidos, editor de programas informáticos, derechohabientes, etc.- en un soporte desmaterializado con elevadas inquietudes respecto a la protección de las libertades públicas, sirve de punto de confluencia de varios regímenes jurídicos en competencia que, aun siendo justificados, pueden perseguir objetivos contradictorios. Hacen delicada la elaboración de un dispositivo de lucha, de modo que no cabe aplicar todas las soluciones mencionadas, a tenor de las audiencias mantenidas o de la literatura ya existente.

Dos lógicas fundamentales han guiado el trabajo de la misión. Por un lado, no es compatible con los principios generales del derecho francés el hecho de permitir la aplicación de una justicia privada, en manos de los derechohabientes o prestadores de servicios (procesadores centrales y proveedores de acceso...) y, por otra parte, la protección de las personas y datos debe garantizarse plenamente. Así pues, deben apreciarse con cautela las posibilidades de conceder a agentes privados la capacidad de detentar y tratar ficheros personales.

Por ello, no se han aceptado algunos de los dispositivos mencionados, a menudo por falta de madurez o porque no son realizables, por razones jurídicas o de aceptación social.

¹⁴ El nuevo artículo L. 331-2 del Código de propiedad intelectual dispone que "además de los atestados de los agentes o de la policía judicial, la prueba de la materialidad de cualquier infracción de las disposiciones de los libros I, II y III del presente Código y del artículo 52 de la ley nº 85-660 de 3 de julio de 1985 relativos a los derechos de autor y a los derechos de los artistas intérpretes, de los productores de fonogramas y videogramas y de las empresas de comunicación audiovisual, pueden resultar de las comprobaciones realizadas por los agentes juramentados designados según los casos por el Centro nacional de la cinematografía, por los organismos de defensa profesional contemplados en el artículo L. 331-1 y por las sociedades mencionadas en el título II del presente libro. Estos agentes estarán autorizados por el Ministro de cultura en las condiciones previstas por un decreto del Consejo de Estado.

3.3.1.1 El filtrado

La puesta en marcha de un dispositivo de filtrado o de control de los intercambios por radares es una propuesta planteada a menudo. No obstante, conviene diferenciar varias lógicas, pues el filtrado puede referirse a puertos, a protocolos o a sitios como las plataformas de procesamiento y puesta en común de contenidos, o a los ficheros que circulan en las redes.

A – El filtrado de puertos, sitios o protocolos.

El filtrado es ya jurídicamente posible, en determinadas circunstancias. En efecto, según el artículo L. 336-1 del Código de propiedad intelectual (artículo 27 de la ley dadvsi), el Presidente del Juzgado de Primera Instancia, resolviendo por vía de urgencia, puede pedir bajo pena de multa coercitiva cualquier medida necesaria para la protección de los derechos de autor y los derechos conexos cuando se utiliza un programa informático "principalmente para la puesta a disposición ilícita de obras u objetos protegidos"¹⁵. Por otra parte, como ya se indicó, el artículo 6-I-8 de la ley relativa a la confianza en la economía digital abre a los derechohabientes la posibilidad de plantear el asunto ante la autoridad judicial para adoptar por vía de urgencia respecto a un prestador técnico cualesquiera medidas que puedan prevenir un daño o hacer cesar un daño causado, lo que puede incluir, en su caso, el bloqueo de acceso a un sitio. La aplicación de estos dispositivos implica la participación sistemática del juez.

De manera general, la misión considera que tal filtrado, si puede permitir una acción específica eficaz, debe servir de tecnología complementaria debido a los efectos colaterales que puede inducir, en particular, el posible bloqueo del intercambio de contenidos legales. La misión ha realizado un análisis de las ventajas e inconvenientes de las técnicas disponibles (v. Anexo).

B – El filtrado de ficheros

Las técnicas de filtrado de las plataformas de acogida y de puesta en común de las obras digitales (audio o video) ya están disponibles. Permiten el filtrado previo a la puesta en línea, y se desarrollan a través de acuerdos entre derechohabientes y proveedores de acceso a Internet. Su utilización debería poder generalizarse rápidamente sin grandes obstáculos, puesto que se desplegarían en un número de sitios por definición reducido. El interés sería frenar considerablemente las puestas a disposición ilícitas, y, en particular, las de los primeros difusores. Para ello, convendría que los agentes lleguen a un acuerdo sobre la elección de una tecnología de huella digital (o de un número reducido de ellas) y que los editores y los derechohabientes hagan esfuerzos para proporcionar fuentes de información que permitan el establecimiento de los catálogos de huellas digitales de referencia más amplios posibles, lo que permitirá a los derechohabientes fijar las condiciones de autorización de circulación de las obras en las redes. Tal orientación permitiría también apoyar a empresas innovadoras francesas, muy activas en tales tecnologías, y darles una buena visibilidad internacional en un sector con futuro. El control de las huellas digitales para la base de referencia podría hacerse con carácter mutuo, y por ejemplo confiarlo a un "tercero de confianza", lo que reduciría costes y mejoraría la eficacia.

Por otra parte, en cuanto al filtrado de las redes, el mecanismo equivaldría a instalar dispositivos que permitan filtrar contenidos para dejar circular sólo las obras cuyos derechohabientes autorizaron la circulación, o que no requieran autorización, y bloquear los productos que circulen ilegalmente. Se trataría de un filtrado instantáneo, directamente ante el proveedor de acceso a Internet, y no en el ordenador personal del cliente. En cuanto al principio, habría comprobación de circulación en la red de

¹⁵La formulación de este artículo es no obstante de una ambigüedad que impide su plena eficacia, por cuanto es difícil establecer el criterio del carácter principal del uso a efectos de puesta a disposición ilícita de las obras protegidas.

una obra perteneciente a un derechohabiente (generalmente, en el catálogo de una sociedad de autor), esencialmente a través de su impresión digital. Esta misma técnica puede servir para objetivos diferentes: un filtrado en cabeza de la red, por iniciativa de los derechohabientes y/o de los proveedores de acceso, que bloquearía la circulación de una obra, o un filtrado destinado a la represión a posteriori, con intervención del poder público.

a) El filtrado preventivo para impedir la infracción

La misión considera que el despliegue a gran escala de las tecnologías actuales de filtrado preventivo, examinado con precisión (v. Anexo), merece profundizaciones previas. En efecto, se plantean numerosas cuestiones si se tratara de proceder a un despliegue relativamente generalizado y en consecuencia pesado: qué arquitectura (en el centro de la red o lo más cerca posible de los nodos de conexión de los internautas), cuáles serían los costes reales de inversión y explotación; qué efecto tendría en los comportamientos de los internautas (codificación, técnicas de anonimización...). Su utilización requiere pues una reflexión más profunda y la movilización de los derechohabientes.

b) El filtrado represivo para sancionar la infracción (radar).

La utilización de los mecanismos de filtrado para instalar los llamados "radares" que supervisan la circulación de obras sin autorización de los derechohabientes para aplicar una respuesta penal –según el modelo de la lucha contra la inseguridad vial– plantea cuestiones importantes de protección de la correspondencia y de la vida privada. La misión considera que todavía no puede ser aceptada por la opinión pública, inquieta ante una voluntad de control demasiado sistemática de los intercambios en las redes, que son sobre todo espacios de libertad.

3.3.1.2 Un sistema exclusivamente contractual de advertencia y sanción

Varios países extranjeros, como Estados Unidos o Reino Unido, han establecido un mecanismo de advertencia y sanción de naturaleza solamente contractual. Consiste en que los proveedores de acceso a Internet, consultados por los derechohabientes respecto a actos susceptibles de ser constitutivos de piratería, envían inicialmente varios mensajes de información y, en caso de repetición, imponen una sanción, como la disminución provisional de la banda de transmisión, la interrupción de la suscripción, o incluso su cancelación. El dispositivo de advertencia parece, desde el punto de vista práctico, ampliamente disuasivo para los internautas que reciben el mensaje, dado que raramente se han impuesto sanciones. Supone, para que esta eficacia desincentive a la piratería, que se aplique a una escala suficiente.

Tal dispositivo, basado por completo en la acción de los agentes privados y en las obligaciones resultantes de los contratos de suscripción, es difícilmente viable en derecho francés.

Por una parte, es difícil encontrar un fundamento jurídico para una sanción impuesta por el proveedor de acceso sin intervención de un juez o de una autoridad pública, ni la imposición de una obligación legal. En efecto, esta sanción no podría considerarse como una simple sanción contractual; revestiría un carácter penal, en cuanto se referiría a una violación de un derecho de propiedad. Ahora bien, solamente el juez es competente para constatar y sancionar tal infracción. Sobre todo, el acto de piratería es como tal ajeno al contrato celebrado entre el internauta y el proveedor de acceso, que se refiere a un suministro técnico y no al contenido al que la suscripción da acceso, extremo recordado en la ley relativa a la confianza en la economía digital.

