

## Analyse du nouveau mécanisme de prévention de la contrefaçon à la lumière des droits et libertés fondamentaux

Le projet de loi dit « création et Internet », adopté par le Sénat le 13 mai 2009 au terme d'une procédure législative particulièrement critiquée<sup>1</sup>, fait débat depuis plus d'un an. Ce projet, aujourd'hui petite loi, procède à la création d'une « Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet », dite « HADOPI », investie de trois missions : « une mission d'encouragement au développement de l'offre légale et d'observation de l'utilisation licite et illicite des œuvres et des objets auxquels est attaché un droit d'auteur ou un droit voisin sur les réseaux de communications électroniques », « une mission de protection de ces œuvres et objets à l'égard des atteintes à ces droits commises sur les réseaux de communications électroniques utilisés pour la fourniture de services de communication au public en ligne », et « une mission de régulation et de veille dans le domaine des mesures techniques de protection et d'identification des œuvres et des objets protégés par un droit d'auteur ou par un droit voisin »<sup>2</sup>.

Si de telles missions présentent toutes un intérêt, légitime ou pour le moins défendable, la plupart d'entre elles interviennent sur un terrain où s'affrontent plusieurs libertés, que sont celles du droit d'auteur et des droits voisins d'une part, et des droits et libertés tenant à la communication, à l'information, ou à la vie privée d'autre part. La pondération de ces libertés étant essentielle, les missions de l'HADOPI doivent être définies dans le respect de notre système juridique, lequel inclut le bloc de constitutionnalité français et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (Convention européenne des droits de l'Homme).

C'est pourtant sur ce point précis que se cristallise l'essentiel du débat autour de l'HADOPI et de ses missions. Si les partisans du projet de loi affirment que celui-ci offre toutes les garanties nécessaires en matière de libertés publiques<sup>3</sup>, qu'il organise simplement « une riposte graduée aux vertus pédagogiques » ou « une dépénalisation du piratage (...) en contrepartie (d')un développement des offres légales (...) »<sup>4</sup>, les opposants à ce projet dénoncent une atteinte à plusieurs libertés individuelles, par des dispositions qui méconnaissent, notamment, tant le principe de proportionnalité que la compétence de l'Autorité judiciaire<sup>5</sup>. Plus loin, cette doctrine fait état d'une loi inefficace,

---

1 Voir par ex. Marc Rees, « Loi antipiratage : l'UMP verrouille la Commission Mixte Paritaire », 2 avril 2009, PC Inpact, <http://www.pcinpact.com/actu/news/50050-assemblee-nationale-commission-mixte-paritaire.htm> ; Marc Rees, « Vote de la loi Hadopi : 16 gus à l'Assemblée, mais pas chez TF1, 7 avril 2009, PC Inpact, <http://www.pcinpact.com/actu/news/50180-loi-hadopi-vote-deputes-tf1.htm> ; Marc Rees, « Hadopi, après la mort politique, l'acharnement thérapeutique », 10 avril 2009, PC Inpact, <http://www.pcinpact.com/actu/news/50298-hadopi-vote-solennel-assemblee-nationale.htm> ; « Hadopi : L'Assemblée rejette la loi », 9 avril 2009, le JDD.fr, <http://www.lejdd.fr/cmcm/media/200915/hadopi-l-assemblee-rejette-la-loi-201079.html>.

2 Article L. 331-13 de la petite loi.

3 « La HADOPI offre toutes les garanties nécessaires d'impartialité et de confidentialité » selon André Flajolet, Député du Pas-de-Calais, « Le Projet de loi "création & Internet" en 11 questions-réponses », 24 mars 2009, <http://www.andre-flajolet.net/index.php/News/Dernieres-news/Le-Projet-de-loi-creation-Internet-en-11-questions-reponses.php> ; « Toutes les garanties ont été prises en matière de libertés publiques » selon Franck Riesler, rapporteur du projet de loi, 10 mars 2009, Ecrans, <http://www.ecrans.fr/Toutes-les-garanties-ont-ete.6596.html>. Voir également Florence Soriano-Gafiuk, « Loi Hadopi... Pour faire bonne mesure ! », 4 mars 2009, <http://www.florence-soriano-gafiuk.fr/blog/actu-politique/post/2009/03/04/Loi-Hadopi...-Pour-faire-bonne-mesure-!/?pub=1>, selon laquelle le projet de loi est « Pensé(...) à l'aune du pragmatisme le plus sain et composée dans le souci de considérer avec respect à la fois les intérêts des créateurs et ceux des usagers ».

4 S'agissant des citations et des arguments faveur et défaveur du projet de loi, voir Jérôme Colombain, « Hadopi : votée oui mais... », Chronique « Nouveau monde », France Info, 13 mai 2009, [http://www.france-info.com/spip.php?article291282&theme=81&sous\\_theme=109](http://www.france-info.com/spip.php?article291282&theme=81&sous_theme=109) ; Voir également Christophe Alix, « Contre le téléchargement, une arme déconnectée du droit », 13 mai 2009, Ecrans, <http://www.ecrans.fr/Contre-le-telechargement-une-arme,4080.html>.

5 Le nombre impressionnant d'articles publiés par les partisans de cette thèse empêche de les citer de manière exhaustive. Pour un résumé assez complet des problématiques soulevées par le projet de loi, voir Marc Rees, « Piqure de rappel sur les points noirs du projet de loi Hadopi », 11 mai 2009, PC Inpact, <http://www.pcinpact.com/actu/news/50774-hadopi-points-noirs-projet-internet2.htm>. Voir également la Ligue des droits de l'Homme, « Loi dite "Hadopi" : menaces sur les libertés fondamentales », communiqué, 11 mai 2009, <http://www.ldh-france.org/Loi-dite-Hadopi-menaces-sur-les> ; Guillaume Champeau, 5 mai 2009, « Hadopi SE2E04 : faites entrer les juristes », Numerama, <http://www.numerama.com/magazine/12826-Hadopi-SE2E04-faites-entrer-les-juristes.html> ; le dossier de la Quadrature du Net : <http://www.laquadrature.net/HADOPI>.

contraire aux principes de fonctionnement d'Internet et ne permettant pas une meilleure rémunération des auteurs<sup>6</sup>.

Prendre position, dans ce débat, implique de confronter précisément les dispositions de la petite loi dite « création et Internet » aux principes juridiques assurant le respect des libertés individuelles, afin de vérifier si ces dernières se trouvent ou non suffisamment garanties. Nous nous proposons d'y procéder, dans l'attente de la décision du Conseil constitutionnel<sup>7</sup>, en nous limitant au nouveau dispositif de sanction créé par le législateur, en raison des limites que toute analyse doit s'imposer. Nous n'aborderons pas, en conséquence, les autres dispositions permettant par exemple à la Haute Autorité de labelliser les offres légales<sup>8</sup>, ou au juge d'enjoindre une mesure de filtrage<sup>9</sup>, dispositions qui suscitent également de vives discussions.

Au sein du dispositif de sanction nouvellement créé, nous analyserons en premier lieu les pouvoirs de la Haute Autorité à la lumière des compétences du juge de l'ordre judiciaire et des conditions de leur transfert (I), avant de confronter le mécanisme global, proposé par le législateur, au principe de sécurité juridique (II).

## I – Les compétences du juge de l'ordre judiciaire et les conditions de leur transfert

La petite loi dite « création et Internet » crée, en son article 336-3, une nouvelle obligation à la charge du titulaire d'un accès Internet, qui est de veiller à ce que cet accès ne fasse pas l'objet d'une utilisation à des fins de contrefaçon. L'article L. 331-21 prévoit par ailleurs que les membres de la Commission de protection des droits<sup>10</sup> de la Haute autorité, ainsi que les agents publics assermentés dont elle dispose « *procèdent à l'examen des faits et constatent la matérialité des manquements à l'obligation définie à l'article L. 336-3* ».

---

6 Voir par exemple Patrick Bloche selon lequel « *Tout au long de ce débat les artistes auront été doublement trompés. Il n'y aura pas un seul euro de plus pour la création, mais en plus le texte risque de ne jamais être mis en œuvre* » in Guillaume Champeau, « Hadopi : le projet de loi Création et Internet adopté par 53% des voix (MAJ), 12 mai 2009, Numerama, <http://www.numerama.com/magazine/12880-Hadopi-le-projet-de-loi-Creation-et-Internet-adopte-par-53-des-voix-MAJ.html> ; Eric Rochant, « Il est stupide d'aller contre Internet avec bâton, casque et ciseaux », 12 mai 2009, Le Monde.fr, [http://www.lemonde.fr/archives/article/2009/05/12/il-est-stupide-d-aller-contre-internet-avec-baton-casque-et-ciseaux-par-eric-rochant\\_1192030\\_0.html](http://www.lemonde.fr/archives/article/2009/05/12/il-est-stupide-d-aller-contre-internet-avec-baton-casque-et-ciseaux-par-eric-rochant_1192030_0.html) ; Jérémy Prin-Derre, « Massilia Sound System en guerre contre la loi Hadopi », 30 mars 2009, La Provence.com, <http://www.laprovence.com/articles/2009/03/30/772758-Region-Telechargement-illegal-acheter-un-CD-c-est-devenu-comme-aller-a-la-messe.php> ; « Le frère de NKM juge Hadopi "mal pensée" et "inefficace" », 5 mai 2009, L'express.fr, [http://www.lexpress.fr/actualite/high-tech/le-frere-de-nkm-juge-hadopi-mal-pensee-et-inefficace\\_758493.html](http://www.lexpress.fr/actualite/high-tech/le-frere-de-nkm-juge-hadopi-mal-pensee-et-inefficace_758493.html).

7 Marc Rees, « Le recours contre Hadopi devant le Conseil constitutionnel », 19 mai 2009, PC Inpact, <http://www.pcinpact.com/actu/news/50965-recours-hadopi-conseil-constitutionnel-texte.htm>.

8 Article L. 331-23 de la petite loi. Sur ce point, voir par exemple Cédric Manara, « HADOPI du bon sens ! », 31 mars 2009, Juriscom.net, <http://www.juriscom.net/actu/visu.php?ID=1125>.

9 Article L. 336-2 de la petite loi. Au sujet de la non pertinence du filtrage des réseaux peer-to-peer, voir par exemple Philippe Astor, « Filtrage du P2P : les tests du SNEP font un flop », 8 avril 2008, Electron Libre, <http://electronlibre.info/Filtrage-du-P2P-les-tests-du-SNEP,060> ; Damien Bancal, « Filtrage du trafic P2P : le grand bide », 10 avril 2008, Zataz.com, <http://www.zataz.com/news/16894/Filtrage-du-traffic-P2P;-le-grande-bide.html> ; A.Brugidou et G. Kahn, « Etude des solutions de filtrage des échanges de musique sur Internet dans le domaine du peer-to-peer, rapport d'étude, 9 mars 2005, <http://ww.culture.gouv.fr/culture/actualites/rapports/filtrage/charte.pdf> ; Guillaume Champeau, 5 mai 2009, « Hadopi SE2E04 : faites entrer les juristes », Numerama,

<http://www.numerama.com/magazine/12826-Hadopi-SE2E04-faites-entrer-les-juristes.html> : « *Sur le filtrage, le centriste Jean Dionis du Séjour a jugé que "la perspective du filtrage pour des délits sur la propriété intellectuelle est disproportionnée", tandis que la députée Verts Martine Billard a expliqué que surveiller les contenus pour les comparer à des empreintes numériques de contenus protégés revenait de fait à une "surveillance intégrale de la toile", qu'elle juge inacceptable. Mais pour Christine Albanel, qui nie cette interprétation, il s'agit "d'empêcher le piratage à la source"* ». S'agissant de la problématique du filtrage du web, voir également Marc Rees, « Free ne veut pas entendre parler de filtrage et explique pourquoi », 5 novembre 2008, PC Inpact, <http://www.pcinpact.com/actu/news/47097-free-filtrage-forum-droits-internet.htm>.

10 La Commission de protection des droits est composée d'un membre en activité du Conseil d'État désigné par le vice-président du Conseil d'État, d'un membre en activité de la Cour de cassation désigné par le premier président de la Cour de cassation et d'un membre en activité de la Cour des comptes désigné par le premier président de la Cour des comptes (art. L. 331-17 de la petite loi).

Il peut donc être constaté que la petite loi confie à la Haute Autorité, qui est une autorité administrative indépendante (AAI)<sup>11</sup>, tant un pouvoir d'appréciation de la matérialité d'un acte de contrefaçon, qu'un pouvoir de sanction d'une nouvelle obligation, à la charge des personnes physiques ou morales. Il convient par conséquent d'examiner si ces pouvoirs sont compatibles avec les compétences de principe du juge de l'ordre judiciaire (A) et les règles encadrant les transferts de compétence entre le juge de l'ordre judiciaire et un autre organe de jugement (B).

## A. Les compétences de principe du juge de l'ordre judiciaire

Le juge de l'ordre judiciaire, en plus d'être le juge naturel des litiges entre particuliers, est l'un des juges naturels des libertés fondamentales, pouvoir qu'il partage avec d'autres juridictions, telles que les cours et tribunaux administratifs et le Conseil constitutionnel<sup>12</sup>. Ce juge « *naturel* » est encore considéré comme « *un maillon d'harmonisation incontournable* » des décisions en matière de libertés, puisque, « *par la place même qu'il occupe au sein de l'ordre juridique français, (il) n'est pas tenu par une norme de référence exclusive mais, au contraire peut aller puiser dans diverses sources : législatives, constitutionnelles et européennes* »<sup>13</sup>.

