

# L'indemnisation des fournisseurs d'accès à l'internet au titre des demandes d'identification formulées par la HADOPI

MARS 2017

Julien **DUBERTRET**

# IGF

INSPECTION GÉNÉRALE DES FINANCES





MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE ET DES FINANCES

**IGF**  
INSPECTION GÉNÉRALE DES FINANCES

**RAPPORT**

**N° 2016-M-072**

**L'INDEMNISATION DES FOURNISSEURS D'ACCÈS À L'INTERNET AU TITRE DES  
DEMANDES D'IDENTIFICATION FORMULÉES PAR LA HADOPI**

Établi par

**JULIEN DUBERTRET**  
Inspecteur général des finances

**- MARS 2017 -**



## SYNTHÈSE

L'inspection générale des finances a été saisie, par lettre du 26 mai 2016 du Ministre des finances et des comptes publics et du Ministre de la culture et de la communication, d'une mission relative à l'indemnisation des fournisseurs d'accès à Internet (FAI) pour les demandes d'identification de la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet (HADOPI).

Bien que les opérations d'identification aient commencé à la fin de l'année 2015 et aient été poursuivies sans discontinuer, et que le principe d'indemnisation ait été posé dès la loi n°2009-669 du 12 juin 2009, aucune indemnisation effective n'est encore intervenue à ce jour, sept ans après le vote de la loi et près de six années après le début effectif des opérations d'identification.

Ce retard, qui porte préjudice à l'image de l'Etat, a été sanctionné sur le terrain de la faute par le Conseil d'Etat dans deux décisions du 23 décembre 2015 et du 4 avril 2016 en réponse à un recours de la société Bouygues-Télécom, décisions qui ont conduit à attribuer à la société requérante une indemnité de 900.000 €.

A l'issue des entretiens qu'elle a menés, et conformément aux demandes exprimées dans la lettre de saisine, la mission s'est attachée à proposer un régime d'indemnisation pour l'avenir. Il a été établi en tenant compte des déclarations de coûts exposés par les différents fournisseurs d'accès mais aussi d'une analyse critique de ces déclarations, parfois faiblement étayées.

Ce régime repose sur une approche forfaitaire des modalités de l'indemnisation, conformément à un nécessaire objectif de simplicité s'agissant d'un enjeu financier limité tant pour les FAI que pour l'Etat et compte tenu d'une orientation générale favorable à la forfaitisation du dédommagement des prestations d'identification, exprimée par les représentants des pouvoirs publics rencontrés.

Le montant proposé par la mission est de 120.000 € HT (144.000 € TTC) par FAI et par an, sensiblement moins onéreux que la décision du Conseil d'Etat, cette somme couvrant l'amortissement des investissements, les coûts de fonctionnement et maintenance associés ainsi que les coûts directs de personnel, sur la base d'une performance standard écartant les surcoûts associés à une efficacité médiocre. Le coût total annuel s'établirait ainsi à près de 0,6 M€ (TTC).

La mission propose également que, pour l'avenir, d'éventuelles modifications du forfait soient établies dans le cadre du dialogue existant déjà, sur des sujets connexes, entre le Commissariat aux communications électroniques de défense (CCED) et les FAI, le cas échéant avec un appui du CGEJET.

La mission a examiné les conditions d'apurement de la dette de l'Etat vis-à-vis des sociétés autres que Bouygues-Télécom pour les années 2010 à 2015. La mission a considéré qu'il n'était pas possible sur ce sujet de déterminer *ex ante* une solution univoque, et invite l'administration responsable à rechercher, par la voie transactionnelle, un règlement avec chacun des FAI concernés.

## Rapport

A l'issue de ses travaux, la mission ne peut que relever la carence durable de l'administration et dans une certaine mesure de la HADOPI à prendre les initiatives nécessaires au règlement d'une obligation posée par la loi, dont il n'est pas possible de considérer qu'elle revêtait une complexité particulière, ni qu'elle représentait un enjeu de responsabilité lourd. La mission invite le ministère à prendre dans des délais brefs les textes nécessaires afin de mettre un terme à la situation de non-respect persistant de la loi dans laquelle se trouve la puissance publique et de renouer sur cette question des conditions de dialogue normalisées avec les fournisseurs d'accès.

# SOMMAIRE

<b>INTRODUCTION.....</b>	<b>1</b>
<b>1. LA COMPENSATION DES COÛTS PRÉVUE PAR LA LOI N°2009-669 DU 12 JUIN 2009 N'A JAMAIS ÉTÉ MISE EN ŒUVRE ; POUR AUTANT, LE TRAITEMENT DES DEMANDES DE LA HADOPI PAR LES FAI EST OPÉRATIONNEL DEPUIS 2010 ET RÉPOND À UN CAHIER DES CHARGES DÉTERMINÉ.....</b>	<b>2</b>
1.1. Les ayants-droit transmettent à la HADOPI les adresses IP des auteurs présumés des infractions.....	2
1.2. Les principaux FAI interrogent leur système de gestion selon des modalités techniques qui varient d'un opérateur à l'autre.....	4
1.3. La HADOPI met en œuvre la réponse graduée en utilisant les fichiers-réponse des FAI.....	5
<b>2. EN L'ABSENCE DE BASE LÉGALE, LES FACTURATIONS DES FAI, COMME LA DÉCISION DU CONSEIL D'ETAT, SE SONT GÉNÉRALEMENT INSPIRÉES DE DISPOSITIFS D'INDEMNISATION DE DEMANDES FORMULÉES PAR D'AUTRES INSTITUTIONS, QUI NE SEMBLENT PAS ADAPTÉS AU DÉDOMMAGEMENT DES PRESTATIONS EFFECTUÉES .....</b>	<b>6</b>
2.1. Les FAI ont établi chacun leur propre grille tarifaire, certaines calquées sur des tarifs établis par des arrêtés encadrant des prestations demandées par le ministère de la Justice, conduisant ainsi à une hétérogénéité des tarifications .....	7
2.2. Le Conseil d'Etat a été amené à se fonder sur l'arrêté tarifaire PNIJ de 2013 pour rendre sa décision du 4 avril 2016 .....	7
2.3. Les grilles tarifaires utilisées comme références ne sont pas adaptées aux prestations réalisées pour la HADOPI .....	9
<b>3. L'ANALYSE DES COÛTS SUPPORTÉS PAR LES OPÉRATEURS SUGGÈRE QUE LA CHARGE FINANCIÈRE RÉELLE EST SENSIBLEMENT INFÉRIEURE AU CALCUL D'INDEMNISATION RETENU PAR LA DÉCISION DU CONSEIL D'ETAT.....</b>	<b>11</b>
3.1. La « juste rémunération » des surcoûts spécifiques à la HADOPI doit être délimitée dans son périmètre .....	11
3.2. Bien que les FAI semblent souvent chercher à justifier des coûts spécifiques élevés, la charge financière effective apparaît assez limitée.....	12
<b>4. PROPOSITIONS.....</b>	<b>13</b>
4.1. Pour l'avenir.....	13
4.1.1. <i>Modalités du dédommagement : une approche forfaitaire .....</i>	<i>13</i>
4.1.2. <i>Montant proposé du forfait.....</i>	<i>14</i>
4.1.3. <i>Recommandations de méthode pour les éventuelles modifications du forfait à l'avenir.....</i>	<i>16</i>
4.2. Pour le passé .....	17
<b>CONCLUSION.....</b>	<b>18</b>





## INTRODUCTION

Le Ministre des finances et des comptes publics et la Ministre de la culture et de la communication ont confié à l'inspection générale des finances (IGF), par lettre de mission en date du 26 mai 2016, une mission relative à l'indemnisation des fournisseurs d'accès à Internet (FAI) pour les demandes d'identification de la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet (HADOPI), conformément à la loi n°2009-669 du 12 juin 2009.

L'article 14 de la loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet a modifié l'article L.34-1 du code des postes et des communications électroniques et prévoit qu'un décret en Conseil d'Etat, pris après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, détermine les modalités de compensation des surcoûts identifiables et spécifiques des prestations assurées par les opérateurs à la demande de la HADOPI. Les prestations sont de deux natures : les demandes ordinaires concernent l'identification sommaire d'abonnés à partir d'adresses IP et d'heures de connexion ; les demandes complémentaires recouvrent toutes les informations supplémentaires relatives à l'abonné (offre souscrite, date de début du contrat, etc.).