Por otra parte, un dispositivo de esta naturaleza se basa en ficheros de infracciones detentados por personas privadas (tanto los proveedores de acceso a Internet como los derechohabientes), así como en la posibilidad de que estos últimos determinen la aproximación entre la dirección IP y el nombre del titular de la suscripción sin que el juez intervenga. Ahora bien, además del hecho de que por el momento el CNIL solo autorice de manera restrictiva la detentación por los derechohabientes de los ficheros que puedan ser constitutivos de infracción, el Consejo constitucional (DC n° 2004-499 de 29 de julio de 2004) consideró, respecto a las normas planteadas por el actual artículo 34-1 del Código de terminales y comunicaciones electrónicas, que incumbe al juez efectuar la aproximación entre la dirección IP y el nombre del titular de la suscripción.

Sobre este último punto, cabría debatir si una dirección IP es o no un dato (directa o indirectamente) personal. Las posiciones de los tribunales son aún divergentes. Si la respuesta es positiva, la misión considera que los obstáculos jurídicos son difícilmente superables (v. Anexo). Si la respuesta es negativa, sigue siendo plenamente imposible justificar un fundamento jurídico para la imposición de una sanción por el mero contrato, sin recurrir a la ley.

Eso explica, en ambos casos, que no pueda aceptarse una vía solamente contractual, es decir, sin modificación legislativa.

3.3.2 Dos dispositivos podrían ser establecidos por las autoridades públicas

La misión considera que las autoridades públicas podrían utilizar dos dispositivos, cada uno con sus ventajas.

3.3.2.1 Una política específica

Habría que dar al consumo de contenidos culturales en Internet un marco de uso claro y legítimo, basado en la información y en la aplicación de sanciones en caso de ignorancia. Tal dispositivo se basaría en respuestas orientadas en función de los tipos de piratería (véase 3.1.2) y de los comportamientos de los internautas. Su primera virtud sería romper con un tratamiento solamente penal, y adaptar las sanciones a la naturaleza de los actos cometidos.

El dispositivo funcionaría en tres estratos:

- "Una acción amplia de comunicación con el público"

Los proveedores de acceso deberán en primer lugar enviar mensajes generales a los suscriptores, como los exigidos por el artículo L. 336-2 del Código de propiedad intelectual, introducido por el artículo 28 de la ley dadvsi del 1 de agosto de 2006¹⁶, cuyo decreto de aplicación debe adoptarse en breve.

Deberán también enviar mensajes específicos, a petición de las sociedades de autores. Tal dispositivo de información específico es posible a reserva de una posible modificación del artículo 34-1 del Código de terminales y de comunicaciones electrónicas (aunque el envío sea totalmente

¹⁶ Este artículo introdujo el artículo L.336-2 del Código de propiedad intelectual, que prevé que "las personas cuya actividad sea ofrecer acceso a servicios de comunicación al público en línea, por iniciativa propia, dirigirán a los usuarios de este acceso mensajes de sensibilización respecto a los peligros de descarga y puesta a disposición ilícitos para la creación artística. Un decreto del Consejo de Estado determinará las modalidades de difusión de estos mensajes.

automático, cabe preguntarse sobre la realidad de la conservación de datos de conexión). El sistema sería el siguiente: los representantes de los derechohabientes indicarían, como ya están habilitados para hacer y después de la autorización del CNIL (v. Anexo), los datos digitales de los internautas infractores; los proveedores de acceso a Internet enviarían los mensajes; estos últimos no elaborarían los mensajes de información y advertencia sobre los riesgos de sanciones, tanto civiles como penales, que pueden afrontar los internautas, sino que solamente serían los prestadores de la información transmitida, aunque hubiese aplicación de un tratamiento, que por lo tanto debería ser autorizado por el CNIL.

- "Articulación de las sanciones, basada en la plena movilización tanto de las autoridades públicas como de los derechohabientes."

La orientación específica debe resultar de una política coordinada de la profesión, en particular, para la fijación de los límites máximos, que podría ser asumida por una agencia interprofesional (véase 3.2) o por una autoridad de regulación neutra e independiente, como, por ejemplo, la autoridad ya existente de regulación de las medidas técnicas de protección.

- "Los ejes de esta política darían lugar a que algunos usos, como por ejemplo la consulta de obra en *streaming*, no fuese objeto de sanción." Los demás actos de representación y reproducción arriba indicados en el informe (véase 3.1.2) se reprimiría con una multa o como un delito; las sanciones más duras se reservarían a las falsificaciones más graves (primocompartidores, acción de comercio, descargas masivas). La definición de las sanciones apropiadas requeriría la fijación por todos los agentes de un protocolo de acción.

Tal dispositivo requerirá solamente prever que todos los actos de piratería digital no se consideren también como un delito. A este respecto, habida cuenta de la decisión del Consejo constitucional relativa a la ley *dadvsi*¹⁷, conviene garantizar la igualdad ante la sanción, no estableciendo una norma que discrimine una técnica específica. Por consiguiente, convendrá fijar los rasgos de la infracción a partir de criterios objetivos de criminología y de los conceptos de referencia de la propiedad literaria y artística, a saber, la reproducción y la representación (v. Anexo).

3.3.2.2 Un mecanismo de advertencia y sanción

La segunda solución posible consiste en establecer un mecanismo que permita informar a los internautas infractores y, en su caso, sancionarlos, en particular, con la suspensión o ruptura de su contrato de suscripción. Tendría un fuerte alcance pedagógico, mediante el envío disuasivo de emplazamientos, y se basaría en sanciones proporcionadas en caso de reiteración de tales actos.

La aplicación de este mecanismo puede responder a dos esquemas generales.

El primer esquema está basado en la intervención de una autoridad pública que tendría la misión de informar, después de la "denuncia" de los derechohabientes, a los internautas infractores y, en su caso, sancionarlos, o transmitir el expediente al juez competente para que decida la sanción pertinente.

¹⁷ El Consejo constitucional estima que el hecho de que solo los intercambios par a par sean eximidos de la calificación de delito no cumple con el principio de igualdad, por no basarse en un criterio objetivo, siendo insuficiente la herramienta técnica utilizada para justificar la diferencia de trato.

El segundo sistema se basaría en la intervención directa –pero bajo control del juez– de los proveedores de acceso a Internet para sancionar, después del envío de advertencias, a las personas que no atiendan a la obligación legal de sometimiento a las reglas de su ordenador personal, de acuerdo con una disposición legal que fije las consecuencias de la violación de esta obligación.

En todo caso, la misión considera imperativo que los órganos jurisdiccionales especializados en el derecho de la propiedad intelectual se pongan en marcha. Su desarrollo es esencial para la eficacia de cualquier política de desincentivación de la oferta ilegal.

3.3.2.2.1 Un mecanismo controlado por una autoridad pública.

Esta autoridad pública –que, en función de su ámbito de competencia, podría constituirse a partir de la extensión de las prerrogativas de la Autoridad de regulación de las medidas técnicas de protección, pues la propia misión considera inoportuna crear una nueva autoridad– tendría por misión garantizar la fase de advertencia, antes de pronunciar una sanción, o previamente a la intervención del juez.

A – La autoridad informa el titular de la suscripción y decide la sanción que debe emitirse en caso de reincidencia.

La autoridad a la que se presente una denuncia de un derechohabiente que haya constatado actos de representación y puesta a disposición de terceros de obras sin autorización de los titulares:

- sobre la base –y después de comprobar– la información recogida por el derechohabiente, formulará requerimientos a los operadores para identificar a los autores de tales actos;
- enviará antes de la sanción, a través de los proveedores de acceso, un emplazamiento mediante un mensaje electrónico de advertencia al titular de la suscripción; en caso de repetición del mismo acto, enviará un nuevo emplazamiento por correo certificado;
- si se comprobase una segunda reiteración, durante un período determinado y para un volumen aún por determinar, impondría una sanción¹⁸ que irá de la suspensión temporal a la resolución del contrato.

La acción de la autoridad tendrá por objeto sancionar al titular de la suscripción por haber permitido el mantenimiento, por medio de su suscripción, de actos ilegales de representación y puesta a disposición de terceros de obras protegidas, y así de no aplicar los medios adecuados de protección de su terminal informático. Las actuaciones emprendidas contra el titular de la suscripción entonces estarían basadas en los principios previstos en el artículo L. 332-15 del Código de propiedad intelectual introducido por la ley de 1 de agosto de 2006¹⁹ que debería no obstante modificarse para introducir condiciones más precisas, dado que no se ha establecido con precisión el alcance imperativo de este artículo de acuerdo con redacción, así como algunas garantías que permiten al titular evitar la

¹⁸ El poder de sanción de las autoridades administrativas se somete a diversas exigencias constitucionales. Véase, en particular, DC, 96-378, 23 de julio de 1996.