Le juge de l'ordre judiciaire est encore considéré comme le « *garant de la liberté de l'information dans l'ensemble de ses dimensions* », tenant « *notre système libéral de définition d'infractions pénales sanctionnées par le juge* »<sup>14</sup>. En effet, le code de procédure pénale donne aux cours et tribunaux répressifs la compétence de juger des infractions pénales, tandis que l'article 66 de la Constitution érige l'autorité judiciaire en garante de la liberté individuelle<sup>15</sup>, laquelle comprend notamment, outre les principes de se déplacer librement et de n'être point arrêté arbitrairement ou séquestré, le droit « *d'être jugé avec toutes les garanties légales* »<sup>16</sup>, le principe d'inviolabilité du domicile<sup>17</sup>, ainsi que certains aspects du droit à la vie privée<sup>18</sup>. Ces matières relèvent donc, pour reprendre une expression du Conseil constitutionnel, des « *matières réservées par nature à l'autorité judiciaire* »<sup>19</sup>. Parmi ces

---

11 L'article L. 331-12 de la petite loi évoque une « *autorité publique indépendante (...) dotée de la personnalité morale* ».

12 Véra Morales, « La protection juridictionnelle des droits fondamentaux : révélation d'une entente conceptuelle », VI<sup>e</sup> Congrès français de droit constitutionnel, Atelier n°2 : « Le renouveau du droit constitutionnel par les droits fondamentaux », Montpellier, 9, 10 et 11 juin 2005, <http://www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/textes2/MORALES>.

13 Véra Morales, précitée.

14 Sénat, Projet de loi concernant la présomption d'innocence, Louis de BROISSIA, avis 412 (98-99) - commission des affaires culturelles, II, A, 3, <http://www.senat.fr/rap/a98-412/a98-412.html>. Le rapporteur ajoute que « *La liberté de l'information ne peut fonctionner sans le juge, il n'y a pas de solution de remplacement, spécialement pas de solution à proprement parler déontologique. Le juge est donc le régulateur de la liberté de l'information* ».

15 La liberté individuelle est une « *liberté constitutionnellement garantie* » placée « *sous la surveillance de l'autorité judiciaire* » par l'article « *66 de la Constitution* » : Décisions n° 93-327 DC, 19 nov. 1993, loi organique sur la Cour de justice de la République, J.O. du 23 nov. 1993, p. 16 141, cons. n° 14 ; n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, loi pour la sécurité intérieure, J.O. du 19 mars 2003, p. 4 789, cons. n° 7 ; n° 2004-492 DC, 2 mars 2004, loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, J.O. du 10 mars 2004, p. 4 637, cons. n° 4.

16 Jacques Robert et Jean Duffar, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, éd. Montchrestien, 7ème éd., 1999, p. 27.

17 Voir notamment l'article 136 du Code de procédure pénale.

18 Le Conseil constitutionnel considère que la méconnaissance du droit au respect de la vie privée peut être de nature à porter atteinte à la liberté individuelle : décision n° 94-352 DC, 18 janv. 1995, loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité, J.O. du 21 janvier 1995, p. 1154 et JCP 1995, II, 22 525, note Frédérique Lafay. Ce Conseil a également évalué la mise en place de dispositifs techniques de captation, fixation, transmission et enregistrement de paroles ou d'images sans le consentement des intéressés sous le visa de la liberté individuelle : décision n° 2004-492 DC, 2 mars 2004, loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, J.O. du 10 mars 2004, p. 4 637. Il étend encore la notion à certains fichiers de données nominatives : décision n° 2004-492 DC, 2 mars 2004, loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, J.O. du 10 mars 2004, p. 4 637, considérant n° 64. Sur l'ensemble de ces points, voir Estelle De Marco, *L'anonymat sur Internet et le droit*, thèse, Montpellier 1, 2005, ANRT (ISBN : 978-2-7295-6899-3 ; Ref. : 05MON10067), n° 20.

19 Décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence, J.O. du 25 janvier 1987, p. 924, cons. n° 15.

matières réservées, figure également le droit de propriété<sup>20</sup>, la notion de propriété incluant la propriété intellectuelle<sup>21</sup>. Cet avis du Conseil constitutionnel est par ailleurs partagé par la Commission européenne, qui interrogeait la France, dans la liste d'observations qu'elle lui adressait à propos du projet de loi dit « création et Internet », sur la manière dont était « justifié le fait qu'un organe administratif (la Haute Autorité) et non un organe judiciaire dispose du pouvoir de décider s'il y aurait violation ou non d'un droit d'auteur ou droit voisin »<sup>22</sup>.

En effet, la Haute Autorité a pour mission de statuer sur la matérialité d'une contrefaçon.

Ceci, pour constater un défaut de surveillance d'un accès à Internet. A la suite de deux ou trois constats similaires concernant la même personne sur une certaine période de temps et donnant lieu à au moins une recommandation adressée par voie électronique<sup>23</sup>, la Haute Autorité peut appliquer les sanctions prévues par la loi, à défaut de proposer une transaction à la personne concernée. Ces sanctions sont « la suspension de l'accès au service pour une durée de deux mois à un an assortie de l'impossibilité, pour l'abonné, de souscrire pendant la même période un autre contrat » d'accès à Internet et une « injonction de prendre, dans un délai (que la Haute autorité) détermine, des mesures de nature à prévenir le renouvellement du manquement constaté, notamment un moyen de sécurisation figurant sur la liste définie au deuxième alinéa de l'article L. 331-32, et d'en rendre compte à la Haute Autorité, le cas échéant sous astreinte ». Les sanctions pouvant être prononcées dans le cadre d'une transaction sont les mêmes, à la différence que la suspension ne porte que sur une période de un mois à trois mois, et que l'injonction de prendre des mesures de prévention se transforme en « obligation », non assortie d'astreinte éventuelle.

La suspension d'un accès Internet est pourtant une mesure éminemment attentatoire à la liberté de la vie privée, de laquelle relève la liberté de correspondance<sup>24</sup>. La liberté de la vie privée correspond en effet et notamment, sur Internet, au droit d'entretenir des relations par voie de communication électronique, de faire des choix culturels, ludiques ou de consommation en ligne, ou simplement de s'informer, de naviguer librement sur le réseau<sup>25</sup>. Une obligation de sécuriser un poste de connexion par l'un des moyens « de sécurisation figurant sur la liste définie au deuxième alinéa de l'article L. 331-32 » entre elle-même en conflit avec le nécessaire respect de la vie privée. En effet, et nous y reviendrons<sup>26</sup>, ces moyens de sécurisation sont à ce jour non définis dans leurs fonctionnalités et leurs impacts sur l'utilisation de l'ordinateur concerné. Ils sont donc susceptibles, notamment, de

---

20 Le Conseil constitutionnel considère que « l'autorité judiciaire est garante de la propriété », érigeant ce principe au rang de « principe fondamental reconnu par les lois de la République » : décision n° 89-256 DC du 25 juillet 1989, loi portant dispositions diverses en matière d'urbanisme et d'agglomérations nouvelles, J.O. du 28 juillet 1989, p. 9501, cons. n° 16.

21 Décision n°2006-540 DC du 27 juillet 2006, loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, J.O. du 3 août 2006, p. 11541, cons. n° 13 et 14 : « Considérant que la propriété figure au nombre des droits de l'homme consacrés par l'article 2 de la Déclaration de 1789 ; que son article 17 proclame : "La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité" » ; « Considérant que les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi depuis 1789 une évolution caractérisée par une extension de son champ d'application à des domaines nouveaux ; que, parmi ces derniers, figurent les droits de propriété intellectuelle et notamment le droit d'auteur et les droits voisins ; ».

22 Marc Rees, « Hadopi : Bruxelles critique la France et réclame des explications », 27 nov. 2008, PC Inpact, <http://www.pcinpact.com/actu/news/47558-riposte-graduate-bruxelles-commission-hadopi.htm> ; La Tribune.fr, « Loi antipiratage sur Internet : les observations de Bruxelles », 27 nov. 2008, <http://www.latribune.fr/entreprises/communication/telecom-internet/20081127trib000314818/loi-antipiratage-sur-internet-les-observations-de-bruxelles-.html>.

23 Lors du premier constat, la Haute Autorité peut adresser une recommandation à l'abonné, lui rappelant notamment ses obligations. En cas de renouvellement des faits dans un délai de six mois, la Haute autorité peut procéder à l'envoi d'une nouvelle recommandation. En cas de renouvellement des faits dans l'année suivant l'envoi d'une recommandation, la Haute autorité peut soit prononcer l'une des sanctions prévues par la loi, soit proposer à l'abonné une transaction (voir articles L. 331-26 à L. 331-28 de la petite loi).

24 Sur ce point voir Estelle De Marco, précitée, n° 132 et s. ; Virginie Peltier, précitée, p. 99 et s., 119 et s. ; Pierre Kayser, *La protection de la vie privée par le droit*, PU d'Aix-Marseille/Economica, 3ème éd., 1995, not. p. 11-12, p. 60 et la préface de ce livre par Henri Mazeaud.

25 Estelle De Marco, précitée, n° 137.

26 Cf. infra, 2) et 3) de notre B (in « le respect des droits de la défense »).

ralentir l'usage de cet ordinateur dans le cadre de communications publiques ou privées<sup>27</sup>, ou de permettre le contrôle à distance des utilisations privées de cet ordinateur<sup>28</sup>.

En conséquence, les sanctions que la Haute Autorité peut prononcer, après avoir statué sur l'existence d'une violation d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin, sont de nature à heurter le principe de protection de la vie privée.

Un tel transfert, à la Haute Autorité, de matières potentiellement<sup>29</sup> réservées à l'autorité judiciaire, ne semble pas conforme à la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Ce Conseil étant influencé par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, comme les instances de l'Union européenne<sup>30</sup>, il n'est pas étonnant que l'amendement 138 dit « Guy Bono » et renuméroté 46 ait été adopté par le Parlement européen le 6 mai dernier, dans le cadre de ses discussions sur le « Paquet Telecom », ni que ce même Parlement considère que l'interruption de l'accès à Internet va à l'encontre « *des droits de l'homme, des droits civiques et des principes de proportionnalité, d'efficacité et d'effet dissuasif* »<sup>31</sup>. Cet amendement, disposant qu'« *aucune restriction ne peut être imposée aux droits et libertés fondamentaux des utilisateurs finaux sans décision préalable des autorités judiciaires* », est mis en parallèle avec plusieurs affirmations selon lesquelles l'accès à Internet serait un droit fondamental<sup>32</sup>. Quoiqu'il ressorte de ce débat, l'accès à Internet est un outil qui se trouve aujourd'hui au cœur de l'exercice de plusieurs libertés fondamentales que sont notamment le droit au secret et à la liberté de la vie privée, la liberté d'expression et son corollaire, le droit à l'information.

Au-delà des matières réservées au juge judiciaire, qui ne devraient donc pouvoir être transférées à une AAI, la Haute Autorité dispose d'attributions relevant traditionnellement de la compétence du juge de l'autorité judiciaire, qui sont notamment de trancher des litiges d'ordre privé, ou, plus généralement, de prononcer des sanctions à l'encontre de personnes de droit privé.

Sur ce dernier point, le Conseil constitutionnel ne reconnaît pas, au principe de séparation des juridictions administratives et judiciaires, la valeur constitutionnelle attachée au principe de séparation des pouvoirs. Il accepte donc que certains pouvoirs de sanction puissent être confiés à une AAI,

---

27 Sur la définition des communications privées et des correspondances, voir Estelle De Marco, précitée, n° 67 et s., n° 628 et s. ; plus spécifiquement sur la notion de correspondance, voir Virginie Peltier, « Le secret des correspondances », PU d'Aix-Marseille, 1999, not. pp. 47, 48, 218.

28 Sur ces questions, voir par exemple La quadrature du Net, rapport, « Hadopi, "riposte graduée" : une réponse inefficace, inapplicable et dangereuse à un faux problème », 9 février 2009, [http://www.laquadrature.net/files/LaQuadratureduNet-Riposte-Graduee\\_reponse-inefficace-inapplicable-dangereuse-a-un-faux-probleme.pdf](http://www.laquadrature.net/files/LaQuadratureduNet-Riposte-Graduee_reponse-inefficace-inapplicable-dangereuse-a-un-faux-probleme.pdf), not. p. 10. Voir également Virginie Peltier, précitée, p. 99, qui décrit le secret des correspondances comme le fait de « *savoir que ce que l'on écrira, dira ou, plus généralement, transmettra par un procédé quelconque, ne sera pas ultérieurement exploité par des tiers indiscrets* ».

29 Sous réserve des aspects de la vie privée entrant dans la notion de « liberté individuelle » protégée par l'article 66 de la Constitution.

30 Voir notamment, s'agissant du Conseil constitutionnel, Jean-François Brisson, « Les pouvoirs de sanction des autorités de régulation: les voies d'une juridictionnalisation » ; AJDA 1999, p. 847 ; s'agissant de l'Union européenne, Jean-Paul Costa, « La convention européenne des droits de l'homme, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et la problématique de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention », EUI Working paper LAW N° 2004/5, European University Institute, Florence, <http://www.iue.it/PUB/law04-5.pdf>.