Le décret en Conseil d'Etat déterminant les modalités d'indemnisation des FAI n'a jamais été pris. Les FAI facturent donc leurs prestations depuis 2010 à la HADOPI sur une base déterminée unilatéralement par chacun d'entre eux. A la suite de la condamnation de l'Etat à verser une indemnité s'élevant à 900 000 euros à Bouygues Télécom par décision du Conseil d'Etat en avril 2016, il a été demandé à l'IGF d'élaborer un dispositif d'indemnisation des opérateurs en vue de la rédaction du décret et de réaliser une estimation de l'ensemble des coûts d'investissement et de fonctionnement des opérateurs pour ces prestations spécifiques.

La mission, composée d'un inspecteur général des finances et d'une assistante de vérification, a conduit ses investigations entre juin et juillet 2016. Elle a en particulier rencontré les principales parties prenantes, à savoir la HADOPI, le Ministère de la culture et de la communication, le Ministère de la Justice, les principaux FAI, le Haut fonctionnaire de défense et de sécurité des ministères économique et financier et l'ARCEP.

Le présent rapport rend compte de ces investigations et s'appuie sur les travaux réalisés par la HADOPI. Il indique que le traitement des demandes de la HADOPI est opérationnel depuis 2010 alors que la compensation des surcoûts n'a jamais été mise en œuvre (1). Cette absence de cadre réglementaire a conduit les FAI à émettre des factures en s'inspirant de barèmes en vigueur à la suite d'analogies contestables (2). La mission estime que les coûts effectivement supportés par les FAI sont généralement surestimés par ces derniers et au surplus sensiblement inférieurs aux éléments retenus par le Conseil d'Etat dans sa décision du 4 avril 2016 (3). Dans cette perspective, le rapport formule des recommandations de caractéristiques et de montants du régime de compensation à mettre en place pour l'avenir (4).

## **1. La compensation des coûts prévue par la loi n°2009-669 du 12 juin 2009 n'a jamais été mise en œuvre ; pour autant, le traitement des demandes de la HADOPI par les FAI est opérationnel depuis 2010 et répond à un cahier des charges déterminé**

En application de la loi du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet, l'article L.34-1 du code des postes et des communications électroniques a été complété pour prendre en compte le dispositif de la HADOPI. L'article L.34-1 ne comportait initialement que les seules dispositions relatives aux réquisitions de l'autorité judiciaire. Depuis 2009, les opérateurs de télécommunications répondent également aux demandes d'identification de la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet (HADOPI).

Les textes réglementaires organisant le dédommagement des FAI au titre des demandes de la HADOPI n'ont jamais été pris, alors même que cette obligation de défraiement a été posée par la loi du 12 juin 2009, soit un retard de près de 7 années.

Sur les causes de ce retard considérable, le Conseil d'Etat statuant au contentieux, le 23 décembre 2015, évoque les « *difficultés rencontrées par l'administration pour l'élaboration de ce texte et la durée nécessaire à la conduite des consultations et des discussions engagées par elle avec les opérateurs pour identifier les surcoûts mentionnés à l'article L.34-1* » (considérant n°5). Les conclusions du rapporteur public apportent un éclairage supplémentaire en évoquant les échanges entre le ministère de la Culture et de la Communication et les opérateurs qui n'avaient pas abouti, faute d'accord, au cours de la préparation du décret.

Les interlocuteurs rencontrés par la mission n'ont pas été en mesure de fournir une chronologie précise de ce manquement.

Pour autant, la HADOPI a dès la fin 2010 établi un système de collecte des infractions présumées et d'interrogation des FAI, et ceux-ci ont également, dans des délais brefs, mis en place les moyens nécessaires au traitement des demandes de la HADOPI. Les modalités en sont décrites aux 1.1 et 1.2 ci-dessous.

### **1.1. Les ayants-droit transmettent à la HADOPI les adresses IP des auteurs présumés des infractions**

Les ayants-droit saisissent directement la commission de protection des droits (CPD), organe autonome au sein de la HADOPI, sur la base de constats qui sont réalisés par leurs agents habilités et assermentés et collectés par l'intermédiaire d'un prestataire technique, TMG. Leurs agents font l'objet d'une habilitation de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) qui en fixe les modalités.

## Rapport

La CPD reçoit quotidiennement les saisines des ayants-droits<sup>1</sup> déposées sur la plateforme informatique de la HADOPI, contenant les informations suivantes : adresse IP (Internet Protocol), nom du FAI titulaire de l'adresse IP<sup>2</sup> et horodatage de l'infraction. Les adresses IP peuvent être statiques ou dynamiques, c'est-à-dire variables d'un moment à l'autre pour palier une insuffisance d'adresses IP disponibles. L'horodatage de l'infraction permet d'identifier le contrevenant avec en principe un bon degré de certitude puisqu'une adresse IP statique est attribuée à plusieurs abonnés simultanément et que les adresses dynamiques sont attribuées successivement à plusieurs abonnés.

Selon les chiffres communiqués par la HADOPI, les ayants-droit opérant actuellement déposent en moyenne 80 000 saisines par jour. La CNIL a limité le nombre de saisines de la CDP à 25 000 par jour et par ayant-droit, et la capacité de traitement de la plateforme HADOPI s'élève à 200 000 saisines par jour.

La CPD n'effectue aucun contrôle ni sélection des adresses IP en amont de l'envoi des demandes d'identification des adresses IP aux FAI. Elle n'intervient qu'après l'identification des abonnés afin de mettre en œuvre la politique de réponse graduée selon une appréciation individuelle des cas.

Une fois reçues des ayant-droits, les demandes sont traitées par la plateforme HADOPI afin de supprimer les doublons lorsque plusieurs ayants-droits constatent la même infraction, et sont réparties entre FAI de façon à générer un seul fichier propre à chacun d'entre eux. Le fichier que la HADOPI envoie à chaque FAI en vue d'identifier les adresses IP est un fichier au format « .csv », c'est-à-dire un fichier informatique représentant des données « texte » sous forme de tableau. Il est adressé à chaque FAI quotidiennement durant les jours ouvrés, à heure fixe, en pièce jointe d'un mail sécurisé.

Ces demandes « en masse » sont établies selon un cahier des charges déterminé entre la HADOPI et les FAI : La HADOPI envoie une adresse IP et l'horodatage de l'infraction, qui composent une demande d'identification faisant l'objet d'un numéro (les lignes du fichier quotidien de requêtes sont numérotées). Les FAI y répondent en délivrant nom, prénom, adresse postale et électronique et numéro de téléphone correspondant à l'abonné ayant commis l'infraction.

Selon les données fournies par la HADOPI, les demandes d'identification transmises par la HADOPI aux FAI s'établissent actuellement à environ 50.000 par jour ouvré, réparties comme indiqué dans le tableau 1 ci-dessous.

**Tableau 1 : Nombre moyen d'adresses IP envoyées aux FAI (par jour ouvré)**

FAI	Bouygues	Free	Numericable	Orange	SFR
Nombre moyen d'adresses IP envoyées par jour	6 879 (13,6%)	13 157 (26,1%)	3 543 (7,0%)	16 511 (32,7%)	10 407 (20,6%)