¹⁹ El actual artículo L. 335-12 del Código de propiedad intelectual dispone que "el titular de un acceso a servicios de comunicación al público en línea debe velar para que este acceso no sea utilizado con fines de reproducción o representación de obras artísticas sin la autorización de los titulares de los derechos prevista en los libros I y II, cuando le sea requerido, aplicando los medios de protección que le sean propuestos por el proveedor de este acceso en aplicación del primer párrafo del artículo 6 de la ley nº 2004-575 de 21 de junio de 2004 relativa a la confianza en la economía digital."

presunción de responsabilidad que le incumbe²⁰.

La autoridad impondrá una sanción administrativa distinta de la sanción penal que el autor de un acto de piratería puede afrontar²¹. La sanción podría ser de tipo pecuniario. Pero parece más pertinente que se trate de la suspensión o de la rescisión del contrato del suscriptor. A este respecto, convendrá regular la articulación de la actividad de la autoridad con las posibles diligencias penales que, por razón de los mismos hechos, puedan incoarse ante el internauta infractor²².

El seguimiento del procedimiento y la adopción de la sanción requieren que en un momento, los datos digitales a disposición de la autoridad conduzcan al nombre del titular de la suscripción. En la situación actual del derecho, eso requiere, como lo precisó el Consejo constitucional en su reserva de interpretación de su decisión n° 2004-499 de 29 de julio de 2004, una intervención del juez. No obstante, cabe prever una modificación del actual artículo 34-1 del Código de terminales y comunicaciones electrónicas –en el cual fundó su reserva de interpretación el Consejo constitucional– para permitir que esta autoridad pública realice la aproximación por sí misma. Tal modificación parece aceptable habida cuenta de las garantías de independencia e imparcialidad presentadas por una autoridad que reúne a agentes dotados con prerrogativas de poder público.

Por otra parte, la autoridad deberá ser autorizada por la Comisión nacional de informática y libertades para actuar sobre los ficheros y es también necesaria la modificación del artículo 34-1 del Código de estaciones y comunicaciones electrónicas para autorizar la conservación, durante un período de tiempo definido, de los datos de conexión.

B – La autoridad garantiza la advertencia y la mediación obligatoria previa a la intervención del juez, que decidirá la sanción

En este caso, la autoridad tramitará²³ la fase obligatoria de mediación, en forma de emplazamientos realizados por mensaje electrónico y por correo certificado (idéntica secuencia a la

²⁰ Se tratará entonces de una responsabilidad por un hecho ajeno, prevista en numerosos derechos civiles, pero también en materia penal (v. por ejemplo DC n° 76- 70, de 2 de diciembre de 1976, rec. 39 en Les Grandes décisions du C.C., 1999, p. 364, n° 25-16; DC n° 99-411 del 16 de junio de 1999) a pesar de la afirmación del principio de personalidad de la pena, que es aplicable a las sanciones administrativas (Consejo de Estado, 29 de octubre de 2007, LOSC Lille Metropole, 307736). Habida cuenta de la naturaleza materialmente civil de las sanciones que la autoridad podría pronunciar, la cuestión de la imputabilidad se plantea con menos agudeza, sobre todo teniendo en cuenta que la obligación de protección incumbe directamente al titular de la suscripción. Se tendrá en cuenta por otra parte con interés la decisión de la Sección de lo contencioso del Consejo de Estado de 22 noviembre 2000 Société Crédit agricole Indosuez Chevreux (Recueil Lebon, p.537, concl. A. Seban, chronique AJDA 2000.997) que se inspira en la idea, afirmada por el Consejo constitucional en su decisión de 17 de enero de 1989 relativa a la CSA (DC n° 88-248, Rec p. 18, RFDA 1989, p. 215, nota B. Genevois), de que los principios aplicables en materia de represión no tienen el mismo alcance que en derecho penal cuando se aplican a las sanciones administrativas, y que pueden preverse adaptaciones ulteriores.

²¹ No hay pues dificultades en cuanto al respeto del principio no bis in ídem que prohíbe sancionar dos veces a la misma persona por el mismo delito, en la medida en que las decisiones de la autoridad y las del juez penal tienen por objeto sancionar la violación de dos normas diferentes del Código de propiedad intelectual (defecto de protección del terminal; acto de piratería).

²² V., en particular, la cuestión de la articulación de estos poderes con las obligaciones resultantes del artículo 40 del Código de procedimiento penal.

²³ Para todos los actos de piratería o para una parte solo de estos actos, los más graves pueden someterse a sanción después de un recurso directo ante el juez; así, por ejemplo, en el caso de la puesta a disposición (upload) masiva: primeros en compartir o acciones con ánimo comercial.

presentada anteriormente). La autoridad sería entonces un filtro obligatorio que permita evitar la reiteración de los mismos actos.

A diferencia del esquema anterior, no impondría por sí misma la sanción final, que seguirá incumbiendo al juez penal, debiendo tratarse del órgano o de los órganos jurisdiccionales especializados en propiedad intelectual. El juez que conoce el asunto decidirá la sanción conveniente para estas personas que, a pesar de las advertencias, hayan reiterado los actos ilegales. A este respecto, habría que reflexionar sobre la naturaleza de la pena. En particular, se debería prever que una de las penas (accesorias) que el juez pueda adoptar sea la suspensión o la resolución del contrato de suscripción²⁴. Podría también tratarse de una multa por infracción que debería pagarse por cada acto de piratería, lo que podría conducir a sanciones pecuniarias muy fuertes (v. Anexo). Tengamos en cuenta que el recurso a sanciones por infracción no privaría de ninguna manera a los titulares de derechos de su compensación, puesto que podrán obtener daños y perjuicios del juez de proximidad que resuelva por resolución penal en aplicación del artículo 528-2 del Código de procedimiento penal, además de constituirse en parte civil ante el tribunal correccional o ante el tribunal de policía.

Será también necesario permitir que la autoridad haga cotejo entre los datos de conexión y el titular de la suscripción sin intervención del juez, así como conservar datos de conexión (véase supra).

Cualquiera que sea el sistema adoptado, el procedimiento seguido ante la autoridad será escrito y contradictorio, de modo que el internauta pueda garantizar su defensa. Sus decisiones serán susceptibles de recurso en justicia.

La autoridad deberá también disponer del poder de ordenar, con multa coercitiva en caso necesario, a los proveedores de acceso que respeten sus obligaciones de transmisión de mensajes de advertencia.

También debería preverse que esta autoridad, a instancia de los derechohabientes, disponga de la capacidad necesaria para exigir a los prestadores técnicos (procesadores centrales, proveedores de acceso...) cualquier medida susceptible de prevenir un daño o de hacer cesar un daño causado por el contenido de un servicio de comunicación en línea, en paralelo o en lugar de la vía judicial actualmente abierta por algunas de las disposiciones del artículo 6 de la Ley relativa a la confianza en la economía digital²⁵. Un juez controlaría la propia decisión adoptada por la autoridad en este ámbito.

En el mismo orden de ideas, la autoridad debería tener una actividad reglamentaria para la emisión de orientaciones de buenas prácticas o información a los internautas sobre los usos y mecanismos

²⁴ Téngase en cuenta que, aunque tal pena por el momento no esté prevista expresamente por los textos, muchos jueces penales ya han decidido aplicarla.

²⁵ Se trata aquí de la prevención de un daño, y no de la sanción de un acto de piratería. Tal poder dispositivo puede resultar del juez, como es el caso actual, pero también de una autoridad administrativa, no tratándose en ningún caso de un poder de sanción penal, que sólo corresponde a los jueces. A efectos jurídicos, se trata de una lógica similar, de conformidad con la Directiva 2000/31/CE de 8 de enero de 2000 y la ley n° 2004-575, a la conducente a la instauración de un filtro, pues la misión considera (v. Anexo), que su aplicación puede imponerse legalmente por un juez o una autoridad pública.

de protección. Podría también, a reserva del dictamen de la Comisión nacional de informática y libertades, disponer de un fichero de las personas cuyo contrato haya sido rescindido.

Por último, se puede precisar que, cualquiera que sea el sistema y las reformas legislativas adoptados, estos procedimientos pueden establecerse fácilmente, ya que son automatizables y la autoridad estará en condiciones de decidir la intensidad de su acción en función de los medios que las autoridades públicas puedan facilitar.