31 Résolution du Parlement européen du 10 avril 2008 sur les industries culturelles en Europe (2007/2153(INI)), <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2008-0123+0+DOC+XML+V0//FR>, n° 23 : « *engage la Commission et les États membres à reconnaître qu'Internet est une vaste plate-forme pour l'expression culturelle, l'accès à la connaissance et la participation démocratique à la créativité européenne, créant des ponts entre générations dans la société de l'information, et, par conséquent, à éviter l'adoption de mesures allant à l'encontre des droits de l'homme, des droits civiques et des principes de proportionnalité, d'efficacité et d'effet dissuasif, telles que l'interruption de l'accès à Internet* ».

32 20minutes.fr, « le droit d'accès au Net est un droit fondamental pour le Parlement européen », 26 mars 2009, <http://www.20minutes.fr/article/315025/Culture-Le-droit-d-acces-au-Net-est-un-droit-fondamental-pour-le-Parlement-europeen.php> ; La Quadrature du Net, « Amendement 138/46 réadopté, Internet est un droit fondamental en Europe », 6 mai 2009, <http://www.laquadrature.net/fr/amendement-138-46-r%C3%A9adopt%C3%A9-Internet-est-un-droit-fondamental-en-Europe> ; Nil Sanyas, « L'amendement 46/138 anti-riposte graduée finalement voté ! », 21 avril 2009, <http://www.pcinpact.com/actu/news/50471-amendement-anti-riposte-graduee-edulcore.htm>.

même si le principe en est souvent contesté<sup>33</sup>. Réciproquement, des pouvoirs relevant de l'autorité administrative peuvent être confiés au juge de l'ordre judiciaire.

Toutefois, de tels transferts de compétence doivent répondre à certaines conditions.

## **B. Les conditions d'un transfert de compétences entre le juge de l'ordre judiciaire et un autre organe de jugement**

Au vu de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, il est possible de dégager trois catégories de conditions qui rendent admissibles un transfert de compétences entre le juge de l'ordre judiciaire et une AAI. Ces conditions tiennent à une bonne administration de la justice (1), à l'égalité des citoyens devant la justice (2) et au procès pénal (3).

### **1. Les conditions tenant à une bonne administration de la justice**

Le Conseil constitutionnel a déjà pu décider de la conformité à la Constitution d'un transfert, à une juridiction, des compétences traditionnellement confiées à une autre juridiction, pour « *unifier les règles de compétence juridictionnelle au sein de l'ordre juridictionnel principalement intéressé* », ceci « *dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice* »<sup>34</sup>.

Ainsi, le Conseil constitutionnel a considéré que le contrôle des décisions du Conseil de la concurrence pouvait être transféré à la juridiction judiciaire, puisque le juge pénal participe également à la répression des pratiques anticoncurrentielles et qu'à des degrés divers, le juge civil et le juge commercial sont appelés à connaître d'actions en responsabilité ou en nullité fondées sur le droit de la concurrence.

De la même manière, le Conseil constitutionnel s'est prononcé pour la constitutionnalité du pouvoir de la Cour d'appel de Paris pour connaître des recours en annulation et en réformation dirigés contre les décisions de l'ART (aujourd'hui ARCEP), en matière de différents intervenant en cas de refus d'interconnexion, d'échec des négociations commerciales ou de désaccord sur la conclusion ou l'exécution d'une convention d'interconnexion ou d'accès à un réseau de télécommunications<sup>35</sup>.

La petite loi dite « création et Internet », quant-à-elle, permet à la Haute Autorité de statuer sur la matérialité d'un acte de contrefaçon, donc à analyser notamment les opérations informatiques pouvant être qualifiées de « reproduction » ou de « représentation » d'une œuvre, à rechercher l'inexistence d'une autorisation des titulaires des droits sur cette œuvre, ainsi qu'à vérifier si la reproduction ou la représentation en cause n'entre pas dans l'une des exceptions que les titulaires de droits ne peuvent interdire.

Cette opération est particulièrement complexe, tant eu égard à la multitude de personnes pouvant être titulaires de droits sur une œuvre, qu'à la qualification de l'acte de reproduction interdit, dans l'univers numérique. Les juridictions de l'ordre judiciaire elles-mêmes n'ont à ce jour pas véritablement tranché la question de savoir si le téléchargement, à partir d'une matrice mise illégalement à disposition, était ou non une contrefaçon. Il est en effet possible de constater que même la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, dans un arrêt<sup>36</sup> pourtant considéré par certains médias comme confirmant « *la non-application de l'exception de copie privée au téléchargement de films sur Internet* »<sup>37</sup>, retient, pour condamner un prévenu qui avait téléchargé des films sur Internet sans l'autorisation de leurs ayants

---

33 Voir notamment Patrice Gélard, « Les autorités administratives indépendantes : évaluation d'un objet juridique non identifié », rapport fait au nom de l'Office parlementaire d'évaluation de la législation n° 404 (2005-2006), déposé le 15 juin 2006, <http://www.senat.fr/rap/r05-404-2/r05-404-2.html>, 8.1.7, <http://www.senat.fr/rap/r05-404-2/r05-404-219.html>.

34 Décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, précitée.

35 Décision 96-378 DC du 23 juillet 1996, loi de réglementation des télécommunications, J.O. du 27 juillet 1996, p. 11400.

36 CA Aix-en-provence, 5 sept. 2007, Ministère public, SEV, FNDF, Twentieth Century Fox et a/ c/ Aurélien D., <http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=964>.

37 Isabelle Pottier, « L'exception de copie privée ne s'applique pas quand la source a une origine illicite », 25 oct. 2007, Micro Hebdo, <http://www.01net.com/editorial/366424/l'exception-de-copie-privee-ne-sapplique-pas-quand-la-source-a-une-origine-illicite/>.

droit, que ce dernier les a « diffusés » en « prêtant ensuite les films (...) à des amis », et, « qu'en outre, en utilisant un logiciel de type « peer to peer », (il) a non seulement reproduit le film téléchargé sur le disque dur de son ordinateur, mais l'a également mis à disposition de tous les utilisateurs du même logiciel, participant ainsi à sa diffusion auprès du public ». La Cour en conclut que le prévenu, en prêtant les films sur « CD-Roms à des amis » et en mettant les dits films « à disposition d'un large public par le biais d'un logiciel de type "peer to peer" », « s'est situé manifestement en dehors du cercle de famille et de l'usage privé du copiste prévu par la loi ».

Plusieurs autres juridictions ont opéré une confusion entre téléchargement et mise à disposition, afin d'entrer en condamnation<sup>38</sup>. La raison de ce débat, assez ancien à présent, est que les articles L. 122-5, al. 2 et L. 211-3, al. 2 du Code de la propriété intellectuelle (CPI), qui organisent l'exception de copie privée, ne mentionnent pas cette exigence de matrice mise légalement à disposition. Si le test dit « des trois étapes » est évoqué comme permettant une telle lecture, il ne semble pas répondre aux exigences du droit pénal, qui impose une loi claire et prévisible, laquelle s'interprète strictement.

La petite loi dite « création et Internet » donne donc, à l'HADOPI, un pouvoir que partage aujourd'hui le juge répressif, dans un contexte où le matraquage médiatique conduit même les opposants au projet de loi à se résoudre à utiliser la notion contestable, lorsqu'elle n'est pas nuancée, de « téléchargement illicite »<sup>39</sup>. Dans un tel contexte, cette double compétence de juridictions est susceptible, notamment, de créer des différences de jurisprudence entre les juridictions de l'ordre judiciaire et les juridictions de l'ordre administratif. La petite loi, sur ce point, semble donc plutôt aller à l'encontre d'une bonne administration de la justice.

## 2. Le principe d'égalité des citoyens devant la justice

L'article 16 du titre 2 de la loi des 17 et 24 août 1790 prévoit que « tout privilège en matière de juridiction est aboli; tous les citoyens sans distinction plaideront en la même forme et devant les mêmes juges, dans les mêmes cas ».

Ce principe d'égalité des citoyens devant la justice a été rappelé par le Conseil constitutionnel dans plusieurs de ces décisions. A leur lecture, il est possible de constater que le Conseil considère que le législateur ne peut prévoir des règles de procédure différentes selon les faits, les situations et les personnes auxquelles elles s'appliquent, qu'à certaines conditions :

En premier lieu, ces différences ne doivent pas procéder « de distinctions injustifiées »<sup>40</sup> et doivent être en « rapport direct avec la finalité de la loi qui (les) établit »<sup>41</sup>. En l'espèce, le mécanisme de sanction prévu par la petite loi dite « création et Internet » a pour objectif la prévention des atteintes aux droits de propriété intellectuelle, finalité que l'on retrouve dans l'incrimination de contrefaçon, de

---

38 Voir par exemple CA Paris, 13ème chambre, section A, 25 mars 2009 Api, Films Galatée et autres / Neuf Cegetel et autres, [http://www.legalis.net/jurisprudence-decision.php3?id\\_article=2607](http://www.legalis.net/jurisprudence-decision.php3?id_article=2607) : « Considérant que chaque internaute qui échange des fichiers illicites sur un réseau de type "peer to peer" commet le délit de contrefaçon puisqu'il opère une mise à disposition du public de l'œuvre en violation des droits d'auteurs et des droits voisins du producteurs de l'œuvre » ; « Que l'internaute ne peut sérieusement se prévaloir du bénéfice de "L'exception de copie privée" dans la mesure où l'œuvre, mise à la disposition du public sur "la toile", échappe manifestement à la sphère privée » ; TGI Havre, 20 septembre 2005, Monsieur L. T. c/ SACEM, <http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=748> ; voir également Cass. crim., 21 janvier 2009, M. Anthony X. c/ Ministère Public, <http://www.foruminternet.org/specialistes/veille-juridique/jurisprudence/cour-de-cassation-chambre-criminelle-21-janvier-2009-2843.html>, qui se limite à répondre que « l'opportunité d'ordonner un supplément d'information est une question de pur fait qui échappe au contrôle de la Cour de cassation », aux arguments selon lesquels la Cour d'appel n'avait ni recherché ni établi que les fichiers téléchargés avaient également été mis à disposition.

39 Voir par exemple : Murielle Cahen, « Lutte contre le téléchargement illicite : la riposte graduée », 11 juin 2008, <http://www.net-iris.fr/veille-juridique/doctrine/19901/lutte-contre-le-telechargement-illicite-la-riposte-graduee.php> ; Alain Bazot, « Projet de loi "Création et Internet" : L'UFC-Que Choisir demande à la Commission européenne d'empêcher le projet français de "riposte graduée" », communiqué, 16 octobre 2008, <http://www.quechoisir.org/pages/communiqués/L-UFC-Que-Choisir-demande-a-la-Commission-europeenne-d-empêcher-le-projet-français-de-riposte-graduee/E02F10750A9E44F1C12574E40049A1EE.htm?f=...>

40 Décision 2005-510 DC du 20 janvier 2005, loi relative aux compétences du tribunal d'instance, de la juridiction de proximité et du tribunal de grande instance, J.O. du 27 janvier 2005, p. 1412, cons. n° 22 ; décision 2006-540 DC du 27 juillet 2006, précitée, cons. n° 63 à 65.

41 Décision 2004-496 DC du 10 juin 2004, loi pour la confiance dans l'économie numérique, J.O. du 22 juin 2004, cons. n° 13 et 14.

par son aspect comminatoire. Les règles de procédures, devant cette institution, sont différentes des règles de procédures devant le Tribunal correctionnel. La question de la justification de cette différence est donc posée, notamment eu égard à la finalité du projet de loi.

En deuxième lieu, ces différences ne doivent pas manifestement dépasser « *ce qui serait nécessaire pour prendre en compte la situation particulière* » des contenus concernés<sup>42</sup>. Les contenus concernés par la petite loi dite « création et Internet » sont des contenus protégés par des droits de propriété intellectuelle, mis illégalement à disposition sur Internet, notamment via des logiciels de « peer to peer ». D'autres contenus illégaux sont pourtant mis à disposition des internautes dans les mêmes formes, tels que des contenus provoquant à la haine raciale ou représentant des atteintes sexuelles sur mineurs. Plus loin, tandis que la pédo-pornographie et la provocation à la haine sont réprimées dans les mêmes formes, que ces infractions soient commises en ligne ou hors ligne, la petite loi instaure une différence de procédure radicale, selon que l'acte matériel de la contrefaçon est constaté en ligne ou hors ligne.

La nécessité d'organiser deux procédures différentes, selon que les faits concernent des contenus heurtant en ligne des droits de propriété intellectuelle, ou des contenus heurtant hors ligne des droits de même nature ou heurtant en ligne et hors ligne d'autres droits tels que ceux à l'intégrité physique ou à la non-discrimination, reste particulièrement difficile à démontrer, lorsqu'il s'agit de prendre une mesure visant à faire cesser l'atteinte que ces contenus génèrent. Ceci, tenant le fait que la nouvelle obligation imposée aux internautes par la petite loi conserve pour base l'existence d'une contrefaçon matériellement avérée. Elle ne consiste donc pas en une obligation déconnectée du droit pénal préexistant.

En troisième lieu, ces différences de traitement doivent assurer aux justiciables des garanties égales, notamment quant au respect du principe des droits de la défense.<sup>43</sup> Les garanties apportées par l'HADOPI ne sont pourtant pas les mêmes que celles apportées par le juge de l'ordre judiciaire.