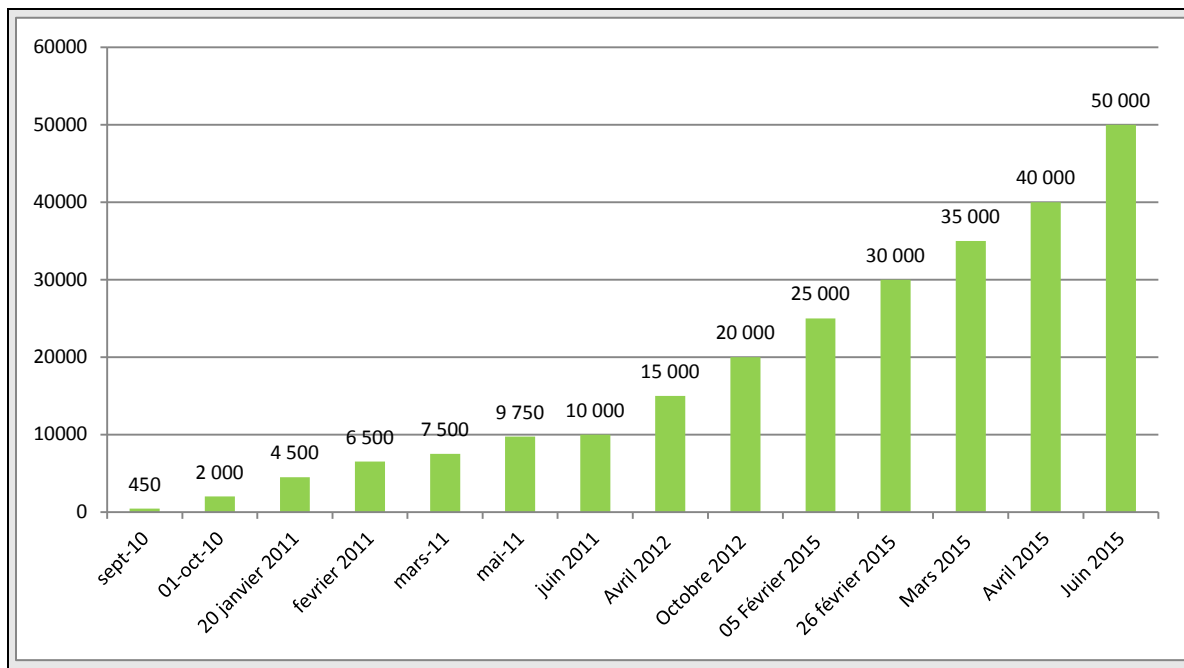
*Source : HADOPI, moyennes calculées sur la base des données des mois de janvier à février 2016.*

Depuis le début de la mise en place du processus, le volume des demandes a été fortement évolutif, croissant de façon continue par paliers successifs, avec un doublement au cours de l'année 2015, qui avait commencé sur un rythme de 25.000 demandes quotidiennes pour atteindre rapidement le niveau actuel de 50.000 (cf. encadré 1 ci-dessous).

<sup>1</sup> Définis par le code de la propriété intellectuelle comme des organismes de défense professionnelle, sociétés de perception et de répartition des droits ou le Centre national de la cinématographie et de l'image animée

<sup>2</sup> L'adresse IP est un numéro attribué à chaque hôte présent sur un réseau informatique. Elle est attribuée par le boîtier de connexion aux internautes utilisant son réseau. Le boîtier de connexion (ou « box ») a deux adresses IP : une adresse publique visible sur Internet et une adresse privée. L'identification de l'adresse publique permet de trouver le propriétaire de la ligne internet mais pas d'identifier l'ordinateur qui s'y connecte.

**Encadré 1 : Evolution de la volumétrie journalière des saisines envoyées par la HADOPI**



Source : HADOPI.

Outre les demandes « en masse » qui viennent d'être évoquées, la HADOPI transmet également, en nombre comparativement très limité, des demandes dites « complémentaires ».

Elles tendent à la vérification d'un des éléments d'identification du titulaire de l'abonnement. Dans la majorité des cas, elles sont requises lorsque l'abonné conteste avoir commis une infraction en expliquant par exemple qu'il avait déjà résilié son abonnement ou qu'il avait changé d'adresse. Ces requêtes ne permettent pas un traitement de masse comme pour les demandes ordinaires. Elles nécessitent un traitement individualisé et ne peuvent pas faire l'objet d'une automatisation. Il peut s'agir d'une copie du contrat d'abonnement, de l'heure de changement de clé wifi par l'abonné etc.

Les demandes complémentaires sont transmises par la HADOPI aux FAI sous la forme d'un courrier papier ou électronique. Elles interviennent à raison d'environ 1 000 par an au maximum, soit en moyenne pas plus de quatre par jour ouvré, tous FAI confondus. Les FAI disposent d'un délai de quinze jours pour y répondre.

### **1.2. Les principaux FAI interrogent leur système de gestion selon des modalités techniques qui varient d'un opérateur à l'autre**

Si le cahier des charges établi par la HADOPI est le même pour l'ensemble des FAI, le traitement de ces demandes diffère d'un opérateur à l'autre.

Pour des raisons de confidentialité, le processus propre à chaque opérateur, dont la mission a eu connaissance, ne peut être décrit dans ce rapport. Il est toutefois possible d'en établir une description générique :

- ◆ chaque FAI reçoit un courrier électronique sécurisé envoyé par la HADOPI comportant un fichier comprenant toutes les adresses IP à identifier. Le plus souvent, un technicien opère un retraitement de ce tableur en vue de le rendre exploitable par le système de gestion qui interroge ensuite les bases clients afin de connaître l'identité de l'abonné associé à l'adresse IP ;

## Rapport

- ◆ le processus de traitement par le système de gestion du FAI peut différer très sensiblement d'un opérateur à l'autre en raison de différences de conception de leurs systèmes d'information et de degrés d'automatisation variables du processus ; en conséquence, le temps de traitement associé varie également de façon importante, de quelques heures à plus d'une journée, de même que le besoin en intervention humaine, inexistant sauf incident chez certains FAI alors qu'il peut être de l'ordre de ½ journée homme pour d'autres.
- ◆ au terme de la recherche, un fichier réponse est envoyé à la HADOPI, au moyen d'un courrier électronique sécurisé avec accusé de réception.

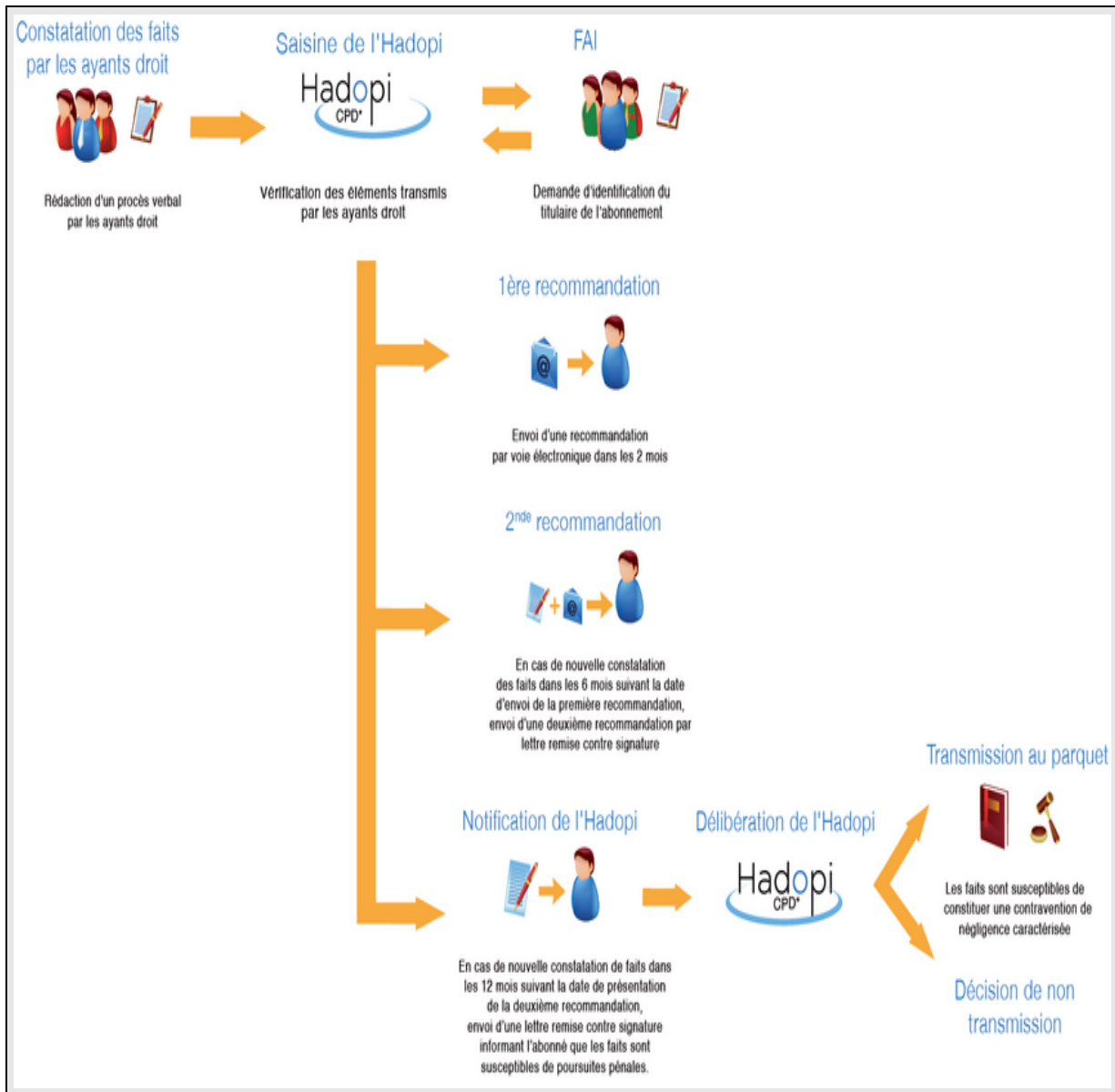
### 1.3. La HADOPI met en œuvre la réponse graduée en utilisant les fichiers-réponse des FAI

En application de la loi du 12 juin 2009, les FAI disposent d'un délai de 8 jours pour répondre aux demandes d'identification de la HADOPI. En pratique, ils répondent dans un délai sensiblement plus bref, qui va en moyenne de moins de 1,5 jour à plus de 6 jours selon l'opérateur.

