

# Le Conseil constitutionnel et la loi Création et Internet: une décision en trompe-l'œil

Le Conseil constitutionnel a rendu, le 10 juin 2009, une décision très attendue sur la constitutionnalité de la loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet. Contrairement à ce qui a pu être indiqué, notamment dans la presse généraliste, la censure partielle du Conseil constitutionnel n'invalide pas la loi dite « Création et Internet » (I). Bien au contraire, elle renforce le caractère dissuasif du volet pédagogique prévu par la loi puisque désormais les internautes devront répondre de leurs actes devant l'autorité judiciaire (II). I. La légitimité de la HADOPI et le volet pédagogique de loi sont validés par le Conseil constitutionnel La loi Création et Internet repose sur l'idée que l'envoi de messages d'avertissement par une autorité administrative indépendante, la HADOPI, est de nature à modifier, dans une large mesure, les comportements délictueux des internautes. Dans sa décision du 10 juin, le Conseil constitutionnel valide les deux piliers sur lesquels repose ce volet pédagogique qui sont: l'obligation de surveillance à la charge de l'abonné et la collecte d'adresses IP par les ayants droit en vue d'une saisine de la HADOPI. L'obligation de surveillance n'est pas nouvelle car elle figurait déjà à l'article L. 335-12 du Code de la propriété intellectuelle. Cependant, les auteurs de la saisine du Conseil contestaient sa validité dans la mesure où elle ne paraissait pas, selon eux, satisfaire aux exigences de lisibilité et d'accessibilité des textes de loi notamment par rapport à l'existence du délit de contrefaçon. Le Conseil constitutionnel a écarté ce moyen en considérant que la méconnaissance de l'obligation de surveillance était énoncée en des termes suffisamment clairs et précis et se distinguait ainsi du délit de contrefaçon. Nous ne pouvons qu'approuver ce raisonnement car les faits susceptibles d'être poursuivis au titre du délit de contrefaçon et ceux visés par la loi Création et Internet ne sont pas les mêmes et peuvent d'ailleurs ne pas avoir été accomplis par les mêmes personnes: dans le premier cas, il s'agit d'avoir téléchargé illicitement, dans le second cas il s'agit d'avoir laissé utiliser son abonnement pour procéder à un téléchargement illicite. En outre, les requérants contestaient les pouvoirs reconnus à des agents assermentés des sociétés de perception et de répartition des droits et des organismes de défense professionnelle, de collecter des adresses IP des abonnés pour les communiquer à la HADOPI. Un tel moyen ne pouvait prospérer et ce pour plusieurs raisons. Tout d'abord, rappelons que le traitement de données à caractère indirectement personnel par les organismes de défense professionnelle des ayants droit et par les sociétés de perception et de répartition a été autorisé par l'article 9-4° de la loi du 6 janvier 1978 telle que modifiée par la loi n° 2004-801 du 6 août 2004. Cette disposition avait d'ailleurs été jugée, par une décision n° 2004-499 du 29 juillet 2004, conforme à la Constitution. La seule différence par rapport à la décision rendue par le Conseil constitutionnel du 29 juillet 2004 réside dans le fait que les données recueillies pourront devenir nominatives dans le cadre d'une procédure administrative et non judiciaire. Doit-on voir dans cette différence un élément permettant de considérer que le dispositif en cause serait disproportionné au regard des libertés publiques ? Le Conseil constitutionnel semble avoir répondu

par l'affirmative en retenant qu'un tel traitement ne saurait « avoir d'autres finalités que de permettre aux titulaires du droit d'auteur et de droits voisins d'exercer les recours juridictionnels dont dispose toute personne physique ou morale s'agissant des infractions dont elle a été victime » 1. La validation du dispositif par le Conseil constitutionnel tient néanmoins compte du fait qu'après sa censure partielle de la loi Création et Internet, la HADOPI ne dispose plus désormais d'un pouvoir de sanction, mais d'un rôle préalable de prévention s'inscrivant dans un processus de saisine de l'autorité judiciaire. À notre sens, d'autres raisons auraient pu justifier la collecte des adresses IP en vue d'un traitement par la HADOPI. En premier lieu, il ne nous semble pas que les mesures en cause, qui ne permettent que l'identification du contrevenant, entrent dans le champ de l'article 66 de la Constitution et donc des prérogatives relevant de la compétence exclusive de l'Autorité judiciaire. En second lieu, contrairement à la procédure instaurée par la loi de 2004, les organismes d'ayants droit qui saisiront la HADOPI ne connaîtront jamais l'identité des internautes dont la connexion a été utilisée à des fins illicites. Quoi qu'il en soit, le Conseil constitutionnel a estimé que les exigences en matière de respect de la vie privée étaient respectées par la loi Création et Internet.