En effet, outre la question des impératifs liés au procès pénal, que nous analyserons plus loin<sup>44</sup>, nous pouvons déjà constater que de nombreuses garanties essentielles ne sont pas prévues par le législateur, qui confie au pouvoir réglementaire le soin de les déterminer.

Tout d'abord, l'article L. 331-38 de la petite loi prévoit qu'un « *décret en Conseil d'État fixe les règles applicables à la procédure et à l'instruction des dossiers devant le collège et la commission de protection des droits de la Haute Autorité* ».

Ensuite, le législateur prévoit, aux alinéas 11 et 12 de l'article L. 331-27, relatif à la sanction de la nouvelle obligation imposée aux titulaires d'un accès Internet, qu'un « *décret en Conseil d'État fixe les conditions dans lesquelles les sanctions peuvent faire l'objet d'un sursis à exécution* » et qu'un « *décret détermine les juridictions compétentes pour connaître* » des recours contre ces décisions. L'article L. 331-31, concernant les sanctions pouvant être prononcées contre les fournisseurs d'accès à Internet (FAI) qui ne se conformeraient pas à l'injonction de l'HADOPI de mettre en œuvre une décision de suspension, prévoit des délégations de compétences similaires.

S'agissant des logiciels dont la Haute Autorité pourra imposer l'installation sur un poste de connexion, pouvoir dont ne dispose au demeurant pas le juge de l'ordre judiciaire, l'article L. 331-32 ne dit rien, s'agissant de leurs spécifications fonctionnelles, et donc de leur impact sur l'environnement informatique qui les recevra. La petite loi n'impose pas plus la compatibilité de ces logiciels avec l'ensemble des systèmes d'exploitation<sup>45</sup>, ce qui pourrait encore conduire à une inégalité des citoyens devant la justice de l'HADOPI, selon le système d'exploitation que ces derniers utilisent. Le législateur, sur ce point, se contente de préciser que les spécifications fonctionnelles de ces logiciels seront rendues publiques par l'HADOPI, « *après consultation des concepteurs de moyens de sécurisation* ».

---

42 Décision 2004-496 DC du 10 juin 2004, précitée, cons. n° 13 et 14.

43 Décision 2005-510 DC du 20 janvier 2005, précitée, cons. n° 22.

44 Voir infra, notre 3).

45 Voir par exemple Marc Rees, « Hadopi : préparez vos mouchards, payants et non interopérables », 7 mai 2009, PC Inpact, <http://www.pcinpact.com/actu/news/50750-hadopi-logiciel-securisation-interoperable-payant.htm> ; Association d'arts numériques, « Employeurs du libre contre HADOPI », 30 mars 2009, [http://www.aadn.org/index.php?option=com\\_content&view=article&id=888%3Aemployeurs-du-libre-contre-hadopi&catid=54%3Anumerineews&Itemid=1122&lang=fr&Itemid=1](http://www.aadn.org/index.php?option=com_content&view=article&id=888%3Aemployeurs-du-libre-contre-hadopi&catid=54%3Anumerineews&Itemid=1122&lang=fr&Itemid=1).



*destinés à prévenir l'utilisation illicite de l'accès à un service de communication au public en ligne », des FAI ainsi « que des sociétés régies par le titre II du présent livre (les sociétés de perception et de répartition des droits) et des organismes de défense professionnelle régulièrement constitués ».*

De telles délégations de compétence semblent particulièrement contraires à la jurisprudence du Conseil constitutionnel, selon lequel « *il appartient au législateur d'assurer la sauvegarde des droits et des libertés constitutionnellement garantis* », et que si ce dernier « *peut déléguer la mise en œuvre de cette sauvegarde au pouvoir réglementaire, il doit toutefois déterminer lui-même la nature des garanties nécessaires* »<sup>46</sup>.

Une différence entre les garanties offertes au citoyen devant l'HADOPI et devant le juge de l'ordre judiciaire pourrait potentiellement se concevoir si le transfert de compétences qu'organise le législateur s'accompagnait d'une possibilité, pour les parties en présence, de choisir la juridiction à laquelle ils souhaitent soumettre leur différend. Dans une décision 96-378 DC, le Conseil constitutionnel valide en effet les pouvoirs en matière de droit privé qui sont confiés à l'ART (aujourd'hui ARCEP), après avoir constaté que ces pouvoirs ne peuvent être exercés que si les parties décident de s'en remettre à son office<sup>47</sup>. Pourtant, la petite loi dite « création et Internet » ne permet qu'aux ayants droit de choisir entre l'office de la Haute Autorité et celle du juge pénal ou civil<sup>48</sup>. Cet article ne prévoit pas la possibilité, pour une personne de droit privé mise en cause, de décliner la compétence de la Haute Autorité pour s'en remettre à l'office du juge.

En conséquence de tous ces développements, l'article L. 331-22 semble bien créer une rupture d'égalité des citoyens devant la justice, en organisant deux procédures très différentes en matière de mesures destinées à prévenir ou à faire cesser une atteinte, selon que l'atteinte est portée en ligne à un droit de propriété littéraire et artistique, ou selon qu'elle est portée hors ligne à un même droit de propriété intellectuelle, ou en ligne et hors ligne, s'agissant des atteintes à un droit d'une autre nature.

Au-delà de ces conditions générales relatives à un transfert de compétences entre le juge de l'ordre judiciaire et une AAI, le Conseil constitutionnel exige, en matière pénale, la réunion de plusieurs garanties tenant aux conditions du procès.

### **3. Les garanties tenant au procès pénal**

Les AAI ne sont pas, littéralement, des juridictions. Pourtant, l'attribution à ces dernières de pouvoirs de sanction, « *fonction matériellement contentieuse* », pourrait pour certains auteurs impliquer la reconnaissance de cette qualification, « *sous une forme ou une autre* »<sup>49</sup>. « *La Cour européenne des*

---

46 Voir par exemple la décision du Conseil constitutionnel n° 96-378 DC du 23 juillet 1996, précitée, considérant 27 : « *Considérant qu'aux termes de l'article 34 de la Constitution, la loi fixe les règles concernant les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; qu'il appartient au législateur d'assurer la sauvegarde des droits et des libertés constitutionnellement garantis ; que s'il peut déléguer la mise en œuvre de cette sauvegarde au pouvoir réglementaire, il doit toutefois déterminer lui-même la nature des garanties nécessaires ; que, s'agissant de la liberté de communication, il lui revient de concilier, en l'état actuel des techniques et de leur maîtrise, l'exercice de cette liberté telle qu'elle résulte de l'article 11 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, avec, d'une part, les contraintes techniques inhérentes aux moyens de communication concernés et, d'autre part, les objectifs de valeur constitutionnelle que sont la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui et la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels* » ; décision n° 2004-503, 12 août 2004, loi relative aux libertés et responsabilités locales, J.O. du 17 août 2004, p. 14 648, cons. n° 29.

47 Décision 96-378 DC du 23 juillet 1996, loi de réglementation des télécommunications, J.O. du 27 juillet 1996, p. 11400, cons. n° 23.

48 Voir sur ce point l'avis de la CNIL, Délibération n°2008-101 du 29 avril 2008 portant avis sur le projet de loi relatif à la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet (avis n°08008030), sur le site de la Quadrature du net, [http://www.laquadrature.net/wiki/HADOPI\\_avis\\_CNIL](http://www.laquadrature.net/wiki/HADOPI_avis_CNIL), ou dans le rapport de la Quadrature du Net, « Hadopi, "riposte graduée" : une réponse inefficace, inapplicable et dangereuse à un faux problème », 9 février 2009, [http://www.laquadrature.net/files/LaQuadratureduNet-Riposte-Graduee\\_reponse-inefficace-inapplicable-dangereuse-a-un-faux-probleme.pdf](http://www.laquadrature.net/files/LaQuadratureduNet-Riposte-Graduee_reponse-inefficace-inapplicable-dangereuse-a-un-faux-probleme.pdf), p. 23.

49 Jean-François Brisson, « Les pouvoirs de sanction des autorités de régulation et l'article 6 §.1 de la CEDH », AJDA 1999, p. 847 ; Jean-François Brisson, « Les pouvoirs de sanction des autorités de régulation: les voies d'une juridictionnalisation » ; AJDA 1999, p. 847. Voir Patrice Gélard, « Les autorités administratives indépendantes : évaluation d'un objet juridique non identifié », rapport fait au nom de l'office parlementaire d'évaluation de la législation n° 404 (2005-2006), déposé le 15 juin 2006, <http://www.senat.fr/rap/r05-404-2/r05-404-2.html>, 9.1.9 : « *c'est en tant qu'elles sont des tribunaux, au sens européen du terme, que les Autorités*

*droits de l'Homme retient en effet une conception strictement matérielle de la fonction juridictionnelle sans lien direct avec la nature de l'organe investi du pouvoir de sanction », qui la conduit « à inclure dans le champ du procès équitable des organes de type administratif au regard de leur droit national dès lors qu'ils statuent sur des accusations en matière pénale »<sup>50</sup>.*

Le Conseil constitutionnel, influencé par cette position, n'admet donc qu'une AAI soit dotée de pouvoirs de sanctions qu'à la condition que ce pouvoir « s'exerce dans le cadre des principes du droit répressif »<sup>51</sup>. Il vérifie ainsi que le législateur a assorti « l'exercice de ces pouvoirs de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis »<sup>52</sup>. Ces mesures, ou garanties, portent notamment sur le respect du contradictoire, la motivation de la décision, le respect des droits de la défense, l'existence d'un sursis à exécution<sup>53</sup>, l'impartialité de la juridiction, et la proportionnalité entre la sanction et les faits délictueux<sup>54</sup>.

### **Le principe du contradictoire**

L'article L. 331-27 de la petite loi dite « création et Internet » semble présenter quelques garanties de nature à préserver le principe du contradictoire. Toutefois, il convient de noter que c'est sous le visa de ce même principe du contradictoire que la Cour européenne des droits de l'Homme exige la réunion des garanties procédurales qui doivent être accordées à tout justiciable<sup>55</sup>, et qui semblent pour certaines faire défaut ainsi que nous l'avons analysé plus haut<sup>56</sup>. Le Conseil constitutionnel pourrait constater leur absence sous ce même visa.

### **L'obligation de motivation des décisions**

L'article L. 331-27 de la petite loi prévoit que les décisions de la Haute autorité « précisent les raisons pour lesquelles les éléments recueillis lors de la procédure contradictoire ne sont pas suffisants pour mettre en doute l'existence du manquement présumé à l'obligation de vigilance définie à l'article L. 336-3, non plus que pour retenir l'existence de l'une des causes d'exonération prévues au même article ».

Si le principe d'une motivation des décisions de l'HADOPI est donc bien prévu, il est possible de se demander si le contenu de cette motivation répond bien aux exigences du Conseil constitutionnel. Ce dernier considère en effet, « en rattachant cette règle au principe de légalité des délits et des peines » que « l'obligation pour une juridiction de motiver ses arrêts est "(...) de nature à éviter l'arbitraire" »<sup>57</sup>. La motivation permet ainsi « à l'Autorité de donner à voir sa neutralité, sa compétence et l'adéquation de sa décision par rapport à la mission qu'elle doit efficacement remplir. La motivation est un mode essentiel de reddition des comptes, comme socle et non limite de l'indépendance »<sup>58</sup>. Pourtant, en l'espèce, la Haute Autorité n'a pour obligation que de montrer en quoi les arguments du « prévenu »

---

*administratives indépendantes doivent aménager les garanties liées au procès équitable et à la juridiction impartiale ».*

50 Jean-François Brisson, « Les pouvoirs de sanction des autorités de régulation: les voies d'une juridictionnalisation » ; AJDA 1999, p. 847.

51 Jean-François Brisson, précité. Sur la nature pénale de la sanction pour manquement à l'obligation posée à l'article L. 336-3, voir également la Quadrature du Net, rapport précité, pp. 31 et s.

52 Décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, J.O. du 18 janvier 1989, p. 754, cons. n° 28.

53 Sur l'ensemble de ces principes, voir par exemple la décision 88-248 DC du 17 Janvier 1989, précitée, cons. n° 29, 30 et 31.

54 Sur ces deux derniers principes, voir par ex. la décision 89-260 DC du 28 juillet 1989, loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier, J.O. du 1er août 1989, p. 9676, cons. n° 10 et 22.

55 Jean-François Brisson, précité, p. 4, B.

56 Cf. supra, notre 2).

57 Olivier Dutheillet de Lamothe, « L'influence de la Cour européenne des droits de l'Homme sur le Conseil constitutionnel », 13 février 2009, Conseil constitutionnel, visite du Président et d'une délégation de la Cour européenne des droits de l'homme au Conseil constitutionnel, [http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank\\_mm/pdf/Conseil/cedh\\_130209\\_odutheillet.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/cedh_130209_odutheillet.pdf), citant la décision du Conseil constitutionnel n° 98-408 DC du 22 janvier 1999, Traité portant statut de la Cour pénale internationale, J.O. du 24 janvier 1999, p. 1317, cons. n° 22. Selon l'auteur, le Conseil considère tient compte ici « de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de procès équitable (arrêt Higgins et autres contre France du 19 février 1998) ».