Lorsque la HADOPI reçoit le fichier de réponse du FAI, il est contrôlé par un agent qui vérifie le taux d'identification, les éventuelles erreurs et l'exploitabilité des réponses. Le fichier est ensuite intégré au système d'information de la HADOPI qui dispose de deux mois pour adresser des avertissements aux abonnés ainsi identifiés, conformément à la politique de « réponse graduée » définie par la loi du 12 juin 2009. Les courriels correspondant aux premier et deuxième avertissements sont générés automatiquement par le système d'information de la HADOPI et transitent par les serveurs de courriel des FAI qui les transmettent aux internautes (chaque FAI prenant en charge les courriels à ses abonnés). Les FAI rendent compte à la HADOPI du succès de l'envoi de ces courriels.

## Rapport

### Encadré 2 : Mécanisme de la réponse graduée après l'identification des auteurs des infractions



Source : HADOPI.

## 2. En l'absence de base légale, les facturations des FAI, comme la décision du Conseil d'Etat, se sont généralement inspirées de dispositifs d'indemnisation de demandes formulées par d'autres institutions, qui ne semblent pas adaptés au dédommagement des prestations effectuées

Les FAI ont adressé à la HADOPI des factures correspondant aux demandes d'identification depuis septembre 2010. Ces factures sont restées impayées car elles ne s'appuyaient sur aucune base légale en l'absence du décret d'application de la loi du 12 juin 2009.

## **2.1. Les FAI ont établi chacun leur propre grille tarifaire, certaines calquées sur des tarifs établis par des arrêtés encadrant des prestations demandées par le ministère de la Justice, conduisant ainsi à une hétérogénéité des tarifications**

En l'absence du décret d'application encadrant la tarification des prestations réalisées pour la HADOPI, les opérateurs ne se sont pas concertés pour adopter une politique commune de tarification. Certains ont fixé d'eux-mêmes des tarifs propres, proportionnels ou dégressifs selon le nombre d'adresses à identifier ; d'autres se sont fondés sur des arrêtés en vigueur proposant des prestations jugées par eux similaires (notamment pour le ministère de la justice), en particulier :

- l'arrêté du 22 août 2006 pris en application de l'article R. 213-1 du code de procédure pénale fixant la tarification applicable aux réquisitions ayant pour objet la production et la fourniture des données de communication par les opérateurs de communications électroniques, qui couvre le seul champ de la téléphonie ;
- l'arrêté du 21 mars 2012 pris en application des articles R. 213-1 et R. 213-2 du code de procédure pénale fixant la tarification applicable aux réquisitions des opérateurs de communications électroniques en matière de téléphonie, qui actualise l'arrêté de 2006 ;
- l'arrêté du 21 août 2013 pris en application des articles R. 213-1 et R. 213-2 du code de procédure pénale fixant la tarification applicable aux réquisitions des opérateurs de communications électroniques, qui réalise une nouvelle actualisation et étend la liste des réquisitions aux communications électroniques.

## **2.2. Le Conseil d'Etat a été amené à se fonder sur l'arrêté tarifaire PNIJ de 2013 pour rendre sa décision du 4 avril 2016**

Plusieurs contentieux ont été ouverts à l'encontre de la HADOPI et de l'Etat.

Free a déposé, sans succès, deux requêtes au tribunal administratif de Paris, respectivement le 14 mai 2013 et le 14 octobre 2013 :

- ♦ la première requête est accompagnée de plusieurs mémoires dont le dernier a été enregistré en février 2016. Elle vise à demander la condamnation de la HADOPI à verser à Free la somme de 4,6 millions d'euros au titre des prestations d'identification réalisées à sa demande entre octobre 2010 et décembre 2015. Free estimait que les indemnités devaient être calculées sur la base des tarifs présentés par l'arrêté du 22 août 2006 pris en application de l'article R. 213-1 du code de procédure pénale (soit 0,65 euros par requête).

Le tribunal administratif a rejeté le 20 avril 2016<sup>3</sup> la requête au motif qu'il ne revenait pas à la HADOPI de définir elle-même par voie réglementaire ou conventionnelle les modalités d'indemnisation, et que la responsabilité à engager était celle de l'Etat pour faute et non celle de la HADOPI ;

- ♦ la seconde requête est accompagnée de plusieurs mémoires dont le dernier a également été déposé en février 2016. Si cette seconde requête visait à obtenir la même somme d'indemnités au titre des prestations réalisées pour la HADOPI entre octobre 2010 et décembre 2015, elle demandait l'engagement de la responsabilité de l'Etat sur le fondement de la rupture d'égalité devant les charges publiques (existence d'un préjudice « anormal et spécial »).

---

<sup>3</sup> Tribunal administratif de Paris, n°1306683/5-3, 20 avril 2016

## Rapport

Le tribunal administratif, dans sa décision du 20 avril 2016<sup>4</sup>, a estimé que la responsabilité sans faute de l'Etat ne pouvait être engagée dès lors que les dispositions législatives de la loi du 12 juin 2009 « *ont expressément prévu un mécanisme de compensation financière des conséquences de leur mise en œuvre* » (considérant n°4). Seule la responsabilité pour faute de l'Etat pouvait être engagée, mais les requérants ne l'ayant invoquée qu'après l'expiration du délai de recours, la requête a été rejetée.

Le contentieux engagé par Bouygues Télécom en juillet 2014 a en revanche prospéré. Bouygues Télécom a demandé au Conseil d'Etat d'annuler la décision implicite par laquelle le Premier ministre avait rejeté sa demande du 21 mars 2014 tendant à l'adoption du décret d'application. Le Conseil d'Etat, statuant au contentieux le 23 décembre 2015, a annulé pour excès de pouvoir cette décision implicite de rejet au motif que le délai raisonnable au terme duquel il aurait dû intervenir était dépassé. La décision enjoint le Premier ministre de prendre le décret dans un délai de six mois à compter du 23 décembre 2015, sous astreinte de 100 euros par jour de retard, soit à partir du 23 juin 2016<sup>5</sup>.

Dans un deuxième temps, le 4 avril 2016, le Conseil d'Etat a rendu sa décision<sup>6</sup> relative aux conclusions indemnitaires présentées par la société Bouygues Télécom en décembre 2015. En effet, compte tenu du fait que Bouygues Télécom avait adressé de nouvelles factures quelques jours avant l'audience, le délai avait été trop court pour évaluer le préjudice subi dès la fin de l'année 2015. Dans sa décision, le Conseil d'Etat engage la responsabilité de l'Etat à l'égard du FAI Bouygues Télécom à compter de septembre 2010, date à laquelle les premières factures ont été émises, en raison de l'extinction du délai raisonnable pour prendre le décret prévu par la loi de 2009. Le Conseil d'Etat reconnaît que Bouygues Télécom a dû « *utiliser des ressources techniques et des moyens humains, entraînant pour elle des surcoûts spécifiques* » (considérant 5). L'Etat est en conséquence condamné à verser à la société la somme de 900 000 euros (cf. ci-dessous).

### **Encadré 3 : Modalités de calcul de l'indemnité de 900 000 euros que l'Etat doit verser à Bouygues Télécom**

Bien que la décision du Conseil d'Etat mentionne les coûts d'investissement et de fonctionnement supportés par la société dans le cadre des prestations réalisées pour la HADOPI, l'évaluation du préjudice ne se fonde pas sur la comptabilité analytique présentée par Bouygues Télécom. En effet, les conclusions du rapporteur soulignent que les documents budgétaires et comptables ne sont pas suffisamment étayés, et que les factures émises par l'opérateur ne visaient pas à couvrir ces coûts mais étaient établies en prenant comme barème tarifaire les prestations relatives aux réquisitions judiciaires.