3.3 2.2.2 Un mecanismo resultante de una obligación legal.

Los proveedores aplicarían este dispositivo con arreglo a una secuencia de advertencia y sanción similar a la presentada en el marco de la autoridad, pero directamente aplicada por los proveedores de acceso a Internet. Se basaría no en la modificación de los contratos entre estos últimos y sus suscriptores (véase 3.3.1.2) sino en la obligación legal de protección del ordenador personal prevista por el artículo L. 335-12 del Código de propiedad intelectual cuya redacción actual debería revisarse, según lo indicado anteriormente. La ley impondría a los proveedores de acceso suspender²⁶ y, en caso de reincidencia, rescindir el contrato de suscripción del titular que infrinja el artículo L. 335-12 del Código de propiedad intelectual. La impugnación de la decisión de suspensión o rescisión se haría ante uno de los órganos jurisdiccionales especializados en propiedad intelectual que van a establecerse.

Este mecanismo solo es posible, para ser sinceros, si una disposición legal detallada precisara que las direcciones IP recogidas y almacenadas por los derechohabientes y los proveedores de acceso no constituyen datos directa o indirectamente nominativos. De este modo, los ficheros detentados por los derechohabientes y los proveedores de acceso podrían ser controlados sin autorización del CNIL. La misión en efecto ha observado que (véase supra 3.3.1.2) que en caso contrario, las modificaciones legislativas que deben preverse parecen delicadas (v. también anexo). Pero no parece imposible para el legislador determinar la naturaleza jurídica de una dirección IP. No obstante, tal evolución debe apreciarse con prudencia, debido a su impacto, que supera la cuestión de la lucha contra la piratería digital. Se trata en efecto, de manera más global, de las cuestiones esenciales de elección por las autoridades públicas respecto a las herramientas de regulación de Internet y de la protección de los datos personales en las redes. A este respecto, se recordará que Francia se propone organizar, en el marco de la Presidencia futura de la Unión Europea, una reunión de las comisiones nacionales dedicadas a la protección de los datos personales.

²⁶ Un proveedor de acceso que no cumpla esta obligación de envío de mensaje y sanción podría ser sometido a sanciones penales y financieras; el juez podría ser consultado por los derechohabientes.

CONCLUSIÓN

En el ámbito de la lucha contra la piratería digital, la misión considera que existen medidas a la vez eficaces y respetuosas de las libertades individuales. Para cumplir con los principios del derecho francés, deben sin embargo ser diferentes en su expresión de los mecanismos instituidos por otros países.

La aplicación de una política específica, y más aún, del mecanismo de advertencia y sanción, constituiría una opción política relevante, ya que es costosa para el Estado, que se comprometería en esta materia en una acción voluntarista y especializada. La misión solo lo considera viable si los profesionales de las industrias en cuestión se comprometen, en paralelo, en primer lugar a utilizar los métodos de disuasión ya existentes y a organizarse con este fin y, a continuación, a permitir la rápida mejora de las condiciones de la oferta legal.

RECOMENDACIONES DE LA MISIÓN

1. Cambiar el plazo de difusión del video a la carta de 7 meses y medio tras la salida en sala a 4 meses. Con este motivo, los profesionales del cine analizarán el impacto de tal medida en cada uno de los agentes económicos de la producción y distribución y reexaminarán en caso necesario los mecanismos de financiación del cine.
2. En tanto en cuanto las medidas técnicas de protección (DRM) supongan un obstáculo a la interoperatividad, abandonar estas medidas en todos los catálogos de música.
3. Supeditar las ayudas a la producción del Centro nacional de la cinematografía al compromiso de oferta de la película en video a la carta.
4. Generalizar el tipo de IVA reducido a todos los productos y servicios culturales, repercutiendo íntegramente esta reducción en el precio de venta al público.
5. En el caso de que se obtenga esta reducción, ampliar la base de las suscripciones Internet "triple play" sometidas al tipo reducido como contrapartida de la institución de un impuesto que alimente los fondos de financiación de la creación y la diversidad musicales, al igual que se hizo para el cine.
6. Publicar un indicador de piratería detentado por las autoridades públicas, como máximo con carácter trimestral, y preferiblemente con frecuencia mensual.
7. Agrupar a los derechohabientes en una agencia única encargada de luchar globalmente contra la piratería y favorecer la evaluación, la elección y la promoción de tecnologías, comunes o convergentes, de marcado y reconocimiento de contenidos.
8. Generalizar las técnicas de filtrado de contenidos piratas mediante consenso de los derechohabientes sobre las plataformas de procesamiento y puesta en común de las obras digitalizadas gracias a la elección de una tecnología de huella digital (o de un número reducido de tecnologías), que sería plenamente útil si los editores y los derechohabientes proporcionaran las fuentes de información que permitan el establecimiento de amplios catálogos de huellas digitales de referencia.
9. Experimentar las técnicas de filtrado de los ficheros pirata en cabeza de las redes por los proveedores de acceso a Internet y generalizarlas si fuesen eficaces.
10. Simplificar y clarificar la circular dirigida a la fiscalía para la aplicación de la ley dadvsi con objeto de favorecer la aplicación más eficaz de la ley.
11. Adaptar el decreto determinando los órganos jurisdiccionales especializados en la lucha contra la piratería digital, así como el previsto por el artículo L. 336-2 del Código de propiedad intelectual relativo a las modalidades de difusión de mensajes enviados por los proveedores de acceso para sensibilizar a los internautas.
12. La Comisión nacional de la informática y de las libertades debe sacar las consecuencias de la sentencia de 23 de mayo de 2007 del Consejo de Estado anulando su decisión de 18 de octubre de 2005 que impide a distintas sociedades de autor la autorización necesaria para la instauración de un fichero que permita la investigación y la comprobación de los actos de piratería en Internet.
13. Establecer una política específica de actuaciones judiciales o bien un mecanismo de advertencia y sanción que permita incluso la suspensión y la rescisión del contrato de suscripción, aplicándose este mecanismo a todos los proveedores de acceso a Internet. Podría requerir la creación de una autoridad independiente.

ANEXO I: FICHAS TECNICAS Y JURIDICAS

CONSIDERACIONES TÉCNICAS

1.- La lucha contra las descargas ilícitas puede recurrir a varios enfoques basados en herramientas técnicas existentes pero cuyos resultados reales quedan aún por evaluar en caso de que se desplieguen a gran escala.

Numerosas herramientas existen o están en fase de desarrollo (véase informe). Diferentes en su enfoque y en consecuencia en sus resultados y limitaciones, son propuestas por diversas empresas, incluso por una serie de grupos industriales o PYME innovadoras francesas.

Estas indicaciones tienen por objeto presentar las características de las herramientas técnicas existentes y los límites de cada una.

1.1 – Las herramientas de filtrado por los proveedores de acceso a Internet.

Su finalidad principal es la detección en casos predeterminados, y, cuando proceda, el bloqueo del acceso del internauta al URL o a las direcciones IP, o a algunos puertos, a algunos protocolos, o, asimismo, a algún contenido. De igual modo, el filtrado puede permitir recoger las direcciones IP de los emisores y/o de los destinatarios de los flujos controvertidos:

- *El filtrado de URL o de dirección IP* impone determinar previamente las direcciones que se van a bloquear, lo que requiere un análisis de los flujos instantáneos y una gran reactividad de tratamiento. Ya se aplican tales sistemas para bloquear a instancia judicial el acceso a sitios prohibidos (apología de crímenes contra la humanidad, pederastia...).

Límites:

- o este tipo de filtrado, ya practicado por los proveedores de acceso a Internet a una escala reducida para los sitios prohibidos, bloquea en general y en la práctica el acceso al conjunto de un servidor que puede contener otros elementos ajenos al contenido ilícito identificado; la generalización de tal método de filtrado en el marco de la lucha contra la descarga ilícita plantearía desde este punto de vista un problema de responsabilidad a los proveedores de acceso a Internet;
 - o el bloqueo de URL o de direcciones IP requiere una vigilancia constante de la red, ya que siempre es posible modificar una dirección IP o un URL bloqueado.
- *El filtrado de puertos:* los servicios P2P utilizan puertos claramente identificados que es posible bloquear; el filtrado de puertos es posible en todos los enrutadores utilizados por los operadores (Cisco, Juniper, Extreme, Etnwork, Foundry...).

Límites:

- o el bloqueo de puerto conlleva el bloqueo de todos los usos del puerto, incluidos los usos legales;
 - o este tipo de filtrado solo es eficaz a corto plazo, pues los usuarios tienen la posibilidad de soslayar las medidas de filtrado modificando los puertos inicialmente elegidos por los editores de P2P.
- *El filtrado de protocolos:* estas herramientas permiten bloquear algunos tipos de intercambios tras localizar de las normas que los regulan, o incluso su comportamiento; hay herramientas en el mercado como Netenforcer Allot, PacketShaper de Packeteer, P-Cube o NBAR de Cisco, IP-engines de Ipanema, etc.