58 Patrice Gélard, rapport précité, 9.1.6.

ne sont pas de nature à faire échec aux éléments techniques qui présument de sa responsabilité. Une telle motivation semble bien plus orientée à charge que révélatrice d'une neutralité régie par l'indépendance.

### **Le respect des droits de la défense**

L'article L. 331-21 de la petite loi dite « création et internet » prévoit que les membres de la Commission des droits de l'HADOPI et les agents mis à la disposition de celle-ci « *reçoivent les saisines* » adressées à la commission, « *procèdent à l'examen des faits* » et « *constatent la matérialité des manquements à l'obligation définie à l'article L. 336-3* ». En pratique, donc, ces magistrats et agents constatent l'existence d'une contrefaçon dans son élément matériel et en déduisent la responsabilité de l'abonné dont le poste de connexion a été identifié comme étant à l'origine de cet acte de contrefaçon.

L'abonné à Internet concerné ne peut s'exonérer de cette responsabilité que par trois moyens : lorsqu'il a mis en œuvre l'un des moyens de sécurisation figurant sur la liste mentionnée au deuxième alinéa de l'article L. 331-32, lorsque l'acte de contrefaçon est le fait d'une personne qui a frauduleusement utilisé l'accès au service de communication au public en ligne, ou en cas de force majeure.

La petite loi organise donc un renversement de la charge de la preuve, sur la base d'un seul relevé d'IP que l'on sait particulièrement léger pour démontrer à lui seul le lien entre un acte commis sur Internet et la ligne désignée par cette IP horodatée<sup>59</sup>. Compte tenu de la faiblesse de ce dernier élément, un tel renversement de la charge de la preuve, dont on peut par ailleurs questionner la « nécessité » au sens européen du terme<sup>60</sup> puisqu'il n'existe pas en droit pénal de la contrefaçon<sup>61</sup>, devient difficilement différenciable d'une présomption de responsabilité, elle-même contraire au principe de présomption d'innocence.

Cette présomption semble par ailleurs irréfragable, en pratique. Il est en effet assez difficile d'imaginer les motifs de « *force majeure* » qui pourraient être invoqués dans une telle situation. De même, il est techniquement très difficile de démontrer avoir été victime d'une fraude informatique, encore plus d'une erreur d'horodatage dans le relevé d'IP fourni par les personnes habilitées à saisir la haute autorité<sup>62</sup>. Il n'est pas plus possible de sécuriser complètement son matériel informatique<sup>63</sup>,

---

59 Sur ce point voir notamment François Pellegrini, « Note sur le projet de loi "favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet" et sur le "rapport Thiollière" », 27 octobre 2008, [http://www.pellegrini.cc/works/note\\_hadopi\\_20081027\\_fr\\_2.pdf](http://www.pellegrini.cc/works/note_hadopi_20081027_fr_2.pdf) ; La quadrature du Net, rapport précité, not. pp. 8 et s. ; voir également une étude américaine ayant démontré la possibilité de faire porter la responsabilité d'une action sur internet à des adresses IP de machines, telles qu'une imprimante, n'ayant en pratique pas procédé à cette action : Michael Piatek, Tadayoshi Kohno, Arvind Krishnamurthy, « Challenges and Directions for Monitoring P2P File Sharing Networks – or – Why My Printer Received a DMCA Takedown Notice », rapport technique, University of Washington Department of Computer Science and Engineering, [http://dmca.cs.washington.edu/dmca\\_hotsec08.pdf](http://dmca.cs.washington.edu/dmca_hotsec08.pdf), p. 3 (index du site : <http://dmca.cs.washington.edu/>) ; Revue de l'actualité technologique du Groupe ABB, 2/2006, « Technologie des systèmes embarqués » [www.abb.com/abbreview](http://www.abb.com/abbreview). Voir encore l'APRIL, « Hadopi, sécurisation ou contrôle d'usage ? », 5 mars 2009, <http://www.april.org/hadopi-securing-or-control-of-use>, qui rappelle que la sécurité informatique sans faille n'existe pas, ce que démontrent des cas réguliers de corruption de machines, et que des contrefacteurs non responsables « *ne manqueront (...) pas de s'échanger des listes de points d'accès utilisables dans leurs quartiers, multipliant d'autant les accusations envers des innocents* ».

60 Voir infra, notre II, B.

61 Inversement, au civil, le contrefacteur doit traditionnellement prouver sa bonne foi. Toutefois, notons qu'en matière de contrefaçon sur Internet, les juges civils du fond ont une tendance nette à rechercher l'intention de l'auteur, y compris lorsqu'elles entrent en condamnation : voir par ex. décision CA Paris, 19 sept. 2001, SA NRJ et Monsieur B. J.-P. c/ Sté Europe 2 Communication, <http://www.juricom.net/txt/jurisfr/ndm/caparis20010919.htm>, qui évoque une « *démarche délibérée et malicieuse, entreprise en toute connaissance de cause par l'exploitant du site d'origine, lequel doit alors répondre du contenu du site auquel il s'est, en créant ce lien, volontairement et délibérément associé dans un but déterminé* ».

62 Sur ces aspects voir notamment François Pellegrini, précité ; La quadrature du Net, rapport précité en note n° 28, not. pp. 8 et s. ; Anne-Sophie Gunzle, « A la veille du vote des députés : retour sur la future loi "création et Internet" », 22 février 2009, <http://www.juricom.net/actu/visu.php?ID=1110>.

63 Sur ce point, nous nous contenterons de renvoyer le lecteur sur la page d'accueil du CERTA : <http://www.certa.ssi.gouv.fr/certa/certa.html> ou sur le guide de sensibilisation à la sécurité informatique du Medef : [http://www.medef.fr/main/core.php?pag\\_id=36442](http://www.medef.fr/main/core.php?pag_id=36442).

notamment en ce que « *la notion de sécurité, en informatique comme ailleurs, est à géométrie variable et dépend de la menace contre laquelle l'on souhaite se protéger* »<sup>64</sup>. En conséquence, la seule possibilité pour l'abonné de démontrer son absence de responsabilité est de rapporter la preuve d'avoir installé un logiciel de sécurisation, dont la loi ne précise rien à ce stade, si ce n'est que les « *spécifications fonctionnelles* » de ces logiciels seront déterminés par l'HADOPI, « *après consultation des concepteurs de moyens de sécurisation destinés à prévenir l'utilisation illicite de l'accès à un service de communication au public en ligne* »<sup>65</sup>.

Les droits de la défense se résument donc ici à la preuve d'un acte antérieur, sans rapport direct avec l'acte matériel de contrefaçon qui fonde les poursuites, dont les impacts en termes informatiques et de libertés individuelles, ne sont pas connus et ne font l'objet d'aucune obligation d'information préalable de l'internaute par l'HADOPI.

Plus loin, si la Haute autorité se révélait incapable d'établir une liste de ces logiciels, l'abonné se retrouverait simplement face à une obligation impossible, de la même manière que l'internaute utilisant un système d'exploitation incompatible avec les logiciels figurant dans cette liste<sup>66</sup>.

Il semble qu'il y ait dans toutes ces observations de sérieuses difficultés, au regard du respect des droits de la défense, lesquels « *implique(nt), notamment en matière pénale, l'existence d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties* »<sup>67</sup>. Il convient par ailleurs d'ajouter à ces lacunes le fait que la petite loi ne prévoit pas la publicité des débats devant l'HADOPI, exigence du Conseil constitutionnel sous ce même visa du « *respect des droits de la défense et (de) l'existence d'une procédure juste et équitable* »<sup>68</sup>.

### **Le sursis à exécution**

Le Conseil constitutionnel veille encore l'existence d'un sursis à exécution. La petite loi prévoit quant-à-elle, au dernier alinéa de son article L. 131-27, qu'un « *décret en Conseil d'État fixe les conditions dans lesquelles les sanctions peuvent faire l'objet d'un sursis à exécution* ».

Le législateur ne prévoit donc pas ici de garanties suffisantes, en plus de procéder à une délégation de compétences contraire à l'article 34 de la Constitution<sup>69</sup>.

### **Le principe de juridiction impartiale**

Patrice Gélard, dans son rapport, précise que « *les Autorités administratives indépendantes* » doivent « *satisfaire les exigences du tribunal impartial* », « *lorsqu'elles envisagent des sanctions ou tranchent des litiges* ». Il poursuit en précisant que « *cette exigence d'impartialité (...) est ce qui permet aussi*

---

64 La quadrature du Net, rapport précité en note n° 28, p. 10.

65 Article L. 131-32 de la petite loi. Cf. supra nos I, A et I, B, 2.

66 Voir notamment Marc Rees, « *Loi antipiratage : le piège de la présomption de culpabilité* », PC Inpact, 18 février 2009, <http://www.pcinpact.com/actu/news/49176-presomption-culpabilite-responsabilite-hadopi-albanel.htm>. Voir également l'APRIL, « *Hadopi, sécurisation ou contrôle d'usage ?* », art. précité en note n° 59, sur « *la place du logiciel libre* » ; François Pellegrini, précité en note n° 59.

67 Décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989, recueil page 71. Notons par ailleurs que l'article L. 331-27 de la petite loi prévoit une motivation qui semble bien orientée, puisque les décisions « *précisent les raisons pour lesquelles les éléments recueillis lors de la procédure contradictoire ne sont pas suffisants pour mettre en doute l'existence du manquement présumé à l'obligation de vigilance définie à l'article L. 336-3, non plus que pour retenir l'existence de l'une des causes d'exonération prévues au même article* ».

68 Conseil n° 98-408 DC du 22 janvier 1999, précitée, cons. 25 ; Olivier Dutheillet de Lamothe, « *L'influence de la Cour européenne des droits de l'Homme sur le Conseil constitutionnel* », 13 février 2009, Conseil constitutionnel, visite du Président et d'une délégation de la Cour européenne des droits de l'homme au Conseil constitutionnel, [http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank\\_mm/pdf/Conseil/cedh\\_130209\\_odutheillet.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/cedh_130209_odutheillet.pdf). Notons par ailleurs que si la petite loi prévoit la possibilité d'un recours contre les décisions de l'HADOPI, elle ne prévoit pas de recours contre les recommandations que peut adresser cette autorité. Ces recommandations ressemblent pourtant à des « *misés en demeure* » au sens du Conseil constitutionnel (cf. décision n°88-248 DC, précitée, cons. 38), donc à des actes administratifs susceptibles de recours. La Commission européenne considère également que l'absence de recours contre ces recommandations « *pourrait mettre en danger le droit fondamental à un procès équitable* » (cf. La Tribune.fr, article cité en note n° 22).

69 Voir supra, notre 2) et notre note n° 46.

*aux Autorités administratives indépendantes de construire la preuve de leur indépendance et donc leur légitimité ». C'est à ce titre que « lorsque le pouvoir de sanction est en cause, les Autorités administratives indépendantes distinguent la fonction d'instruction et la fonction de jugement, en prenant soin que la personne qui est en charge de mener l'instruction, c'est-à-dire de se forger une conception du cas envisagé, en disposant des pouvoirs et d'instruments pour ce faire, ne doit pas participer à la formation de jugement, pas même être présent à l'occasion du délibéré, en raison du préjugé que, par l'accomplissement même de sa mission, elle pourrait communiquer aux autres membres de l'Autorité, d'autant plus enclins à le suivre, quand bien même elle serait démunie du droit de vote, qu'elle a généralement la connaissance la plus achevée du cas »<sup>70</sup>.*

Le projet de loi ne mentionne nulle part ce principe de séparation des fonctions d'enquête et de jugement, se contentant de renvoyer à un décret s'agissant de la procédure devant la Commission de protection des droits. Il est donc possible que, sur ce point également, la petite loi dite « création et Internet » ne soit pas considérée comme prévoyant l'ensemble des garanties nécessaires. En effet, si le Conseil constitutionnel connaît une jurisprudence évolutive en matière de protection des libertés fondamentales, le principe de séparation des fonctions relève lui aussi<sup>71</sup> des garanties procédurales dont la Cour européenne des droits de l'Homme exige la réunion sous le visa du respect du principe du contradictoire.

### **Le principe de proportionnalité entre la sanction et les faits délictueux**

Le Conseil constitutionnel vérifie encore le respect du principe de proportionnalité entre la sanction et les faits reprochés. Dans sa décision n° 88-248 DC<sup>72</sup>, le Conseil considère notamment qu'une proportion existe dans le fait de prévoir une « *mesure de suspension temporaire n'excédant pas un mois* », de la partie d'un programme d'un service de communication audiovisuelle qui se trouve être « *en relation directe avec le manquement relevé* ».

La petite loi dite « création et Internet » prévoit toutefois la possibilité pour l'HADOPI de suspendre, pour une période s'étendant de un mois (en cas de transaction) à un an, un accès à l'ensemble du réseau Internet, soit un accès à de nombreux services, dont seul l'un d'entre eux – a priori un réseau Peer to Peer – est en relation directe avec l'acte de contrefaçon dont l'élément matériel a été constaté. Au regard de la décision précitée du Conseil constitutionnel, une telle sanction semble disproportionnée.