Après avoir écarté l'analogie avec les prestations requises par les opérateurs de téléphonie fixe et mobile pour identifier les abonnés, le rapporteur retient le tarif de 0,28 € par adresse IP identifiée, mentionné dans l'arrêté du 21 août 2013, en tant que seule prestation qui se rapproche réellement des demandes de la HADOPI. La prise en compte de ce tarif, appliqué au nombre d'adresses IP dont Bouygues Télécom a été saisi, aboutissait à une indemnisation d'environ 820 000 € *toutes taxes comprises*<sup>7</sup>. Une majoration de 80 000 € a été appliquée par le Conseil d'Etat, élevant ainsi l'indemnisation globale, tous intérêts compris à 900 000 €, afin de prendre en compte les facteurs suivants :

- ◆ les prestations réalisées par les FAI pour la HADOPI comprennent également des demandes complémentaires dont la tarification n'a pas été établie ;
- ◆ l'Etat, du fait de l'absence d'élaboration du décret d'application prévu par l'article L.34-1 du code des postes et des communications électroniques, a commis une faute ;
- ◆ les éléments de comptabilité fournis par Bouygues Télécom mentionnent des investissements propres aux demandes de la HADOPI.

Source : Mission.

<sup>4</sup> Tribunal administratif de Paris, n°1314632/5-3, 20 avril 2016

<sup>5</sup> CE, 23 décembre 2015, n°383110, 2<sup>ème</sup>/7<sup>ème</sup> SSR

<sup>6</sup> CE, 4 avril 2016, n°383110, 2<sup>ème</sup>/7<sup>ème</sup> SSR

<sup>7</sup> Le Conseil d'Etat a appliqué une TVA à 20% qui, selon la DLF, semble en effet devoir être retenue.



### 2.3. Les grilles tarifaires utilisées comme références ne sont pas adaptées aux prestations réalisées pour la HADOPI

Les opérateurs qui ont choisi de se référer à des arrêtés en vigueur pour établir la tarification des prestations au profit de la HADOPI ont sélectionné des prestations déterminées par ces arrêtés qui semblaient analogues aux prestations demandées par la HADOPI.

Les arrêtés suivants ont complété au fur et à mesure les prestations et tarifs requis par les opérateurs au profit du ministère de la justice et pouvant faire l'objet d'une demande via la plate-forme nationale des interceptions judiciaires (PNIJ). Les arrêtés relatifs aux réquisitions administratives<sup>8</sup> pouvant être demandées par le Groupement interministériel de contrôle (GIC) n'ont jamais été pris pour référence par les opérateurs.

**Tableau 2 : Prestations choisies par certains FAI pour établir leur tarification associée au traitement des demandes d'identification de la HADOPI**

Arrêtés	Prestation	Code de la prestation	Tarif
Du 22 août 2006 pris en application de l'article R.213-1 du CPP fixant la tarification applicable aux réquisitions ayant pour objet la production et la fourniture des données de communication par les opérateurs de communications électroniques <sup>9</sup>	Identification en nombre d'abonnés, à partir de leur numéro d'appel ou de carte SIM, demande copiable sous format électronique	-	<b>0.65 €</b> par numéro d'appel avec un minimum de perception de 20 numéros
Du 21 mars 2012 pris en application des articles R213-1 et R213-2 du CPP fixant la tarification applicable aux réquisitions des opérateurs de communications électroniques en matière de téléphonie <sup>10</sup>	Identification en nombre d'abonnés, avec les caractéristiques techniques de la ligne, à partir de leur numéro d'appel ou de leur carte SIM, demande copiable sous format électronique.	MA 01 – MA 03 MA 05 – MA 07 FA 01 – FA 03 <sup>11</sup>	<b>0.80 €</b> par numéro d'appel avec un minimum de perception de 20 numéros
Du 21 août 2013 pris en application des articles R213-1 et R213-2 du CPP fixant la tarification applicable aux réquisitions des opérateurs de communications électroniques <sup>12</sup>	A partir d'une demande accompagnée d'un fichier électronique copiable, rechercher sommairement dans le SI le plus pertinent les éléments d'identification relatifs à la personne physique, à l'installation, à la connexion, au contrat et aux identifications numériques	WA OH	<b>0.28 €</b> par adresse IP identifiée, au-dessus de 20 adresses demandées (6.10 € par adresse IP si moins de 20 demandées)

*Source : Légifrance.*

<sup>8</sup> Arrêté du 26 mars 2012 pris en application de l'article D. 98-7 du code des postes et des communications électroniques fixant la tarification applicable aux demandes ayant pour objet les interceptions de sécurité, modifié par l'arrêté du 23 août 2013

<sup>9</sup> L'arrêté ne concerne que les prestations requises aux opérateurs de téléphonie fixe ou mobile et non internet

<sup>10</sup> L'arrêté ne concerne que les prestations requises par les opérateurs de téléphonie fixe ou mobile et non internet

<sup>11</sup> Cette prestation peut être requise à la fois par les opérateurs de téléphonie fixe et ceux de téléphonie mobile, au même tarif

<sup>12</sup> L'arrêté concerne les prestations requises par les opérateurs de téléphonie fixe, mobile et internet

## Rapport

L'arrêté du 21 août 2013 est le premier à déterminer les prestations relatives aux données de connexion internet pouvant être requises par le ministère de la Justice. Parmi elles, trois prestations doivent être distinguées :

- ◆ WA OX : « *A partir d'une demande dématérialisée conforme sur des adresses IP horodatées, rechercher sommairement dans le SI le plus pertinent les éléments d'identification relatifs à la personne physique, à l'installation, à la connexion, au contrat et aux identifications numériques* ». Cette demande s'effectue par l'intermédiaire d'une plateforme dématérialisée telle que la PNIJ (0,18 € par adresse identifiée) ;
- ◆ WA OH : « *A partir d'une demande accompagnée d'un fichier électronique copiable, rechercher sommairement dans le SI le plus pertinent les éléments d'identification relatifs à la personne physique, à l'installation, à la connexion, au contrat et aux identifications numériques* ». Cette demande s'effectue par mail, et non par un système d'interface ou d'application dématérialisé (0,28 € par adresse identifiée) ;
- ◆ WA O1 : « *A partir d'une adresse IP horodatée et d'informations complémentaires, obtenir les éléments d'identification relatifs à la personne physique, à l'installation, à la connexion, au contrat et aux identifications numériques* » (18 € par demande).

L'écart de tarification entre les prestations WA OX (0,18 €) et WA OH (0,28 €) s'explique par le niveau de dématérialisation supérieur dans le cas WA OX, la demande étant reçue sous forme dématérialisée par une plate-forme conçue pour la recevoir, alors que la demande de type WA OH impose une intervention afin de rendre la saisine exploitable par un serveur ou une plate-forme. C'est l'analogie avec les demandes d'identification en masse de la HADOPI qui a conduit des opérateurs et le Conseil d'Etat à retenir la prestation WA OH comme référence de tarification.

La nature de la prestation WA O1 pourrait par ailleurs se rapprocher de celle des demandes complémentaires de la HADOPI si une analogie avec l'arrêté devait être tentée.

Néanmoins, comme l'a également souligné le rapporteur public dans ses conclusions à l'occasion du litige entre l'Etat et Bouygues Télécom (cf. 2.2), l'analogie entre les demandes de la HADOPI et les prestations réalisées pour le ministère de la Justice est contestable en raison des limites suivantes :

- ◆ les tarifs antérieurs à l'arrêté de 2013 ne correspondent pas à des prestations de même nature que l'identification des abonnés à partir des adresses IP : seul l'arrêté de 2013 prévoit des prestations au titre de l'internet, les arrêtés antérieurs prévoyant uniquement des prestations au titre de la téléphonie ;
- ◆ la volumétrie et la fréquence des demandes sont sans commune mesure. Alors que la HADOPI envoie chaque jour ouvré environ 50 000 adresses IP à identifier, les prestations WA OX et WA OH font l'objet de requêtes individuelles. Dans cette perspective, le seuil des 20 adresses IP permettant d'appliquer un tarif réduit pour chacune des prestations listées (cf. Tableau 2) n'est pas pertinent. De plus, les caractéristiques du flux quotidien des demandes envoyées par la HADOPI aux FAI, prévisible, régulier, strictement constant dans son objet et sa forme, ont permis une automatisation importante voire totale du processus de traitement. A l'inverse, les demandes liées aux réquisitions judiciaires sont moins prévisibles en termes de flux et de régularité. Pour résumer, bien que relativement frustes du point de vue informatique, les demandes HADOPI ont la particularité d'être à la fois massifiées, constantes dans leur forme et simples, des caractéristiques qu'on ne retrouve pas réellement dans les prestations de la plate-forme PNIJ.