Límites:

- o el filtrado de protocolo bloquea también los usos legales del protocolo (en el ámbito de la I+D, el P2P permite la puesta en común de recursos tecnológicos como la capacidad de cálculo y la banda de paso; también se utiliza por sociedades mercantiles para la distribución legal y controlada de contenido protegido por los derechos de autor, como demostraciones de juegos, programas informáticos, bandas anuncios, actualización de programas informáticos, etc.);
 - o el filtrado de protocolo permite bloquear las descargas ilícitas que utilizan el P2P, pero el P2P no es ya la única vía de descarga ilícita de contenidos desde el desarrollo de los news groups y de los sitios de puesta en común de video cuyo éxito es creciente.
- *el filtrado de contenidos*: se trata de detectar y poder bloquear, cuando transitan en las redes y si se utilizan de manera ilícita, los datos previamente señalados. El filtrado de contenidos puede basarse, por una parte, en técnicas de tatuaje digital, que consiste en comprobar una marca inscrita previamente dentro de un documento que contiene información de copyright u otros mensajes de comprobación, o, por otra parte, en técnicas de huella digital, que consisten en calcular el condensado digital de un documento y en compararlo con una base de datos de huellas digitales de referencia (véase infra el 2º planteamiento, para el análisis de las herramientas de reconocimiento de contenidos multimedia).

Límites:

- o las bases de huellas digitales son por naturaleza muy voluminosas y parece difícil instalarlas en todos los nodos de la red de un proveedor de acceso a Internet; además, se desarrollan en formatos propietarios por varias sociedades competidoras a las cuales los derechohabientes pueden recurrir indiferentemente;
- o las técnicas de reconocimiento de contenido multimedia desarrolladas hasta ahora se han probado y aplicado mejor en servidores cerrados, sin comparación de escala con las redes abiertas explotadas por los proveedores de acceso a Internet; el despliegue a gran escala de sistemas de filtrado de contenido plantea cuestiones que quedan por estudiar en términos de costes, arquitectura técnica e impacto en el comportamiento de los internautas;
- o la aplicación de filtrado según los contenidos por los proveedores de acceso a Internet podría suscitar, sobre todo por parte de los defraudadores organizados, estrategias de soslayo, algunas por otra parte ya activables en algunos programas informáticos P2P como el recurso a la codificación o a las técnicas de "anonimización" de direcciones IP;

Todos los mecanismos de filtrado anteriormente mencionados pueden establecerse en distintos puntos de la red por los proveedores de acceso a Internet. Pueden proceder o a un análisis exhaustivo de los flujos, o a un análisis por sondeo, según los resultados.

El punto de implantación del filtrado no es neutro. Si el filtrado se efectúa en plena la red de los proveedores de acceso a Internet, los volúmenes que deben tratarse son muy elevados y ninguna sonda permite hasta ahora el filtrado de un flujo de varios gigabites. Por otra parte, en este caso, la parte del tráfico "local", que no pasa siempre por mitad de la red, podría escaparse al filtrado. Si se establece el filtrado en los nodos elementales de las redes, el número de equipamientos que deben instalarse resulta considerable.

En todo caso, y aunque las estimaciones son muy variables, los costes de instalación de un sistema de filtrado por los proveedores de acceso a Internet serían elevados tanto a efectos de inversión como de explotación.

Es también posible prever la instalación de un sistema de filtrado en el ordenador personal del suscriptor por iniciativa propia, a la manera de lo que se hace en materia de control parental. En esta hipótesis, la eficacia en el fraude consciente es por esencia limitada, puesto que la instalación de los instrumentos de filtrado se pone en marcha por iniciativa del suscriptor. Sin embargo, el efecto global sobre el fraude puede ser importante, en particular, en el marco de la toma de conciencia parental.

Por consiguiente, los mecanismos de filtrado por los proveedores de acceso a Internet pueden basarse en una serie de tecnologías innovadoras prometedoras, recientemente desarrolladas, que sin embargo aún no han llegado a la fase de plena madurez. Por consiguiente, es difícil evaluar su eficacia real en el marco de un despliegue "real", tanto a corto plazo, a causa de las incertidumbres derivadas del cambio de escala, como a medio plazo, a causa de las posibilidades no desdeñables de soslayo.

En este contexto, convendría recurrir a experimentaciones previas y a una evaluación objetiva de los costes de despliegue y explotación de las distintas soluciones respecto a los resultados esperados, antes de prever un despliegue a amplia escala o la elección de un proveedor de soluciones antes que otro.

1. 2 – Las herramientas de filtrado por los procesadores centrales o los editores de servicios.

Tienen por objetivo impedir, o al menos limitar, la puesta en línea de contenidos protegidos por terceros no derechohabientes.

Los derechohabientes están muy interesados por detectar los contenidos protegidos que circulan en los sitios de puesta en común de videos o en los newsgroups para poder emprender medidas de carácter preventivo o represivo.

Así pues, y cada vez más, los gestores de lugares de puesta en común de video aceptan, en relación con los derechohabientes, utilizar sistemas automatizados de reconocimiento de contenidos que se aplica previamente por el ordenador central en el momento de la solicitud de puesta en línea por el internauta (upload), con el fin de bloquear la operación si afectara a contenidos protegidos.

Los sistemas correspondientes utilizan herramientas de reconocimiento de contenidos multimedia que pueden ser:

- herramientas basadas en las huellas digitales (fingerprint): consisten en calcular, a partir de su contenido, la huella (es decir, un resumen digital característico) de un documento que circula en la red y en compararla con una base de datos de huellas digitales de referencia. Algunas empresas aplican estas herramientas como INA, Advestigo, Audible Magic, LTU technologies, etc. La fiabilidad de tales sistemas depende de la riqueza de la base de datos en la cual se basan y en su robustez respecto a las modificaciones, a los cambios de formato, a la compresión de las obras;
- herramientas basadas en el tatuaje digital (watermarking): el sistema de tatuaje digital requiere que el documento se haya marcado previamente a su difusión por los derechohabientes con datos que

contengan información de copyright u otros mensajes de comprobación. Este tipo de solución es desarrollada, por ejemplo, por Thomson, Communications SA o Vivacode. Se trata a continuación de buscar y analizar la marca inscrita dentro de un documento que circula en la red y de garantizar que la versión así identificada esté debidamente autorizada para la transacción donde se detecte. Los tatuajes deben ser lo más resistentes posibles a los ataques, aunque nunca pueda garantizarse su resistencia absoluta.

Las herramientas de huella digital, al igual que las herramientas de tatuaje, tienen formatos particulares que pertenecen a cada una de las sociedades que las desarrollan.

Aunque las herramientas de reconocimiento de contenidos multimedia presenten límites técnicos, su interés es real para limitar la descarga ilegal en sitios de puesta en común de video y debe fomentarse cualquier acuerdo entre los gestores de estos lugares y los derechohabientes que tiendan a generalizar su utilización.

1.3 – La detección de los flujos ilícitos mediante la observación externa.

Ya existen herramientas aplicadas por algunos derechohabientes para detectar la circulación en las redes de contenidos protegidos previamente determinados.

Se trata en realidad de simuladores de clientes P2P que se colocan como cualquier usuario de las redes para observar los flujos en el ámbito P2P, comprobar el contenido y detectar así los flujos ilícitos a partir de un objetivo de vigilancia definido previamente por la industria del contenido.

En cuanto a la localización de quienes realizan las descargas, la detección de las descargas ilícitas por los derechohabientes requiere la definición previa de los ficheros pirateados. A continuación, las herramientas puestas a disposición de los derechohabientes por distintas sociedades (como CoPeerRight Agency, Advestigo en Francia y también BayTSP, Safenet y Mediadefender en Estados Unidos) permiten registrar, por ejemplo cada segundo, a los usuarios que descargan o ponen en común estos ficheros. Esto puede permitir también medir el número de descargas parciales o completas de estos ficheros pirateados y el lucro cesante de los derechohabientes.

Por lo que se refiere a los datos relativos al internauta registrados por estos sistemas y que pueden utilizarse con fines probatorios, es posible determinar que tal dirección IP terminó su descarga en tal fecha, hora y minuto.

La asociación de la dirección IP con la identidad del internauta debe a continuación recurrir a los proveedores de acceso a Internet. Las direcciones IP así registradas pueden también utilizarse para enviar mensajes o sanciones. Conviene indicar que la detección de la dirección IP y de la identidad del presunto infractor no está siempre garantizada (caso del WiFi o de las redes de empresa, utilización de técnicas de enmascaramiento de direcciones IP).