Si l'on envisage le manquement reproché comme étant celui de n'avoir pas sécurisé ledit accès à Internet, et non l'acte de contrefaçon lui-même - analyse qui reste possible compte tenu de la complexité du montage juridique choisi, bien que l'élément déclencheur de la procédure diligentée par l'HADOPI soit exclusivement l'existence d'une contrefaçon dans son élément matériel -, le raisonnement juridique semble conduire à la même conclusion. En effet, il s'agit alors de suspendre un accès à toutes les utilisations d'Internet, y compris celles qui relèvent de la liberté de la vie privée<sup>73</sup>, en raison d'un défaut de sécurisation informatique, lequel a permis à une personne physique de commettre un acte de contrefaçon. Pourtant, les problèmes d'insécurité informatique liés à Internet sont aussi anciens que l'arrivée du réseau dans les foyers et au sein des entreprises, causant parfois de graves préjudices en termes de protection des informations personnelles, de protection du patrimoine informationnel<sup>74</sup> ou de liberté des correspondances<sup>75</sup>. Les corruptions informatiques peuvent encore être à l'origine de diffusion de contenus illégaux tels que la pornographie infantine. L'ensemble, sans que les internautes victimes de ces fraudes n'aient jamais été sous la menace d'une

---

70 Patrice Gélard, rapport précité, n°s 9.1.11, 9.1.12 et 9.1.13. Voir également Jean-François Brisson, « Les pouvoirs de sanction des autorités de régulation: les voies d'une juridictionnalisation » ; AJDA 1999, p. 847, p. 5 ; Olivier Dutheillet de Lamothe, précité, p. 7 et décision du Conseil constitutionnel n° 98-408 DC du 22 janvier 1999, précitée, cons. 27.

71 Voir supra notre analyse du principe du contradictoire.

72 Décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, précitée, cons. 30 et 42.

73 Voir supra, notre I, A et notre note n° 24.

74 Sur ces aspects, voir notre note n° 63.

75 Nous pensons ici, notamment, au spam, qui entraverait sévèrement l'utilisation de la messagerie électronique si des mesures n'avaient pas été prises par les fournisseurs d'accès à Internet : voir notamment le dossier « la lutte contre le spam » de l'association des fournisseurs d'accès et de services Internet, [http://www.afa-france.com/t\\_spam.html](http://www.afa-france.com/t_spam.html).

suspension de leur accès à Internet, si ce n'est par leur fournisseur d'accès, dans les cas d'atteinte à la sécurité des réseaux<sup>76</sup>. Dès lors, la sanction semble en l'espèce éminemment disproportionnée.

Elle paraît de fait non nécessaire, au sens que donne à ce terme la Cour européenne des droits de l'Homme, et peu propice à la sécurité juridique. De même que le mécanisme global de prévention de la contrefaçon par la répression d'un défaut de surveillance, qu'organise le projet de loi.

## II – Le principe de sécurité juridique

Le principe de sécurité juridique<sup>77</sup> recouvre les principes de clarté, d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi (A). Il contribue au principe de proportionnalité, notion souvent utilisée pour faire référence à la « clause d'ordre public » (B) de la Convention européenne des droits de l'Homme.

### A. Les exigences de clarté, d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi

L'exigence de sécurité juridique est, selon les termes de Jean Carbonnier<sup>78</sup>, « une valeur que les théoriciens du droit, tels Paul Roubier, regardent comme fondamentale » et « placent avant la justice même et avant le progrès : c'est elle qu'il convient de sacrifier en dernier lieu, parce qu'elle conditionne les deux autres ». La sécurité juridique est encore, selon l'auteur, « le besoin juridique élémentaire et, si l'on ose dire, animal »<sup>79</sup>.

Cette valeur comporte plusieurs aspects.

Elle suppose en premier lieu que la loi soit accessible et intelligible, objectifs de valeur constitutionnelle découlant, selon le Conseil constitutionnel, « des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 »<sup>80</sup>. Certains auteurs<sup>81</sup> ont au demeurant pu voir une consécration implicite du principe de sécurité juridique dans la reconnaissance constitutionnelle de ces objectifs.

Cette valeur suppose encore que la loi soit claire, ce principe ayant été, d'une part, rattaché au principe de sécurité juridique par la Cour de justice<sup>82</sup>, et, d'autre part, déduit par le Conseil constitutionnel de l'article 34 de la Constitution<sup>83</sup>. Ce dernier a par ailleurs considéré que les principes de clarté, d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi imposent au législateur « d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques afin de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi »<sup>84</sup>.

Peut être encore considéré comme participant de la sécurité juridique le caractère stable et permanent de la loi. Cette permanence assure « aux justiciables, une certaine prévisibilité »<sup>85</sup>. En ce

---

76 Voir par exemple TGI Paris, réf., 15 janvier 2002, <http://www.foruminternet.org/specialistes/veille-juridique/jurisprudence/tribunal-de-grande-instance-de-paris-ordonnance-de-refere-15-janvier-2002.html>.

77 Sur l'ensemble des principes abordés dans la partie II, voir Estelle De Marco, *L'anonymat sur Internet et le droit*, thèse, Montpellier 1, 2005, ANRT (ISBN : 978-2-7295-6899-3 ; Ref. : 05MON10067), n° 817 et s.

78 Frédéric Pollaud-Dulian, « A propos de la sécurité juridique », RTDCiv. (3) juill.-sept. 2001, p. 487, cit. p. 487, citant Jean Carbonnier, « La part du droit dans l'angoisse contemporaine », in *Flexible droit*, LGDJ, 9ème éd., 1998, pp. 193-194.

79 Frédéric Pollaud-Dulian, précité.

80 Décision n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004, loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, J.O. du 7 août 2004, p. 14 087, considérant n° 9 ; décision n° 2004-503, 12 août 2004, loi relative aux libertés et responsabilités locales, J.O. du 17 août 2004, p. 14 648, considérant n° 29.

81 Pascal Puig, « Hiérarchie des normes : du système au principe », RTDCiv. (4), oct.-déc. 2001, p. 749, not. p. 788, note n° 252.

82 Frédéric Pollaud-Dulian, « A propos de la sécurité juridique », RTDCiv. (3) juill.-sept. 2001, p. 487, cit. p. 489.

83 Décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, loi de modernisation sociale, J.O. du 18 janv. 2002, p. 1 053, cons. 9 ; décision n° 2004-503 DC, 12 août 2004, loi relative aux libertés et responsabilités locales, J.O. du 17 août 2004, p. 14 648, cons. 29.

84 Décision n° 2004-503 du jeudi 12 août 2004, précitée, cons. 29.

85 Frédéric Pollaud-Dulian, précité, p. 489.

sens, la sécurité juridique participe de la proportionnalité des lois. Une loi imprévisible, ou dont les effets sont prévisibles mais ne peuvent être évités, porte en effet une atteinte disproportionnée aux libertés publiques, lorsque la valeur protégée aurait pu être préservée par une disposition plus claire ou moins coercitive. Une telle disproportion est donc également élément d'insécurité.

La petite loi dite « création et internet » organise toutefois, comme nous l'avons analysé dans notre titre précédent, un système complexe permettant de réprimer un défaut de surveillance informatique sur la base d'un acte de contrefaçon matériellement avéré, la personne responsable n'étant désignée que par un relevé d'IP, donnée dont la fiabilité doit encore faire ses preuves, et ne pouvant s'exonérer de sa responsabilité qu'en démontrant avoir installé, sur son poste de connexion, antérieurement à l'acte de contrefaçon fondant les poursuites, un logiciel dont les impacts en termes informatiques et de libertés ne sont pas connus, et ne seront peut-être jamais annoncés par l'HADOPI, l'ensemble ressortant de divers articles de la petite loi.

Il est en premier lieu patent qu'en termes de clarté, le législateur s'est déjà montré plus performant. Par ailleurs, cette loi semble particulièrement inaccessible et inintelligible, tenant les analyses qu'il convient d'en faire pour en comprendre les détails, sans même que ces analyses ne permettent au juriste de se prononcer définitivement sur le fondement des poursuites qui seront diligentées par la Haute Autorité.

Enfin, cette petite loi intervient en modification du Code de la propriété intellectuelle, ainsi que l'avait fait la loi du 1 août 2006<sup>86</sup>, laquelle avait déjà suscité des débats passionnés sur des questions similaires à celles qui se trouvent étudiées dans la présente analyse. En ce sens, l'exigence de permanence ne semble pas plus trouver son chemin, d'autant que les effets de la loi restent imprévisibles, tant en termes d'impact sur les libertés individuelles que sur l'économie numérique, compte tenu d'une part de la grande complexité du mécanisme nouvellement créé, et d'autre part de la grande nouveauté de mécanismes conduisant par exemple à une obligation de fait d'installer un logiciel dont les effets sont inconnus ou à la sanction d'un défaut de surveillance informatique sur le constat d'une seule infraction spécifique, constatée dans sa seule matérialité.

Cette imprévisibilité, alliée à l'obscurité, à l'inintelligibilité et aux modifications successives d'une même législation, semble bien être porteuse d'insécurité juridique, par sa disproportion.

## **B. La clause d'ordre public**

L'insécurité née de la disproportion est d'ailleurs l'un des dangers dénoncés par Messieurs Jacques Robert et Jean Duffar, lorsque selon-eux une « répression sans discernement »<sup>87</sup>, fait « planer sur l'ensemble de la collectivité nationale un système répressif (méconnaissant) gravement les droits de l'Homme en limitant, voire en supprimant, certaines des garanties indispensables à une bonne administration de la justice »<sup>88</sup>. Selon ces auteurs, une telle répression sans discernement qualifie d'ailleurs les réponses apportées à l'insécurité intérieure, dans un contexte où la « montée (...) de la délinquance » peut-être « réelle » comme « supposée »<sup>89</sup>, mais dont l'ampleur, exagérée par le pouvoir politique et les médias, légitime l'accroissement de mesures de contrôle des individus, les gouvernements craignant peut-être, comme le suggère un autre auteur, « la puissance de la foule anonyme née du développement des villes et du capitalisme »<sup>90</sup>. De nombreux textes répressifs sont

---

86 Loi n° 2006-961 du 1 août 2006, J.O. du 3 août 2006.

87 Jacques Robert et Jean Duffar, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, éd. Montchrestien, 7ème éd., 1999, p. 197.

88 Jacques Robert et Jean Duffar, précité, p. 197. Voir également Pierre M. Martin, « L'honneur des juges britanniques, Chambre des Lords, 16 décembre 2004 », D. 2005, n° 16, chron. p. 1 055, cit. p. 1 057, qui, citant une décision de la Chambre des Lords, rappelle que « la peur est le pire ennemi de la démocratie », les mesures adoptées en matière de lutte contre le terrorisme devant être en adéquation avec la menace.

89 Jacques Robert et Jean Duffar, précités, p. 197.

90 André Vitalis, « La remise en cause de l'anonymat », in *Figures de l'Anonymat, médias et société*, textes réunis et présentés par Frédéric Lambert, éd. L'Harmattan, 2001, p. 312, cit. p. 314 ; voir aussi Thierry Lefebvre, « Eloge du poste inconnu. La TSF avant la normalisation », in *Figures de l'Anonymat*, précité, p. 111, selon lequel l'« Administration (...) a horreur de l'incontrôlé et de son corollaire, l'anonymat », à propos des premières mesures de réglementation des communications radioélectriques, cit. p. 117.

ainsi ajoutés à notre législation, aggravant les sanctions et étendant le champ d'intervention de la loi pénale, « sans (...) que l'opinion publique, en France, ne s'en émeuve outre mesure »<sup>91</sup>.

Pourtant, l'exigence de respect des libertés fondamentales impose que la loi qui limite leur exercice, promulguée dans l'intérêt général, soit nécessaire et proportionnée à l'objectif légitime recherché. Ce principe résulte également de la Convention européenne des droits de l'Homme<sup>92</sup> et du Pacte international sur les droits civils et politiques<sup>93</sup>, qui consacrent en la matière une « clause d'ordre public »<sup>94</sup>, selon laquelle certains droits conditionnels<sup>95</sup> accordés aux individus ne peuvent faire l'objet « d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »<sup>96</sup>.

Cette formule contient ainsi trois principes. Le premier d'entre eux est la compétence exclusive de la loi<sup>97</sup> dans l'entreprise d'atteintes aux libertés, « dans son acception matérielle et non formelle » qui inclut « le droit écrit et non écrit »<sup>98</sup>. La loi ainsi définie doit par ailleurs « être accessible<sup>99</sup> aux citoyens et définir avec une précision suffisante les conditions et modalités de la limitation au droit »<sup>100</sup>. Le deuxième principe posé par la formule précitée est ensuite que le but de l'atteinte aux libertés doit être légitime<sup>101</sup>, c'est-à-dire compris dans la liste des objectifs légitimes que propose la Convention. Enfin, la Cour européenne interprète le troisième principe, celui de la « nécessité », comme imposant « que l'ingérence, dans le cadre d'une société dont "le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture" sont les éléments constitutifs, réponde à un "besoin social impérieux" et soit proportionnée au but légitime poursuivi »<sup>102</sup>.

Le Conseil constitutionnel semble lui-même avoir « adapté sa jurisprudence dans le sens de celle de la CEDH », puisqu'il opère un contrôle de proportionnalité similaire, entre l'intérêt général d'une part et l'atteinte portée à une liberté d'autre part, en le fondant sur le principe de la séparation des pouvoirs<sup>103</sup>.