## Rapport

- ♦ il existe une différence de nature entre les données demandées. En effet, la prestation WA OH porte sur la transmission d'éléments d'identification « *relatifs à la personne physique, à l'installation, à la connexion, au contrat et aux identifications numériques* », ce qui va au-delà des informations demandées dans le cahier des charges de la HADOPI<sup>13</sup> ;

Par conséquent, les demandes d'identification en masse demandées par la HADOPI ne sont pleinement assimilables ni à la prestation WA OX ni à la prestation WA OH.

Il faut enfin relever que, selon les interlocuteurs rencontrés par la mission, les tarifs issus de l'arrêté du 21 août 2013 seraient bientôt obsolètes. En effet, ils devraient prochainement faire l'objet d'une révision à la baisse, justifiée par l'automatisation croissante du traitement avec la montée en puissance de la PNIJ.

### **3. L'analyse des coûts supportés par les opérateurs suggère que la charge financière réelle est sensiblement inférieure au calcul d'indemnisation retenu par la décision du Conseil d'Etat**

#### **3.1. La « juste rémunération » des surcoûts spécifiques à la HADOPI doit être délimitée dans son périmètre**

En application de l'article L.34-1 du code des postes et des télécommunications, le mécanisme de compensation des frais occasionnés pour les FAI afin de répondre aux demandes de la HADOPI ne doit porter que sur des « *surcoûts identifiables et spécifiques* ».

Le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat, en application du principe d'égalité devant les charges publiques, requièrent une obligation de compenser certaines obligations mises par l'Etat à la charge des opérateurs économiques lorsque l'obligation est étrangère à leur activité et que la rupture d'égalité est « caractérisée », du fait de l'importance de ces charges.

La compensation ne saurait excéder les coûts supplémentaires occasionnés, au risque d'être requalifiée en aide d'Etat versée aux opérateurs, ce qui contreviendrait aux exigences du droit de l'Union européenne<sup>14</sup>.

En l'espèce, d'après l'article précité, la prestation devant faire l'objet d'une compensation financière ne concerne que l'identification des abonnés à partir d'adresses IP fournies par la HADOPI. L'envoi des mails d'avertissements aux abonnés, dans le cadre de la « réponse graduée », qui est à la charge des FAI, n'est pas compris dans le périmètre de cette indemnisation. Deux des FAI rencontrés ne semblent y attacher qu'une importance relative, le premier n'ayant pas mentionné ce poste de coût, le deuxième ayant indiqué qu'il s'agissait d'une dépense mineure qu'il était spontanément prêt à négliger dans ses demandes. Un autre FAI a évoqué ce poste de coût lors des discussions avec la mission, mais a omis de le recenser et de le valoriser dans ses demandes écrites. Un autre encore en fait un poste de coût dont il demande la compensation, mais pour un montant (65.000 € annuels) manifestement très excessif par rapport à la réalité des coûts associés, évoquant plus une posture tactique qu'une estimation technique.

---

<sup>13</sup> Le décret n°2010-236 du 5 mars 2010 prévoit que les demandes d'identification adressées aux FAI portent uniquement sur les coordonnées du titulaire de l'abonnement, ce qui comprend les noms et prénoms, adresse postale, adresse électronique et numéro de téléphone.

<sup>14</sup> Les aides d'Etat sont interdites par l'application des articles 107 et 108 du TFUE

## Rapport

Compte tenu de ces éléments de droit et de fait, la mission propose donc de considérer que l'envoi des mails aux abonnés, automatisé, peut être considéré comme représentant un coût négligeable.

L'indemnisation doit donc faire l'objet d'une évaluation exclusivement en ce qui concerne les demandes d'identification de masse et les quelques demandes complémentaires d'identification approfondie.

Par conséquent, les natures de coûts à examiner en vue d'une indemnisation sont les suivantes :

- ◆ les investissements réalisés afin de mettre en œuvre le cahier des charges de la HADOPI en matière d'identification des adresses IP, puis en vue d'accroître la capacité de traitement des demandes par les systèmes d'information de chaque FAI. Ce poste recouvre à la fois des coûts d'investissement en matériel et en logiciel (ce second poste étant généralement plus élevé que le premier). Relevons que la complexité du processus d'identification des adresses IP ne doit pas être surestimée. En effet, les FAI possédaient déjà une base de données consolidée de leurs abonnés pour assurer leur gestion commerciale et la HADOPI ne requiert que la collecte de données déjà présentes dans le système de gestion de chaque FAI, selon un processus standard répétitif ;
- ◆ les coûts de fonctionnement et de maintenance. Ils peuvent être délicats à évaluer analytiquement dans la mesure où ils sont fréquemment communs aux coûts de fonctionnement relatifs aux autres obligations légales comme les interceptions judiciaires ou même aux coûts généraux de fonctionnement et maintenance des systèmes d'information, et que les FAI ne disposent pas toujours d'une vision analytique précise ;
- ◆ les coûts de personnel. S'agissant des demandes d'identification en masse, les coûts de personnel se limitent à des tâches légères destinées à assurer le bon déroulement des traitements lorsque ceux-ci ne sont pas entièrement automatisés, chaque FAI ayant, comme on l'a vu, diversement automatisé le processus de traitement. Ils peuvent être relativement plus importants pour les demandes complémentaires qui nécessitent un traitement individualisé.

### **3.2. Bien que les FAI semblent souvent chercher à justifier des coûts spécifiques élevés, la charge financière effective apparaît assez limitée**

La mission a procédé à l'analyse des coûts allégués par les différents FAI. Le respect de la confidentialité de ces données ne permet pas d'en faire un exposé analytique dans ce rapport. De façon synthétique, les éléments obtenus appellent toutefois plusieurs remarques :

- ◆ ils font ressortir une dispersion forte des coûts allégués ;
- ◆ la *précision* de certaines déclarations, d'approche très forfaitaire, est médiocre, quelle qu'en puisse être la cause ;
- ◆ certaines déclarations font ressortir des évaluations manifestement excessives.

L'exploitation des données de coûts obtenues a donc légitimement appelé une analyse critique, afin d'essayer d'approcher un chiffrage plausible des charges imposées par le traitement des demandes de la HADOPI, et en cohérence avec le concept retenu par l'ARCEP d'« opérateur générique efficace » visant à inciter les opérateurs à l'efficacité.

## 4. Propositions

### 4.1. Pour l'avenir

#### 4.1.1. Modalités du dédommagement : une approche forfaitaire

La mission propose de mettre en place une compensation forfaitaire annuelle des identifications en masse par FAI et d'écarter une compensation établie sur le nombre de lignes identifiées, pour les motifs suivants :

- ◆ on ne peut pas considérer que le nombre de lignes identifiées soit un inducteur de coût significatif pour les SI et processus mis en place par les FAI. C'est le fait d'avoir à répondre quotidiennement à des demandes massives de la HADOPI qui a conduit les FAI à réaliser des investissements et à mobiliser des frais de fonctionnement et de personnel associés ; la variation du nombre de lignes – dans les limites de capacité des systèmes – ne fait qu'induire des variations de temps de traitement informatique qui n'entrent que faiblement en ligne de compte pour déterminer les coûts.
- ◆ on peut au demeurant noter que le représentant de l'un des FAI avec lequel la mission a eu un contact a spontanément validé cette approche et estimé non pertinent un dédommagement fondé sur le nombre de lignes identifiées.
- ◆ le dédommagement des demandes formulées par le ministère de la Justice au travers de la PNIJ a toutes chances d'évoluer également vers une approche forfaitaire, au bénéfice d'une meilleure prévisibilité de la volumétrie et de la nature des demandes qui arrivent aujourd'hui en ordre dispersé.
- ◆ il est nécessaire de chercher à faire prévaloir des règles simples et aisément applicables (et le cas échéant ajustables) dans un contexte où, alors qu'on ne peut pas considérer qu'il y avait de complexité particulière, et que les enjeux financiers étaient très limités, les différents acteurs n'ont pas été en mesure, en près de 7 années, de mettre en place un régime de dédommagement.