Algunas empresas como CoPeerRight Agency han desarrollado herramientas destinadas a buscar más específicamente a los primodifusores. Se aplica una herramienta de este tipo por el Sindicato de editores de programas informáticos de ocio (SELL) en el ámbito de los videojuegos, en el marco de un procedimiento informatizado validado por el CNIL en marzo de 2005. La herramienta simula la búsqueda de ficheros ilícitos que se descargan a partir de palabras clave y lanza investigaciones cada segundo en las distintas redes P2P. En cuanto un fichero llega en las redes, se registran, por una parte, las características del

fichero (nombre, tamaño, compresión, formato, firma) y, por otra parte, las características del primer difusor (fecha, hora, dirección IP del ordenador personal del usuario, alias, programa informático utilizado, protocolo utilizado, dirección del servidor en el caso de redes centralizadas, userhash...).

Los sistemas de observación externa se basan en el carácter abierto de las redes P2P. Pero, si las consecuencias de la observación en términos de sanción aumentan, es probable que el recurso a la codificación progresaría, lo cual podría reducir el alcance de estos mecanismos, o incluso hacer que fuesen ineficaces. Por otra parte, las redes P2P tienden a evolucionar hacia "redes de amigos" dónde solo se admite a los participantes identificados por el grupo, lo que hace imposible la observación "tapada" de las redes P2P actuales.

A pesar de estos límites, la observación externa de los flujos ilícitos sigue siendo un buen medio para seguir a los primodifusores en el marco de una búsqueda criminal de la piratería, orientando las investigaciones a los objetivos prioritarios deseados por los derechohabientes. Aparte de este caso, estas soluciones sólo tienen interés directo en la lucha contra la descarga ilegal si se establece posteriormente un sistema de alerta y/o de sanción.

2.- Aunque ninguna de las propuestas técnicas existentes estuviese en condiciones de aportar una solución inmediata y global al problema de la descarga ilícita, su aplicación progresiva puede permitir progresos sensibles en la lucha contra la piratería y participar en la construcción de un nuevo sistema de gestión de los derechos digitales que asocie a todos los protagonistas interesados.

Las técnicas de reconocimiento de las obras digitalizadas pueden aplicarse indiferentemente a todo tipo de contenidos digitales: juegos, música, cine, programas informáticos, etc. Pueden servir tanto para situar los usos ilícitos, poniendo en marcha un proceso de alerta y sanción adecuado, como para desarrollar herramientas estadísticas que sirvan para la distribución de los derechos o para medir las evoluciones producidas en los volúmenes tratados y en los tipos de ofertas.

Las herramientas técnicas pueden permitir reconsiderar el sistema de gestión de los derechos digitales a efectos de eficacia:

- mejora de las capacidades de investigación para localizar a los primodifusores e iniciar las diligencias con independencia del contenido digital pirateado;
- mejora de la rastreabilidad de las obras que permita prever nuevos métodos de "monetización" de los contenidos, en particular, por la publicidad; desde este punto de vista, un sistema de marcado del conjunto del contenido digital por medio de metadatos robustos (relativo, entre otras cosas, al origen de la obra, su régimen jurídico, etc.), en un marco estandarizado, si fuese posible, y fuera de toda intención de filtrado o sanción para evitar el recurso a soluciones de soslayo, permitiría, cuando menos, preservar el derecho moral de los derechohabientes mediante un efecto pedagógico ante los usuarios, y también dar una base sólida al cálculo de distribución de los derechos en el marco de un modelo económico renovado.

Sobre este último aspecto, es útil recordar que la normativa francesa vigente ya permite detectar las descargas ilícitas y presentar denuncias por pirateo o ataque a los derechos de autor, sin desarrollo de nuevas herramientas técnicas.

CUESTIONES JURÍDICAS RESPECTO A UN MECANISMO DE ADVERTENCIA Y SANCIÓN

La aplicación de un mecanismo de advertencia y sanción plantea cuestiones delicadas de protección de los datos personales.

Toda reforma está enmarcada en una serie de fallos judiciales. Mediante decisión n° 2004-499 de 29 de julio de 2004, el Consejo constitucional aceptó el principio de la ampliación a las sociedades de percepción y distribución de derechos de autor de las competencias del artículo 9 de la ley n° 78-17 de 6 de enero de 1978 respecto a dos reservas de interpretación. En efecto, parecían aportarse dos garantías: la intervención de la Comisión nacional de informática y libertades, con arreglo al artículo 25 de la ley n° 78-17 de 6 de enero de 1978 y el seguro que en aplicación del artículo 34-1 del Código de terminales y comunicaciones electrónicas, la información disponible se pondrán a disposición de un juez, que efectuará la aproximación entre la dirección IP y el nombre del internauta.

En particular ateniéndose al fundamento de esta reserva de interpretación, la Comisión nacional de informática y libertades denegó a distintas sociedades de autor la autorización necesaria para la instalación de un dispositivo que permitiese el envío, por medio de los proveedores de acceso a Internet, de mensajes destinados a los internautas pirateadores. El Consejo de Estado anuló esta decisión de 18 de octubre de 2005 el 23 de mayo de 2007. Este último consideró que la vigilancia de las redes – autorizada por la ley – no era, contrariamente a lo que consideraba la autoridad administrativa, desproporcionada con respecto al objetivo legítimo que se perseguía. En cambio, confirmó la valoración de la comisión sobre los otros puntos, de acuerdo con el derecho vigente.

Estas dos decisiones del Consejo constitucional y del Consejo de Estado, elemento central de los debates, plantean normas importantes. No obstante, ambos altos tribunales también se pronunciaron de acuerdo con la normativa establecida. A este respecto, la decisión del Consejo de Estado solamente tomó nota de las imposibilidades jurídicas actuales, confirmando lo dispuesto por el CNIL a este respecto, sin pronunciarse sobre su pertinencia. Por otra parte, el Consejo constitucional emitió una reserva de interpretación basada en la redacción actual del artículo 34-1 del Código de terminales y comunicaciones electrónicas, sin por ello establecer principio alguno.

Con base a esto, caben dos enfoques:

Se puede primero considerar que las direcciones IP no son datos de carácter nominativo, directo o indirecto. Algunos órganos jurisdiccionales se pronunciaron en este sentido (v. Cour d'appel de París, decisiones de 27 de abril y 15 de mayo 2007²⁷). En este caso, los derechohabientes y los proveedores de acceso a Internet pueden elaborar ficheros que permitan informar a los internautas infractores sin autorización del CNIL, en cuanto estos ficheros salen del ámbito de aplicación de la ley n° 78-17. Una disposición legal podría permitir que se determine la naturaleza de la dirección IP, y por lo tanto la aplicación de un dispositivo de advertencia y sanción sin intervención de la autoridad pública. Este planteamiento podría enervar las reservas de interpretación planteadas por el Consejo constitucional en su decisión DC n° 2004-499 de 29 de julio de 2004.

Se puede también considerar, como el CNIL (v. comunicación de 2 de agosto de 2007) y otros órganos jurisdiccionales (por ejemplo: Tribunal correctionnel de Saint-Brieuc, 6 de septiembre de 2007)

²⁷ Contra las cuales, es importante precisarlo, se interpusieron recursos en interés de la ley ante el Tribunal de casación.

– así como la labor del grupo de trabajo denominado “Grupo 29”²⁸ - que las direcciones IP constituyen datos indirectamente nominativos y que así los ficheros que las traten deben ser previamente autorizados, de acuerdo con el artículo 25 de la ley n° 78-17. Por lo tanto, la aplicación del mecanismo de advertencia y sanción requeriría dos reformas legislativas importantes:

- Modificación el artículo 34-1 del Código de terminales y comunicaciones electrónicas para autorizar a los proveedores de acceso la conservación, durante un plazo limitado, de los datos de conexión relativa al tráfico;
- Modificación del artículo 9 de la ley n° 78-17 para autorizar que los proveedores de acceso a Internet constituyan un fichero y conserven datos nominativos.

Algunos argumentos favorecerían la evolución de estos dos textos.

- En primer lugar, el envío de mensajes puramente informativos por las sociedades de autor, con los proveedores de acceso sirviendo entonces como prestadores de servicios, tendría un papel de prevención que está previsto expresamente por la Directiva 95/46/CE de 24 de octubre de 1995 relativa a la protección de las personas físicas respecto al tratamiento de los datos de carácter personal y a la libre circulación de estos datos, que prevé como excepción la prevención de infracciones penales; la ley francesa, que debe leerse de conformidad con esta Directiva que traspone, no parece que pueda interpretarse como que excluye esta finalidad.
- En segundo lugar, el Consejo constitucional, en su decisión n° 2004-499 de 29 de julio de 2004, consideró que la lucha contra las prácticas de pirateo que se desarrollan en la red Internet, que exige la protección de la propiedad intelectual y de la creación cultural, constituye un motivo de interés general.