---

91 Michèle Voisset, « Droit au respect de la vie privée et société de l'information », in *La protection de la vie privée dans la société de l'information*, sous la dir. de Pierre Tabatoni, tome 3, 4, 5, Cahier des sciences morales et politique, PUF, 1ère éd., janv. 2002, p. 265, cit. p. 265 : « l'un des faits nouveaux, aujourd'hui - des plus inquiétants - est le recul, aussi bien au niveau national qu'europpéen ou international, du souci de protection de la vie privée au profit de l'efficacité et sans - autre fait inquiétant - que l'opinion publique, en France, ne s'en émeuve outre mesure ! ».

92 Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales signée à Rome le 4 novembre 1950, Art. 8, 9, 10, 11.

93 Adopté le 16 décembre 1966 par l'Assemblée générale des Nations Unies : art. 12, 18, 21, 22. Par ex. art. 12-3 : « les droits mentionnés ci-dessus ne peuvent être l'objet de restrictions que si celles-ci sont prévues par la loi, nécessaires pour protéger la sécurité nationale, l'ordre public, la santé ou la moralité publiques, ou les droits et libertés d'autrui, et compatibles avec les autres droits reconnus par le présent Pacte ».

94 Frédéric Sudre, « La dimension internationale et européenne des libertés et droits fondamentaux », in *Libertés et droits fondamentaux*, sous la dir. de Rémy Cabrillac, Marie-Anne Frison-Roche, Thierry Revet, Dalloz, 11<sup>ème</sup> éd., 2005, p. 33, cit. p. 43.

95 Certains droits accordés par le Pacte et la Convention européenne sont intangibles (comme le droit à la vie, à l'absence de tortures...), tandis que d'autres sont conditionnels, car peuvent faire l'objet de dérogations et/ou de restrictions. Certaines dérogations sont limitativement énumérées (ex. de l'article 5 de la Conv. EDH sur le droit à la liberté et à la sûreté, qui prévoit six dérogations possibles), d'autres peuvent prendre la forme de cette « clause générale d'ordre public » : Frédéric Sudre, précité, pp. 44-45.

96 Art. 11 de la Convention européenne, pour exemple, relatif à la liberté d'expression.

97 Principe consacré également art. 34 de la Constitution et art. 4 de la Déclaration de 1789.

98 Frédéric Sudre, précité, p. 43, renvoyant à l'arrêt *Kruslin c/ France*, 24 avr. 1990, GACEDH n° 5, par. 29, note R. Koering-Joulin, D. 90, chron. p. 187.

99 Sur cette question, voir Pascale Deumier, « La publication de la loi et le mythe de sa connaissance », Les petites affiches, 6 mars 2000, n° 46.

100 Frédéric Sudre, précité, p. 43.

101 Le Conseil constitutionnel estime par ailleurs que le législateur « ne peut limiter l'exercice d'une liberté qu'en raison d'un impératif constitutionnel » : Frédérique Lafay, note sous Cons. constit. 18 janv. 1995, JCP 95, II, 22 525 ; est notamment « objectif a valeur constitutionnelle » la « prévention des atteintes à l'ordre public » : déc. précitée, considérant n° 3. Voir également Frédéric Sudre, précité, p. 43.

102 Frédéric Sudre, précité, p. 43, citant l'arrêt *Sunday Times*, 26 avr. 1979, GACEDH n° 49. Sur l'ensemble de ce paragraphe, voir Estelle De Marco, précitée en note n° 77, n° 86.

103 Olivier Dutheil de Lamothe, « L'influence de la Cour européenne des droits de l'Homme sur le Conseil constitutionnel », 13 février 2009, Conseil constitutionnel, visite du Président et d'une délégation de la Cour



Nous avons pu analyser plus haut que le législateur semble procéder à plusieurs délégations de compétence contraires au premier principe de cette clause d'ordre public, s'agissant d'un texte dont l'accessibilité reste au demeurant à mettre en évidence, malgré le deuxième principe énoncé par la clause. Il convient à présent nous attacher à confronter la petite loi dite « création et Internet » aux exigences de légitimité et de nécessité que pose la Convention européenne.

### **L'objectif légitime**

Le droit à la protection de la vie privée, qui inclut la protection de la liberté et du secret des correspondances, est tant une « *liberté constitutionnellement garantie* »<sup>104</sup> qu'une liberté fondamentale conditionnelle<sup>105</sup>. La liberté d'accès à l'information est quant-à-elle un corollaire de la liberté d'expression. Cette dernière, qualifiée de « chien de garde » de la démocratie<sup>106</sup>, est également une liberté fondamentale conditionnelle<sup>107</sup>, en plus d'être constitutionnellement garantie<sup>108</sup>. Pour finir, « le pluralisme des courants de pensées et d'opinions » est considéré comme « un objectif de valeur constitutionnelle »<sup>109</sup>.

En conséquence, ces libertés ne peuvent être limitées par le législateur que dans l'un des objectifs fixés par la Convention. Les ingérences dans le droit au respect de la vie privée et familiale sont ainsi permises pour des raisons de sécurité nationale, de sûreté publique, de bien-être économique du pays, de défense de l'ordre et de prévention des infractions pénales, de protection de la santé ou de la morale, ou de protection des droits et libertés d'autrui<sup>110</sup>. Les limitations de la liberté d'expression sont quant-à-elles permises lorsqu'elles sont nécessaires à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire<sup>111</sup>.

Il semble bien, en l'occurrence, que la petite loi dite « création et Internet » réponde à l'objectif de protection des droits et libertés d'autrui, le droit de propriété intellectuelle entrant dans cette catégorie. L'objectif est donc a priori légitime.

### **Le principe de nécessité**

Une autre question est celle du « besoin social impérieux » auquel pourrait répondre la petite loi. Cette notion implique que la réponse apportée par la loi soit strictement nécessaire à l'objectif poursuivi, toutes les « *mesures qui pourraient s'avérer utiles pour faire respecter la loi* » n'étant « *pas toutes souhaitables ou ne sauraient être toutes considérées comme une mesure nécessaire dans une société démocratique (...)* »<sup>112</sup>.

---

européenne des droits de l'homme au Conseil constitutionnel, [http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank\\_mm/pdf/Conseil/cedh\\_130209\\_odutheillet.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/cedh_130209_odutheillet.pdf), p. 9, et les décisions du Conseil constitutionnel citées par l'auteur.

104 Décision n° 2004-492 DC, 2 mars 2004, loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, J.O. du 10 mars 2004, p. 4 637, cons. n° 4 ; décision n° 99-416 DC, 23 juillet 1999, loi portant création d'une couverture maladie universelle, J.O. du 28 juillet 1999, p. 11 250 ; décision n° 2003-467 DC, loi pour la sécurité intérieure, J.O. du 19 mars 2003, p. 4 789.

105 Article 8 de la Convention des droits de l'Homme. Sur les notions de liberté, libertés publiques, droits et libertés fondamentaux, voir Estelle De Marco, précitée, n° 14 et s. et 19 et s.

106 Voir par ex. Patrick Wachsmann, « La liberté d'expression », in *Libertés et droits fondamentaux*, sous la dir. de Rémy Cabrillac, Marie-Anne Frison-Roche, Thierry Revet, éd. Dalloz, 11ème éd., 2005, p. 391.

107 Article 10 de la Convention des droits de l'Homme.

108 Article 11 de la Déclaration de 1789

109 Décision du Conseil n° 2007-550 DC du 21 février 2007, loi relative à la modernisation de la diffusion audiovisuelle et à la télévision du futur, J.O. du 7 mars 2007, p. 4368, cons. n° 15.

110 Article 8, 2, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950.

111 Article 10, 2, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950.

112 Avis 9/2004 du 9 nov. 2004 du Groupe de travail « article 29 » sur le projet de décision cadre sur la conservation de données traitées et stockées en relation avec la mise à disposition de services de communications électroniques disponibles publiquement ou de données sur les réseaux de communications publiques aux fins de la prévention, l'étude, la détection et la poursuite des actes criminels, y compris le terrorisme [proposition présentée par la France, l'Irlande, la Suède et la Grande-Bretagne (Document du Conseil

Si la protection des droits de propriété intellectuelle est, sans aucun doute, en elle-même, une nécessité, elle se trouve d'ores-et-déjà organisée par le CPI, notamment par l'incrimination de la contrefaçon. Si la protection des divers droits et intérêts qui se trouvent menacés par l'insécurité informatique peut également être considérée comme une nécessité, elle se trouve elle aussi organisée, notamment au travers de la sanction des atteintes aux systèmes de traitement automatisé de données<sup>113</sup>. Ainsi, la légitimité de la petite loi dite « création et Internet » réside dans sa capacité à améliorer la protection des titulaires des droits en cause, donc dans son utilité, puisqu'elle ne comble pas un manque.

Au cours de nos développements précédents, nous avons pu constater la difficulté de sécuriser totalement un poste informatique<sup>114</sup>. Pour cette raison, il n'existe à ce jour aucune autre sanction, lorsqu'une absence de sécurisation cause un dommage à autrui, que l'application par le juge des règles traditionnelles de la responsabilité civile. L'utilité de sanctionner, pour la première fois, un tel comportement afin de protéger des droits de propriété intellectuelle, et non en cas de stockage involontaire d'images de pornographie enfantine, par exemple, ou de mise à disposition de tels contenus par le fait d'un tiers, semble particulièrement difficile à justifier.

Plus loin, il est difficile de voir en quoi la sanction d'un défaut de sécurisation est de nature à empêcher la réalisation d'une contrefaçon. Les auteurs de celle-ci ne seront pas mieux sanctionnés ou mieux recherchés pour leur méfait, puisque la personne à laquelle s'applique la sanction est le tiers victime de l'infraction pénale d'intrusion frauduleuse dans son système informatique. Au contraire, la petite loi va jusqu'à organiser une impunité de fait des auteurs d'une contrefaçon qui serait doublée d'une intrusion frauduleuse dans un système informatique, puisqu'elle permet de ne sanctionner que la victime de cette dernière intrusion.

### **Le principe de proportionnalité**

En plus d'être utile, la loi doit s'efforcer de ne pas causer, aux droits opposés à celui dont elle organise la protection, d'atteinte supérieure à celle qui résultait de l'absence de cette nouvelle protection. En d'autres termes, la loi doit respecter le principe de proportionnalité.

Nous avons pourtant constaté que la petite loi organisait une ingérence particulièrement importante dans la vie privée des utilisateurs d'Internet, faute de garanties suffisantes, notamment, entourant l'obligation de fait d'installer un logiciel dit de « sécurisation »<sup>115</sup>, et un affaiblissement significatif de la liberté d'accès à l'information, par un mécanisme de suspension de l'accès à Internet pour une période de un mois à un an<sup>116</sup> (mécanisme heurtant lui-même la liberté de la vie privée).

---

8958/04 du 28 avril 2004)], 9 nov. 2004, WP 99, site Internet de la Commission européenne, Liberté, sécurité et justice, protection des données, Groupe de protection des données, documents adoptés en 2004, [http://ec.europa.eu/justice\\_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2004/wp99\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2004/wp99_fr.pdf).

113 Articles 323-1 à 323-7 du Code pénal.

114 Cf. supra, notre I, B, 3, in « le respect des droits de la défense et le principe de proportionnalité entre la sanction et les faits délictueux », et nos notes n° 63 et 64.

115 Cf. supra, notre I, A, notre I, B, 2 et notre I, B, 3 (in « le respect des droits de la défense »). Notons par ailleurs que ces logiciels pourraient conduire au chiffrement des échanges peer-to-peer à très brève échéance, s'il s'avérait qu'ils devaient être des logiciels de surveillance de ces réseaux. Un tel chiffrement généralisé, qui empêcherait d'accéder au contenu échangé entre deux ordinateurs, pourraient constituer une entrave aux investigations des forces de l'ordre. Sur ce point voir par exemple Toolinux, « (April) Hadopi : sécurisation ou contrôle d'usage ? », 12 mars 2009, <http://www.toolinux.com/lininfo/toolinux-information/opinion/article/april-hadopi-securisation-ou> ; François Pellegrini, précité, p. 2 ; sur les effets du chiffrement, voir A.Brugidou et G. Kahn, « Etude des solutions de filtrage des échanges de musique sur Internet dans le domaine du peer-to-peer, rapport d'étude, 9 mars 2005, <http://www.culture.gouv.fr/culture/actualites/rapports/filtrage/charte.pdf> ; Philippe Astor, « Filtrage du P2P : les tests du SNEP font un flop », 8 avril 2008, Electron Libre, <http://electronlibre.info/Filtrage-du-P2P-les-tests-du-SNEP,060> ; Damien Bancal, « Filtrage du trafic P2P : le grand bide », 10 avril 2008, Zataz.com, <http://www.zataz.com/news/16894/Filtrage-du-traffic-P2P;-le-grand-bide.html>.