**Recommandation n° 1 : Pour l'avenir, mettre en place un régime de dédommagement forfaitaire annuel par FAI et non un régime de dédommagement par adresse identifiée.**

Il est toutefois nécessaire de relever que si cette approche forfaitaire est pleinement justifiée et économe en ce qui concerne les quatre principaux FAI, amenés à réaliser plusieurs milliers ou dizaines de milliers d'identifications quotidiennement, elle ne l'est pas pour des « petits » FAI ne disposant que d'une base client limitée et qui ne seront donc jamais concernés par une volumétrie aussi importante.

A ce stade, le problème est d'ordre théorique, car dans les faits la HADOPI n'interroge pas les FAI autres que les quatre principaux et en particulier n'a pas mis en place de processus informatisé d'échange d'informations avec ceux-ci. Il n'en reste pas moins que, juridiquement, il n'y a aucune raison de considérer que ces FAI de taille réduite par rapport aux principaux acteurs du marché ne seront jamais interrogés. Il est donc nécessaire de prévoir leur exclusion du tarif forfaitaire et de prévoir un dispositif *ad hoc* les concernant.

A cet égard, la mission propose de mettre en place, sous un seuil à définir, une indemnisation proportionnelle calée sur le tarif PNIJ de la prestation WA OH.

Aux fins de responsabiliser la HADOPI, dont les demandes ont crû de façon très importante depuis 2010, la mission considère qu'il est indispensable que le dédommagement des FAI soit pris en charge par le budget de la HADOPI.

## Rapport

### Recommandation n°2 : inscrire le dédommagement des FAI sur le budget de la HADOPI.

La mission considère également que la logique forfaitaire proposée a comme corollaire de la part de la HADOPI une meilleure visibilité donnée aux FAI sur le volume des saisines qu'elle entend réaliser sur la période glissante de deux ans à venir : la HADOPI devrait chaque année faire part aux FAI du volume des saisines qu'elle entend réaliser (à + ou - 10% près) et s'y tenir effectivement.

### Recommandation n°3 : la HADOPI devrait s'astreindre à annoncer chaque année le volume des saisines qu'elle entend réaliser sur les 24 prochains mois au moins, en veillant à signaler avec au moins 12 mois de préavis les inflexions significatives de rythme.

#### 4.1.2. Montant proposé du forfait

L'Etat a l'obligation de compenser les FAI au titre des demandes faites par la HADOPI, mais il n'a pas d'obligation de compenser des coûts manifestement déraisonnables :

- ♦ soit qu'ils excèdent les coûts réellement supportés (aucune marge bénéficiaire n'est ainsi envisageable dans le cadre fixé par la loi de 2009) ;
- ♦ soit qu'il s'agisse de coûts effectivement exposés, mais traduisant une inefficience de l'opérateur (la puissance publique n'a pas à supporter les conséquences de la mauvaise performance gestionnaire d'un acteur économique). C'est ainsi que l'ARCEP a recours à un modèle d'« acteur générique efficace », afin d'inciter les opérateurs à l'efficacité (pénalisation de l'inefficacité, récompense de la sur-efficacité).<sup>15</sup>

Dès lors, l'évaluation des différents postes de dépense proposée par la mission est la suivante :

- ♦ Investissement : 140.000 €, correspondant à l'investissement en matériel et en logiciel affiché par l'un des FAI, généralement reconnu comme représentatif d'un opérateur efficace, déduction faite de dépenses alléguées ne présentant pas de lien manifeste avec la prestation demandée. La mission propose également de considérer que cet investissement doit faire l'objet d'un amortissement sur 3 ans, conformément à un usage commun en matière de systèmes d'information. Ce montant se situe en-dessous des montants affichés par plusieurs autres FAI, montants qui apparaissent comme rationnellement peu justifiables.

---

<sup>15</sup> La notion d'efficacité économique apparaît à plus de 4 reprises dans la partie réglementaire du CPCE afin de préciser les méthodes que l'Arcep peut utiliser pour fixer certaines obligations réglementaires, principalement tarifaires. Il s'agit des articles [D. 99-11](#), [D. 311](#), [D. 312](#) et [D. 406-19](#). Les formulations utilisées dans ces décrets sont voisines : « *L'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes veille à ce que les méthodes retenues promeuvent l'efficacité économique, favorisent une concurrence durable et optimisent les avantages pour le consommateur.* » Les 3 premiers articles sont liés aux méthodes de coûts utilisées dans les analyses de marché pour fixer notamment certains tarifs de gros liés à l'interconnexion et à l'accès. Le dernier article précise les modalités de prise en compte des coûts que les opérateurs peuvent se facturer dans le cas où un client change d'opérateur en conservant son numéro. En outre, cette notion d'efficacité est très présente dans la recommandation de la Commission Européenne du 7 mai 2009 sur le traitement réglementaire des tarifs de terminaison d'appels fixe et mobile (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009H0396&from=FR>) où l'on peut constater que le terme *efficace* apparaît 30 fois en 8 pages et 8 fois dans les 12 articles significatifs de cette recommandation. L'opérateur générique efficace constitue une modélisation qui permet à l'Arcep de répondre à cet objectif de promotion de l'efficacité économique. La dernière décision d'analyse de marché de l'ARCEP : [http://arcep.fr/uploads/tx\\_gsavis/14-1485.pdf#page=53](http://arcep.fr/uploads/tx_gsavis/14-1485.pdf#page=53) fait notamment remonter l'utilisation du modèle d'opérateur générique efficace aux analyses de marché adoptées en 2010 et 2011. Cette notion d'efficacité est donc bien connue des principaux opérateurs.

## Rapport

- ◆ **Fonctionnement** : à des fins de simplicité, la mission propose que le fonctionnement (ou coûts annuels récurrents divers) soit évalué comme une proportion du coût de l'investissement initial. Un taux de 15% à 20% a été évoqué avec l'ARCEP et le CCED comme représentatif de la réalité des coûts récurrents associés à un SI. La mission propose donc de retenir un taux de 20% soit, sur la base d'un investissement de 140.000 €, un coût annuel de 28.000 €. On notera que l'un des FAI rencontrés a retenu cette approche dans l'évaluation de ses coûts de fonctionnement informatiques.
- ◆ **Personnel** : sur ce poste, les demandes s'échelonnent, selon les FAI de quelques heures par mois à ¼ d'ETP, ½ ETP et 1 ETP. La mission propose de considérer que la prise en compte de ½ ETP tient compte à la fois des besoins associés au traitement des demandes approfondies et de ceux pouvant résulter d'une automatisation incomplète du traitement des demandes en masse. L'évaluation la plus basse a semblé incomplète, et la plus élevée comme manifestement excessive. En termes de valorisation, 38.000 €, au vu des différents coûts de personnel présentés, est apparu comme un montant justifiable.

En retenant des montants arrondis à la dizaine de milliers d'euros supérieurs, soit :

- ◆ 50.000 € d'amortissement annuel de l'investissement ;
- ◆ 30.000 € de coûts annuels récurrents ;
- ◆ 40.000 € au titre de la prise en charge de ½ ETP ;

La mission est ainsi conduite à recommander un forfait annuel de prise en charge n'excédant pas 120.000 € HT<sup>16</sup> par an et par FAI au titre de la prise en charge des traitements de masse.

**Recommandation n°4 : pour l'indemnisation des FAI au titre des demandes d'indemnisation en masse, mettre en place un forfait annuel n'excédant pas 120.000 € HT, couvrant l'amortissement de l'investissement, les coûts annuels récurrents et la prise en charge de ½ ETP.**

Pour les demandes individuelles approfondies, et bien qu'on puisse considérer qu'elles sont prises en charge au travers du dédommagement de ½ ETP, la mission propose qu'elles fassent l'objet d'une facturation unitaire séparée. Le motif en est que la réponse à ces demandes exige un temps de traitement assez lourd en main d'œuvre (vraisemblablement ½ heure) et qu'une régulation de ce type d'acte est nécessaire. La mission propose donc une indemnisation à l'acte pour ces demandes complémentaires. Le tarif de 18 € HT prévu pour la prestation WA O1 par l'arrêté du 21 août 2013 paraît adapté, compte tenu à la fois :

- ◆ de sa nature proche de celle des demandes complémentaires de la HADOPI : « A partir d'une adresse IP horodatée et d'informations complémentaires, obtenir les éléments d'identification relatifs à la personne physique, à l'installation, à la connexion, au contrat et aux identifications numériques. » ;
- ◆ de la quasi égalité entre ce tarif et le coût horaire sur ½ heure des personnels chargés de ce travail au sein des FAI.