II. Un volet dissuasif paradoxalement renforcé par la censure partielle du Conseil constitutionnel L'article L. 331-27 permettait à la HADOPI 2, en cas de persistance de l'abonné après avoir été averti dûment, de prononcer des sanctions administratives consistant soit à suspendre l'accès au service pour une durée de deux mois à un an, soit à enjoindre le titulaire de l'abonnement à prendre des mesures destinées à empêcher les infractions constatées par l'installation d'un moyen de sécurisation de son accès à internet. La censure par le Conseil constitutionnel de cet aspect de loi appelle principalement deux observations. D'une part, les motifs justifiant la censure nous apparaissent discutables car éminemment subjectifs. D'autre part, cette censure a pour conséquence de rebasculer les internautes qui se livrent à des échanges illicites dans l'ornière du droit pénal. Les requérants estimaient que la coupure de l'accès à internet constituait une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression et de communication. Si dans sa décision le Conseil constitutionnel reconnaît l'accès à internet comme faisant partie de la liberté de communication, la reconnaissance d'une telle liberté ne revient pas à affirmer que l'accès à internet est un droit absolu auquel rien ne pourrait déroger, pas même le respect des droits de propriété littéraire et artistique. La sanction conduisant à la suspension de l'accès à internet en cas d'atteinte à un droit de propriété littéraire et artistique n'est donc pas anticonstitutionnelle en soi. Elle pourra, le cas échéant, être prononcée par un juge. C'est d'ailleurs ce que prévoit le nouveau projet de loi relatif à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet qui fait de la suspension l'une des sanctions de la contrefaçon lorsque celle-ci est réalisée au moyen d'un service de communication au public en ligne 3. Néanmoins, le Conseil refuse à la HADOPI un pouvoir de sanction pouvant conduire à restreindre temporairement la liberté d'utiliser internet 4. Cette analyse nous apparaît très discutable étant donné que depuis sa décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989, la capacité par une autorité administrative indépendante de prononcer une sanction ne semble plus poser de difficulté pour le Conseil constitutionnel. La décision de la Haute juridiction donne donc le

sentiment que les droits de propriété littéraire et artistique ont d'une certaine manière été ?dilués? par le droit d'accès à l'internet. À cet écueil, il nous semblait possible de répondre qu'il suffisait de respecter le droit de propriété littéraire et artistique pour ne faire courir aucun risque à la liberté d'utiliser internet. De même, rappelons que l'internaute sanctionné pouvait continuer à bénéficier du réseau mais qu'il n'avait plus la possibilité d'utiliser temporairement son propre abonnement à cette fin. Il s'agirait donc de suspendre une commodité et non pas un droit. Enfin, il ne fait pas de doute que depuis sa décision n° 99- 411 DC du 16 juin 1999, le Conseil constitutionnel admet le principe selon lequel il est possible en matière répressive, d'être non plus uniquement responsable de son propre fait mais aussi du fait des choses ou des personnes dont on doit répondre 5. Toutefois, le Conseil refuse d'appliquer ce principe à l'obligation de surveillance de l'article L. 336-3 du Code de la propriété intellectuelle au motif qu'une telle obligation instituait « une présomption de culpabilité à l'encontre du titulaire de l'accès à internet, pouvant conduire à prononcer contre lui des sanctions privatives ou restrictives de droit » 6. Cette motivation ne manque pas de surprendre car l'obligation de surveillance visée à l'article précité pouvait être combattue par tout moyen. Par exemple, l'abonné pouvait faire expertiser ses différents disques durs afin d'être innocenté. De plus, l'analyse du Conseil constitutionnel apparaît comme étant parcellaire, car outre l'intrusion frauduleuse par un tiers, l'utilisation d'un dispositif de sécurisation, labellisé par la HADOPI constituait une cause exonératoire de responsabilité pour l'abonné. La disponibilité de ces dispositifs de sécurisation n'était d'ailleurs pas une éventualité étant donné que la HADOPI ne pouvait prendre de sanction sans avoir préalablement publié la liste des dispositifs en question 7. En définitive, l'obligation de surveillance de l'abonné apparaissait suffisamment calibrée pour être supportable. Conclusion La décision du 10 juin 2009 tout comme celle du 27 juillet 2006 à propos de la DADVSI, a démontré la difficulté, au regard du droit constitutionnel, d'élaborer une solution spécifique hors du cadre de la contrefaçon dans le cas où l'infraction aux droits de propriété littéraire et artistique est réalisée sur internet. Cependant, cette décision ne remet pas en cause la réponse graduée qui permettra par l'intervention de la HADOPI de responsabiliser les internautes vis-à-vis des droits de propriété intellectuelle. En revanche, l'autre objectif de la loi était d'organiser un système de sanction administrative dissuasif mais ne donnant pas le sentiment aux internautes qui téléchargent illégalement d'être traités comme des délinquants. Le Conseil constitutionnel a rejeté cette voie. Il s'agit donc bien d'une décision en trompe-l'oeil car la censure partielle par le Conseil constitutionnel a pour effet direct d'aggraver les sanctions encourues par les internautes qui seront considérés comme des contrefacteurs avec le risque de subir des sanctions plus lourdes et de voir leur condamnation inscrite sur leur casier judiciaire.

**Auteur(s) :**

**David EL SAYEGH - Directeur des affaires juridiques et des nouvelles technologies Syndicat national de l'édition phonographique (SNEP)**

**Notes de bas de page :**

2. Considérant 27.