No obstante, hay que reconocer que el Consejo constitucional aceptó con reserva la apertura de las posibilidades ofrecidas por el artículo 9 de la ley n° 78-17 en 2004, -que por otra parte anuló, por falta de precisión, la redacción prevista del apartado 4° del artículo 9 de la ley de 6 de enero de 1978 que abría la posibilidad a los derechohabientes de creación cultural de mutualizar la lucha contra la piratería de obras constituyendo ficheros de "datos de conexión"- y que el artículo 34-1 del Código de terminales y comunicaciones electrónicas prevé como principio fundamental el borrado de los datos de conexión, debiendo ser excepcional la posibilidad de su conservación. Por consiguiente, las modificaciones paralelas de estos dos textos en favor de los particulares parece que es una misión delicada. No considera que puedan sean suficientemente supervisadas y proporcionales para asegurar el justo equilibrio entre el respeto de la vida privada y los restantes derechos y libertades, en particular, el derecho a la propiedad.

En cambio, como se dice en el informe, la modificación del artículo 34-1 en favor de una autoridad pública le parece posible, respecto a las garantías de imparcialidad que tal autoridad pueda presentar.

²⁸ El grupo de trabajo fue instituido por el artículo 29 de la Directiva 95/46/CE. Se trata de un órgano consultivo europeo independiente dedicado a la protección de los datos y de la vida privada. Sus misiones se definen en el artículo 30 de la Directiva 95/46/CE y en el artículo 15 de la Directiva 2000/58/CE.

EL FILTRADO

El uso de filtros parece compatible con los compromisos europeos de Francia y con el derecho nacional, si es específico y aplicado por una autoridad pública, o controlado por el juez.

Por una parte, el artículo 6-I-7 de la ley n° 2004-575 de 21 de junio de 2004 relativa a la confianza en la economía digital precisa que los proveedores de acceso a Internet no están sometidos a la obligación general de supervisar la información que transmiten o almacenan, ni a la obligación general de buscar hechos o circunstancias propios a las actividades ilícitas; esto se corresponde con el artículo 15 de la Directiva 2000/31/CE de 8 de enero de 2000 relativa al comercio electrónico. Por otra parte, el artículo L. 32-3-3 del Código de terminales y comunicaciones electrónicas, resultante del artículo 9 de la ley de 21 de junio de 2004 (artículo 14 de la Directiva de 2000), prevé también la ausencia de responsabilidad tanto civil como penal en razón del contenido transmitido por los proveedores de acceso a Internet o por los ordenadores primarios o los procesadores centrales, salvo si actúan sobre el contenido ilícito.

Algunos comentaristas tienden a considerar que el artículo 15 de la Directiva de 2000, en la medida en que prohíbe que se imponga una "obligación general de buscar activamente hechos o circunstancias que revelen la comisión de actividades ilícitas" excluyen la posibilidad de que los proveedores de acceso a Internet puedan colocar filtros. Cabría solicitar de la Comisión una comunicación interpretativa a este respecto, habida cuenta de la redacción del artículo de la Directiva.

Sin embargo, estas disposiciones deben leerse de acuerdo con su objetivo: se refieren a las modalidades de desencadenamiento de la responsabilidad de los prestadores de servicio, y se dirigen pues al juez, al que incumbirá sopesar la existencia o no de daños que puedan repararse. Los principios de la ley de 2004, de acuerdo con la Directiva, tienen por objeto evitar que el juez nacional deduzca la existencia de una falta imputable al prestador de servicios a causa de la simple presencia en sus redes de información ilícita y que entonces se le acuse de incumplimiento a una obligación general de supervisar toda la información, quienquiera que la transmita. Los artículos 14 y 15 destacan que un prestador de servicio sólo puede ser condenado a daños y perjuicios por violación de un derecho de propiedad intelectual en caso de determinación de los hechos. Se trata pues de responsabilidad civil o penal, apreciada de manera limitativa. Estas disposiciones parecen irrelevantes en una acción de cesación o de filtrado. Por otra parte, el filtrado no da lugar a la vigilancia de las redes: solo se trata de un instrumento técnico, que no requiere la intervención del proveedor de acceso (v. por otra parte la posición muy pormenorizada del juez en la decisión, sometida a recurso, del Tribunal de Primera Instancia de Bruselas en la decisión SABAM c/SA Scarlet pronunciada el 29 de junio de 2007, n° 04/8975/A).

Sobre este punto, los considerandos 45 y 47 de la Directiva son por otra parte muy claros. Por una parte, se enuncia que las disposiciones de la Directiva sobre la responsabilidad no deben suponer un obstáculo al desarrollo y a la aplicación efectiva de sistemas técnicos de protección y definición, así como de instrumentos técnicos de vigilancia generados por las técnicas digitales. Por otra parte, se destaca que las limitaciones de responsabilidad de los prestadores de servicios intermedios no obstan a la posibilidad de entablar acciones de interdicción de distintos tipos, que pueden, en particular, revestir la forma de decisiones de tribunales o autoridades administrativas exigiendo que se ponga un término a cualquier violación o que prevengan de cualquier violación, incluso retirando la información ilícita o haciendo imposible el acceso a esta última.

LA IMPOSICIÓN DE MULTAS

Este Anexo intenta dilucidar la posibilidad de sancionar los actos de pirateo digital mediante la imposición del multas.

En cuanto a los principios, se puede fácilmente evitar al pirateo la calificación actual de delito y considerarlo una mera falta, como consecuencia de dos lógicas:

- la vía normal es la definición de los hechos susceptibles de ser sancionados por un policía judicial que emite la infracción, luego la intervención de un juez, que constata la infracción y determina la pena;
- la vía automatizada, elegida en el ámbito de la seguridad en carretera, equivale a unir las fases de emisión de la multa, de comprobación y luego de sanción (que se estandariza en función de la naturaleza de la falta) todo ello bajo la responsabilidad de la policía judicial, y aplazar la intervención del juez al caso de conflicto, en caso de denegación de pago.

Esta última hipótesis es la más interesante para la lucha contra el pirateo digital, pues la primera podría colapsar los tribunales. Pero en caso de procedimiento automático, las garantías deben ser fuertes, ya que el acceso al juez no está previsto de oficio, y los agentes constatan las faltas y emiten las sanciones ellos mismos, lo que es una medida de excepción. Ahora bien, esta competencia no puede atribuirse a agentes privados, incluso juramentados, como los de las sociedades de autores. Es necesario que el proceso sea asumido por la policía judicial.

Generalmente se sugieren dos fundamentos jurídicos para establecer esta falta: la protección del ordenador personal de acuerdo con el artículo L. 335-12 del CPI; y el acto de pirateo, es decir, la utilización de una obra sin autorización del derechohabiente.

- la protección del ordenador personal plantea actualmente dificultades, ya que el carácter penal²⁹ del actual artículo L. 335-12 del Código de propiedad intelectual no está, como se dijo en el informe, claramente determinado, a la vista, en particular, del principio de personalidad de la pena, aunque sea cierto que existe una presunción de responsabilidad del titular del permiso de circulación para algunas multas del Código de circulación, pero en condiciones muy limitadas (véase art. L. 21-2 del Código de circulación);
- el acto de falsificación tendría una base más sólida. Si en general todos los actos ilegales de pirateo no se clasifican como delito, sino como falta, la jurisprudencia del Consejo constitucional relativa a la ley del 1 de agosto de 2006 no plantea dificultades. Si se prevé parcialmente la no clasificación como delito, conviene entonces garantizar la igualdad ante la falta, no estableciendo una regla que discrimine una técnica específica. Existen pistas posibles (descarga; puesta a disposición; descarga/puesta a disposición antes de la salida de una película a las salas; sin excluir los criterios de volumen, etc.).

²⁹ La aplicación de acuerdo con el mismo fundamento de una sanción no penal, sino administrativa, como sería el caso si se crea la autoridad mencionada en el informe, no plantea en cambio las mismas dificultades, en la medida en que existen responsabilidades, principalmente civiles, a causa de terceros. V. nota 20, p. 21, del informe.

APLICACIÓN DE UNA SANCIÓN CIVIL

Este Anexo tiene por objeto proponer un dispositivo que podría resultar útil, si fuese perfeccionado, y evitar que se acuda de forma demasiado sistemática a la vía de la responsabilidad penal.