---

<sup>16</sup> 144.000 € TTC.

## Rapport

**Recommandation n°5 : pour l'indemnisation des demandes d'identification individuelles approfondies, retenir un tarif de 18 € HT par identification, aligné sur le tarif de la prestation WA01 de l'arrêté du 21 août 2013.**

### 4.1.3. Recommandations de méthode pour les éventuelles modifications du forfait à l'avenir

Bien qu'il soit souhaitable que le forfait, une fois acté, reste inchangé pour une période significative, on ne doit pas exclure, à intervalle de plusieurs années, qu'il soit nécessaire de procéder à une modification des évaluations permettant de le déterminer. Les motifs qui pourraient le justifier sont :

- ◆ d'éventuelles évolutions de prix, liées principalement à des progressions de coût salariaux directs ou indirects (incorporés dans des projets SI immobilisés), ou au contraire à la tendance baissière du coût d'équipements très standardisés ;
- ◆ d'éventuelles évolutions des demandes de la HADOPI conduisant à modifier les processus et équipements des FAI dans des proportions excédant nettement le renouvellement des matériels, ce qu'on ne peut exclure.

Afin de traiter ces occurrences, la mission propose que d'éventuelles modifications du forfait soient traitées dans le cadre du dialogue existant entre les FAI et le CCED au titre de la prise en charge des coûts associés aux autres réquisitions des opérateurs de communications électroniques :

- ◆ ce dialogue est maintenant bien installé et semble se dérouler de façon satisfaisante pour l'ensemble des parties ;
- ◆ il mobilise, chez les FAI, des acteurs qui sont les mêmes que ceux compétents au titre du traitement des demandes de la HADOPI ;
- ◆ un tel choix permettrait ainsi de normaliser les conditions du dialogue entre les FAI et l'Etat et d'éviter le renouvellement de la situation d'impasse constatée depuis 2009.

Le CCED s'est montré ouvert à cette intégration du traitement des demandes HADOPI dans le dialogue qu'il conduit avec les FAI.

**Recommandation n°6 : faire prendre en charge les éventuelles modifications ultérieures des tarifs (forfait pour les identifications en masse, tarif des identifications individuelles) par le dialogue institué entre les FAI et le CCED.**

Si nécessaire, l'appui d'une expertise du CGEJET peut être prévu. Il faut en effet relever qu'une assistance du CGEJET existe déjà pour des situations analogues :

- ◆ le décret n° 2011-2122 du 30 décembre 2011 relatif aux modalités d'arrêt de l'accès à une activité d'offre de paris ou de jeux d'argent et de hasard en ligne non autorisée prévoit que les opérateurs de communication électronique suppriment l'accès à une offre en ligne non autorisée. Pour réaliser cette prestation, leurs surcoûts peuvent faire l'objet d'une compensation prise en charge par l'Autorité de régulation des jeux en ligne (ARJEL). Les opérateurs doivent présenter leurs factures et justifier des éventuels surcoûts auprès de l'ARJEL qui saisit ensuite le CGEJET pour avis ;



## Rapport

- ◆ le décret n° 2015-253 du 4 mars 2015 relatif au déréférencement des sites provoquant à des actes de terrorisme ou en faisant l'apologie et des sites diffusant des images et représentations de mineurs à caractère pornographique prévoit une procédure similaire. Les opérateurs adressent à l'office central de lutte contre la criminalité liée aux technologies de l'information et de la communication un document détaillant les surcoûts identifiés. Le CGEJET est saisi pour avis, et l'Etat procède au remboursement des factures après avoir recueilli son analyse.

Le CGEJET était également consulté dans le cadre des investissements réalisés par les opérateurs de communication électronique pour les besoins des interceptions judiciaires et les prestations du GIC. Néanmoins, le CGEJET n'est plus partie prenante de cette concertation depuis 2014 car elle ne figurait pas parmi ses attributions réglementaires.

**Recommandation n°7 : la mission recommande d'inscrire la possibilité de saisine du CGEJET à des fins d'expertise de coût dans le projet de décret d'application de l'article L34-1 du code des postes et communications électroniques.**

### 4.2. Pour le passé

Pour l'apurement du passé, chacun des FAI est susceptible de présenter des demandes correspondant à sa propre conception de la tarification, défendue au cours des années 2010 à 2016.

La mission recommande à l'administration de recourir à un règlement transactionnel avec chacun des opérateurs concernés, en veillant à s'inscrire dans une cohérence avec les choix qui seront faits pour l'avenir.

## CONCLUSION

La mission a eu la perception que la crainte principale des FAI était que ne s'installe, en dépit de la loi, une présomption de gratuité des prestations d'identification effectuées pour la HADOPI qui serait de nature à créer un précédent fâcheux au regard des diverses autres prestations effectuées au profit de l'autorité publique.

Dès lors, il semble à la mission que, sur la base des recommandations qu'elle fait dans ce rapport, la célérité que le ministère de la Culture et la HADOPI manifesteront dans le règlement des questions pendantes sera déterminante : une publication rapide des textes réglant l'indemnisation pour l'avenir, et une attention portée à ce que le règlement du passé ne s'enlise pas dans une situation de blocage devraient être de nature à mettre un terme à une situation qui a nui à l'image de l'Etat.

A l'issue d'une période de quelques années, une ré-estimation des conditions d'indemnisation, élaborée dans le cadre recommandé de dialogue entre les CCED et les FAI, serait souhaitable.

À Paris, le 17 mars 2017

JULIEN DUBERTRET  
Inspecteur général des finances

**ANNEXE**  
**Liste des personnes rencontrées**

## **1. Ministre de la Culture et de la Communication**

### **1.1. Cabinet de la ministre**

- ◆ Emilie Cariou, conseillère chargée des affaires européennes, internationales et du numérique ;
- ◆ Christophe Chauffour, conseiller pour les affaires financières et immobilières et chargé du tourisme culturel et de la culture scientifique.

### **1.2. Secrétariat général**

- ◆ Alban de Nervaux, chef du service des affaires juridiques et internationales.

### **1.3. Direction générale des médias et des industries culturelles (DGMIC)**

- ◆ Martin Ajdari, directeur général des médias et des industries culturelles ;
- ◆ Matthieu Couranjou, chef du bureau des technologies et des réseaux ;
- ◆ Pierre Mainguy, chef de bureau du financement des industries culturelles.

## **2. Administrations centrales**

### **2.1. Ministère de l'économie et des finances**

- ◆ Christian Dufour, haut fonctionnaire de défense et de sécurité adjoint ;
- ◆ Constant Hardy, commissaire aux communications électroniques de défense ;
- ◆ Yves Magne, Conseil général de l'économie, de l'industrie, de l'énergie et des technologies.

### **2.2. Ministère de la justice**

- ◆ Richard Dubant, magistrat, responsable de la délégation aux interceptions judiciaires (DIJ).

## **3. La Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet (HADOPI)**

- ◆ Christian Phéline, président ;
- ◆ Pauline Blassel, secrétaire générale en intérim ;

## **Annexe - Liste des personnes rencontrées**

- ◆ Anna Butlen, directrice des affaires générales, chef du bureau des affaires juridiques ;
- ◆ Dominique Guirimand, présidente de la commission de protection des droits ;
- ◆ Stéphan Edelbroich, directeur de la mission de promotion et protection des œuvres ;
- ◆ Amin Smahi, directeur adjoint des affaires générales et chef du pôle technique des systèmes d'information.

### **4. ARCEP**

- ◆ Benoît Loutrel, directeur général
- ◆ Olivier, chef de l'unité opérateurs et obligations légales

## **5. Les fournisseurs d'accès à Internet (FAI)**

### **5.1. Orange**

- ◆ Pierre Pétillault, directeur adjoint des affaires publiques ;
- ◆ Claire Chalvidant, responsable affaires publiques.

### **5.2. Bouygues Télécom**

- ◆ Gilles Campagnac, directeur des obligations légales.

### **5.3. Free**

- ◆ Maxime Lombardini, directeur général ;
- ◆ Pascal Mayeux , chef de projet technique ;
- ◆ Ombeline Martin, responsable des relations institutionnelles.

### **5.4. SFR**

- ◆ Régis Turrini, secrétaire général ;
- ◆ Nicolas Hellé, directeur des obligations légales.