Junto a la sanción penal está prevista la posibilidad de la reparación civil de los actos de pirateo constatados por los derechohabientes perjudicados. El principio normal de la reparación civil es el de la reparación íntegra de los perjuicios precisos establecidos. La fijación por el juez de daños y perjuicios punitivos no es habitual, a diferencia de la práctica americana. Pero un avance podría considerarse provechosamente en el sentido del establecimiento a tanto alzado de la reparación. Se puede imaginar que la ley establezca el principio y el importe de una multa global correspondiente a distintas categorías de actos de pirateo digital (puesta a disposición o descarga en un sitio de intercambio; puesta a disposición en un sitio especializado; etc...). Obsérvese así que el artículo L. 311-1-3 del Código de propiedad intelectual, modificado por el artículo 31 de la ley n° 2007-1544 de 29 de octubre de 2007 relativa a la lucha contra el pirateo, prevé en adelante que pueda determinarse una cantidad a tanto alzado, a instancia de la parte perjudicada, en calidad de daños y perjuicios, aumentada en caso de ataque a los derechos de autor o a un derecho afín ("para evaluar el perjuicio resultante del pirateo, de un ataque a un derecho afín de los derechos de autor o a los derechos del productor de bases de datos, la jurisdicción tiene en cuenta las consecuencias económicas negativas, incluida la pérdida de ganancias sufrida por la parte lesionada, los beneficios realizados por el autor del ataque a los derechos y el perjuicio moral causado al titular del derecho a causa del ataque. No obstante, el órgano judicial puede, como alternativa y a instancia de la parte lesionada, asignar como daños y perjuicios una suma a tanto alzado que no puede ser inferior al importe de los cánones o derechos debidos si el autor del ataque hubiera pedido la autorización de utilizar el derecho respecto al cual cometió una infracción."). La vía así abierta podría estudiarse con más detalle.

Además de este fundamento, podría preverse simplificar el acceso a la reparación civil, mediante la adaptación del procedimiento de orden de pago. Un derechohabiente que constatase la utilización no autorizada de su obra debería entonces, de acuerdo con las pruebas de que dispone, obtener del juez civil una orden ejecutoria que permita forzar al deudor a pagar la cantidad a tanto alzado prevista. Le bastará con aportar al juez la justificación caracterizadora del pirateo; el juez comprobará la exigibilidad del crédito a tenor de los criterios fijados por la ley para definir el perímetro de la sanción. En caso de denegación de pago, incumbirá al deudor la presentación del recurso. Esta inversión de la carga del proceso, con la posibilidad de aumento de la sanción pecuniaria final en caso de recurso infundado, podría ser muy disuasiva. Este procedimiento puede desarrollarse ante el juez de instancia (o ante una jurisdicción especializadas en propiedad intelectual): se hace solamente mediante expediente, sin audiencia, y es pues muy liviano. Sobre todo, el juez estará capacitado para acceder a la dirección IP y al nombre del suscriptor mediante el requerimiento necesario a los proveedores de acceso a Internet.

ANEXO 2: CARTA DE MISION

Libertad Igualdad Fraternidad

República Francesa

Ministerio de Cultura y de Comunicación

El Ministro

Señor Denis Olivennes
Presidente Director General
FNAC

París, 26 de julio de 2007

Señor Presidente Director-General:

El Presidente de la República francesa ha reiterado la necesidad de desarrollar “todas las formas posibles de difusión legal” de las obras de tipo audiovisual, cinematográfico, literario o musical, incluso video-lúdico, en las redes digitales. En efecto, la generalización de Internet y de las nuevas tecnologías conexas constituye un gran reto para el público y para los protagonistas de la creación, tanto en el ámbito de la difusión amplia de la cultura como en el del desarrollo económico. Por otra parte, el gran desarrollo en Francia de la banda ancha y de los servicios en línea es un factor adicional para favorecer la competitividad y el crecimiento de nuestra economía.

Naturalmente, el desarrollo de la oferta legal implica que el Gobierno asuma sus responsabilidades para garantizar los derechos que protegen la justa remuneración de los autores y de los inversores. Esta política se llevará adelante sin titubeos; movilizará a los diversos servicios del Estado competentes para llevar adelante las acciones de prevención indispensables, al igual que la lucha contra la descarga ilícita de obras.

No obstante, el éxito de la oferta legal depende de un conjunto complejo de condiciones de carácter comercial, económico, jurídico y tecnológico con respecto a las cuales los agentes de creación, de Internet y del Gobierno deben actuar de forma concertada. Por esto, las medidas tendentes a crear un entorno más favorable a la difusión de obras en Internet serán más eficaces si les precede una reflexión profunda en la que participen los distintos interesados: creadores, productores, profesionales y usuarios de Internet.

Su experiencia profesional, así como las ideas que ha defendido en el debate público, hacen de usted la persona ideal para realizar una misión de reflexión y concertación destinada a favorecer la conclusión de un acuerdo interprofesional que permita el desarrollo de ofertas legales atractivas de obras en línea y que desincentiven la descarga ilegal masiva.

En esta misión contará con la asistencia de Isabelle Falque-Pierrotin, Consejero de Estado, de un economista, de un ingeniero especializado en TIC y de un magistrado, Damien Botteghi, auditor del Consejo de Estado, que le ayudarán en esta labor.

Para respaldar sus recomendaciones en los ámbitos jurídico, técnico y económico, deberán consultar en particular a personalidades representativas de los sectores económico y de los intereses en cuestión o dotados de competencias particulares. Sus análisis serían puestos de relieve con una presentación de la soluciones aplicadas o previstas en beneficio de nuestros principales socios, tanto en la Unión Europea como fuera de ella. Deseo que sus conclusiones puedan conducir a un acuerdo interprofesional que reúna a todos los socios y, en particular, a los agentes de Internet, o, en ausencia de acuerdo, a medidas legislativas y reglamentarias cuya iniciativa incumbiría al Gobierno.

Para el cumplimiento de su labor dispondrán del apoyo de mi gabinete, de los servicios del ministerio de cultura y comunicación y de la dirección de desarrollo de los medios de información. De cuerdo con las condiciones definidas por los ministros de justicia y de economía, hacienda y trabajo, sus respectivos servicios podrán asimismo ayudarles y participar en su reflexión. El ministro de economía, hacienda y trabajo deberá participar estrechamente en esta misión.

Desearía disponer de los resultados de su trabajo, que entregaré al Presidente de la República, el próximo 31 de octubre. Para anticipar las modalidades de seguimiento o de aplicación rápida de sus recomendaciones, le ruego el envío de un informe provisional el 1 de octubre.

Le agradezco sinceramente la aceptación de esta misión. Atentamente,

Christine Albanel (firmado)

ANEXO 3: ESTRUCTURAS CONSULTADAS

Sociedades de percepción y distribución de derechos de autor:

Adami
Spedidam
Unevi
SACEM
SACD
SCAM
SAIF
SCPP

Representantes de las industrias del sector audiovisual, el cine y la música:

ALPA
Fédération nationale des distributeurs de films
Fédération nationale des cinémas français
BLIC
Association des producteurs indépendants
SNAC
UNAC
CSDEM
SNEP
UPFI
USPA
SPI
UPF
SPECT
SRF
ARP
APC
SORECOP
ADAGP
Warner Bros
SEVN
Motion Picture Association of America

Operadores técnicos:

Orange France
Free
Neuf cégétel
AFA
GESTE
SELL
SIMAVELEC
DAILYMOTION
Numericable/Noos
YouTube/Google
AFORST

Prestadores de servicios de soluciones técnicas:

Advestigo
Audible Magic
Communications SA
CoPeerRight Agency
Institut national de l'Audiovisuel (INA)
I-Tracing
LTU Technologies
Qosmos
Thomson

Servicios de televisión:

TF1
Canal+
M6

Distribuidores y agentes técnicos de oferta legal de música:

Virgin Jiwa
Music Yacast

Asociaciones de consumidores e internautas:

UFC
Asseco CFDT
UNAF
APRIL
STOP DRM
Ligue ODEBI
SFIB
Alliance TICS, SFIB
Association francophone des utilisateurs de Linux et des logiciels libres (AFUL)

Autoridades públicas:

ARCEP
CNIL
ARMT

Otras estructuras francesas :

Ligue de football professionnelle
Syndicat des vidéoclubs de France
INRIA BSC Conseil

Estructuras extranjeras:

Warner Bros Entertainment UK

Cabinet du Premier Ministre UK

BPI (British Phonographic Industry)

PPL

EMI Music UK

IFPI

Administration de la Culture et du Commerce UK

Parliamentary Under-Secretary of State, Department for Innovation, Universities and skills

NBC Universal US