116 Notons également que le coût de la mesure peut être de nature à freiner le développement du réseau, voire à faire augmenter le prix des abonnements internet, ce qui est également de nature à limiter la liberté de communication. Sur le coût de la mesure, voir un rapport du CGTI qui chiffre « à 70 millions d'euros au minimum pour la période 2009-2012 » le coût des mesures techniques que les fournisseurs d'accès devront mettre en place : Jean Berbinau, Jean-Claude Gorichon, Dominique Varenne, « Création et Internet », rapport n° IV-3.3-2008 – Décembre 2008, <http://www.lesechos.fr/medias/2009/0304/300333937.pdf>. Voir également l'April,

Des telles mesures semblent à première vue d'une bien grande ampleur, s'agissant de protéger un droit qui, bien que constitutionnellement protégé en France<sup>117</sup>, ne figure pas au nombre des libertés fondamentales qui se trouvent expressément garanties par la Convention européenne. Surtout, de telles mesures ne semblent pas justifiées. En 2004, au sujet de la conservation des données de trafic, le Groupe de l'article 29 notait que « *que les représentants des forces de l'ordre n'ont réussi à fournir aucune preuve de la nécessité de mesures d'une telle ampleur. De fait, il est notoire qu'ils ont été totalement absents des ateliers récemment organisés en vue d'étudier le contexte et les conséquences de la présente proposition de projet de décision cadre* ». Par analogie, nous pouvons constater que le législateur et le gouvernement n'ont pour l'heure pas démontré la nécessité des atteintes que porte la petite loi à plusieurs libertés fondamentales, au regard du préjudice subi par les titulaires de droits de propriété intellectuelle<sup>118</sup>.

Il est également possible de constater que la petite loi, afin de rendre possible la procédure qui se trouve organisée devant l'HADOPI, prévoit que la commission de protection des droits et ses agents peuvent « *obtenir (...) les données conservées et traitées par les opérateurs de communications électroniques en application de l'article L. 34-1 du code des postes et des communications électroniques et les prestataires mentionnés aux 1 et 2 du I de l'article 6 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (à savoir les FAI et les fournisseurs d'hébergement)* ». « *Ils peuvent également obtenir copie des documents mentionnés à l'alinéa précédent* ». « *Ils peuvent, notamment, obtenir des opérateurs de communications électroniques l'identité, l'adresse postale, l'adresse électronique et les coordonnées téléphoniques de l'abonné dont l'accès à des services de communication au public en ligne a été utilisé à des fins de reproduction, de représentation, de mise à disposition ou de communication au public d'œuvres ou d'objets protégés sans l'autorisation des titulaires des droits prévus aux livres Ier et II lorsqu'elle est requise* »<sup>119</sup>. L'article 14 de la petite loi modifie également, en conséquence, le II de l'article L. 34-1 du Code des postes et des communications électroniques (CPCE)<sup>120</sup>.

Ce dernier article L. 34-1 pose pourtant un principe d'anonymisation des données relatives au trafic, sous la seule réserve des données nécessaires à la facturation et au paiement des prestations, et de celles nécessaires à « *la recherche, (...) la constatation et (...) la poursuite des infractions pénales* », qui ne sont conservées que « *dans le seul but de permettre, en tant que de besoin, la mise à disposition de l'autorité judiciaire d'informations* ». Ce strict encadrement, tant de la conservation que

---

communiqué de presse, 31 mars 2009, <http://www.april.org/fr/les-employeurs-du-libre-sopposent-a-lhadopi> : « *Le projet de loi HADOPI et ses mouchards filtrants vont pénaliser une fois de plus le secteur français du Logiciel Libre. La ministre de la Culture doit comprendre qu'en défendant aveuglément des propositions ineptes, ce n'est pas le téléchargement non autorisé qu'elle va atteindre, mais un secteur économique dynamique et innovant, explique Tanguy Morlier, vice-président de l'April* ».

117 Le Conseil constitutionnel considère que « *l'autorité judiciaire est garante de la propriété* », érigeant ce principe au rang de « *principe fondamental reconnu par les lois de la République* » : décision n° 89-256 DC du 25 juillet 1989, précitée en note 20. La sauvegarde de la propriété intellectuelle et de la création culturelle est par ailleurs « *un objectif d'intérêt général* » : décision n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004, loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, Journal officiel du 7 août 2004, p. 14087, cons. n° 13.

118 Voir par exemple la délibération n°2008-101 du 29 avril 2008 de la CNIL, précitée en note n° 48, qui « *observe (...) que les seuls motifs invoqués par le gouvernement afin de justifier la création du mécanisme confié à l'HADOPI résultent de la constatation d'une baisse du chiffre d'affaire des industries culturelles. A cet égard, elle déplore que le projet de loi ne soit pas accompagné d'une étude qui démontre clairement que les échanges de fichiers via les réseaux « pair à pair » sont le facteur déterminant d'une baisse des ventes dans un secteur qui, par ailleurs, est en pleine mutation du fait notamment, du développement de nouveaux modes de distribution des œuvres de l'esprit au format numérique* » (observations Liminaires).

119 Alinéas 3 et suivants de l'article L. 331-21 de la petite loi.

120 Le II de cet article est modifié ainsi : pour « *les besoins de la recherche, de la constatation et de la poursuite des infractions pénales ou d'un manquement à l'obligation définie à l'article L. 336-3 du code de la propriété intellectuelle, et dans le seul but de permettre, en tant que de besoin, la mise à disposition de l'autorité judiciaire ou de la Haute Autorité mentionnée à l'article L. 331-12 du code de la propriété intellectuelle d'informations, il peut être différé pour une durée maximale d'un an aux opérations tendant à effacer ou à rendre anonymes certaines catégories de données techniques* ».

de la mise à disposition des données de trafic, est justifié par l'intrusion dans la vie privée que constituent ces deux opérations, ainsi que l'énonce le législateur lui-même<sup>121</sup>.

Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs pu considérer qu'il n'était pas disproportionné de permettre aux sociétés de perception et de gestion des droits d'auteur et de droits voisins et aux organismes de défense professionnelle mentionnés à l'article L. 331-1 du CPI, de procéder à la collecte de données de connexion (ou, plus précisément, d'IP horodatées), dès lors que ces données ne pouvaient « acquérir un caractère nominatif que dans le cadre d'une procédure judiciaire et par rapprochement avec des informations dont la durée de conservation est limitée à un an » et que « la création des traitements en cause (était) subordonnée à l'autorisation de la Commission nationale de l'informatique et des libertés »<sup>122</sup> (CNIL).

La CNIL elle-même notait, dans sa délibération du 29 avril 2008, que « la modification de l'article L. 34-1 du CPCE introduite dans le projet de loi permettra à l'HADOPI de recueillir et de traiter, sous une forme nominative, les données de trafic, hors donc de toute procédure judiciaire, garantie cependant jugée essentielle par le Conseil constitutionnel ». La Commission estimait en conséquence « que le projet de loi ne comporte pas en l'état les garanties nécessaires pour assurer un juste équilibre entre le respect de la vie privée et le respect des droits d'auteur »<sup>123</sup>.

Par avis du 26 septembre 2005, le Contrôleur européen de la protection des données<sup>124</sup> affirmait quant-à-lui que la proportionnalité de la mesure consistant à imposer la conservation des données de trafic supposait que ces dernières ne puissent être communiquées aux autorités de police que dans la mesure où cette communication était nécessaire dans le cadre d'une infraction particulière. Cette remarque du Contrôleur constituait une demande de précision du projet de directive relative à la conservation des données dans le cadre de la fourniture de services publics de communication électronique, adoptée par la Commission européenne le 21 septembre 2005<sup>125</sup>, qui précisait en son article 3 que les données conservées ne doivent être accessibles que pour les besoins de la prévention, de l'investigation, de la détection et de la poursuite d'infractions pénales sérieuses, comme le terrorisme ou le crime organisé.

La possibilité, pour l'HADOPI, d'accéder à des informations qui lui permettent de rendre directement nominatives des données de connexion, hors le cadre d'une procédure judiciaire, semble donc bien inconstitutionnelle, car disproportionnée.

La question de la proportionnalité de la petite loi peut encore être posée dans le cadre de l'article L. 331-33, selon lequel « La Haute Autorité établit un répertoire national des personnes qui font l'objet d'une suspension en cours de leur accès à un service de communication au public en ligne en application des articles L. 331-27 à L. 331-29 ». En effet, cet article conduit à permettre la constitution d'un fichier d'infractions, dans un contexte où les risques d'erreurs sont importants, sans que la personne mise en cause ne possède de moyens sérieux de démontrer son absence de responsabilité<sup>126</sup>.

---

121 L'article L. 34-1 du CPCE relève d'une section III intitulée « Protection de la vie privée des utilisateurs de réseaux et services de communications électroniques ». Voir également Estelle De Marco, précitée en note n° 77, n° 770 et s.

122 Décision n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004, précitée, cons. n° 13.

123 Délibération n° 2008-101 du 29 avril 2008, précitée.

124 Avis du Contrôleur européen de la protection des données sur le projet de directive relative à la conservation des données dans le cadre de la fourniture de services de communication électronique au public et amendant la directive 2002/58/CE, (COM (2005) 438 final), du 26 septembre 2005, sur le site Internet du Contrôleur européen de la protection de données, <http://www.edps.europa.eu/EDPSWEB/edps/site/mySite/lang/fr/pid/84> (n° 53 de la version anglaise de l'avis). Cet avis est également mentionné dans le rapport d'activité 2005 du CEPD, [http://www.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/EDPS/Publications/Annualreport/2005/AR\\_2005\\_FR.pdf](http://www.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/EDPS/Publications/Annualreport/2005/AR_2005_FR.pdf), p. 41. Voir également Estelle De Marco, précitée, n° 802.

125 « La Commission propose des règles relatives à la conservation des données de communication qui permettent à la fois d'assurer le maintien de l'ordre, le respect des droits et la protection des intérêts des entreprises », communiqué, IP/05/1167, 21 septembre 2005, [europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/05/1167&format=DOC&aged=1&language=FR&guiLanguage=en](http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/05/1167&format=DOC&aged=1&language=FR&guiLanguage=en), également disponible sur le site <http://www.libertysecurity.org/article425.html>.

<sup>126</sup> Cf. supra, notre note n° 59 et notre I, B, 3 in « le respect des droits de la défense ».

Au terme de cette étude très partielle de la petite loi dite « création et Internet », nous constatons donc que si l'objectif du législateur est louable, le texte qui en résulte présente de sérieuses lacunes en termes de protection des libertés fondamentales et de compréhension des nouvelles technologies, qui pourraient bien le rendre inapplicable.

Ce constat nous renvoie<sup>127</sup> à la réflexion de Messieurs Jacques Robert et Jean Duffar, qui notaient en 1999 la nécessité de réfléchir aux causes des nouvelles formes de criminalité, et aux moyens de les prévenir, quand bien même « *la prévention coûte cher et qu'elle n'a point d'effets électoraux immédiats* », plutôt que « *de frapper l'opinion publique par le vote de textes répressifs qui tranquillisent... sans rien régler* »<sup>128</sup>. Ils constataient notamment la faiblesse du nombre des magistrats eu égard aux actes de délinquance comptabilisés chaque année<sup>129</sup>. Monsieur Jacques Robert appelait plus tard au vote de lois « *qui aient des chances d'être appliquées. Car rien n'est pire dans une démocratie que des lois qui sont votées et qui tombent dans l'oubli car elles étaient au départ trop ambitieuses, donc inapplicables...* »<sup>130 131</sup>.

Prévenir la criminalité par des lois applicables suppose également d'établir une échelle<sup>132</sup>, entre les valeurs sociales qui requièrent une protection, y compris en matière de protection des droits de l'Homme<sup>133</sup>. Il convient de rappeler ici le superbe plaidoyer de Monsieur Claude Lombois en ce sens : « *l'outrance répressive procède d'une erreur stratégique qui, voulant donner de l'importance à trop de valeurs, les démonétise toutes. Le normateur prostitue son autorité en l'escortant, à tout propos, de la menace. Banalisée, la règle pénale devient triviale, alors qu'elle devrait être majestueuse. Erreur tactique aussi, dans l'idée simpliste qu'il n'y aurait pas d'autre moyen que la punition pour assurer le respect de règles, mêmes importantes. Un pouvoir qui a toujours la menace à la bouche infantilise les citoyens au lieu de les responsabiliser* »<sup>134</sup>.

---

127 Sur l'ensemble de la conclusion, voir Estelle De Marco, précitée en note n° 77, n° 819.

128 Jacques Robert et Jean Duffar, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, éd. Montchrestien, 7ème éd., 1999, pp. 200-201, à propos de la « délinquance » et de la « criminalité » : « *plutôt que de renforcer l'arsenal répressif pour en venir plus aisément à bout, ne faudrait-il pas réfléchir sérieusement aux raisons qui en expliquent la montée ? ; parce que la prévention coûte cher et qu'elle n'a point d'effets électoraux immédiats, il est plus simple de frapper l'opinion par le vote de textes répressifs qui tranquillisent... sans rien régler !* ».

129 Jacques Robert et Jean Duffar, précités, p. 201.

130 Jacques Robert, « Les réponses juridiques », manifestation de « Droit et Démocratie » sur le thème d' « Internet et les libertés », Les petites affiches n° 224, 10 nov. 1999, p. 54, cit. p. 59.

131 Voir également Didier Maus avec le concours de Christian Bigaud, « Inflation juridique et développement des normes », in *Droit constitutionnel et droits de l'homme*, rapports français au II<sup>e</sup> congrès mondial de l'Association internationale de droit constitutionnel, Paris - Aix-en-Provence, 31 août - 5 sept. 1987, présentation : Louis Favoreu, Economica/PU d'Aix-Marseille, coll. Droit public positif, série Travaux de l'Association française des constitutionnalistes, 1987, pp. 375-376. Selon ces auteurs, « *la surproduction des règles de droit s'opère fréquemment sans qu'aucun compte ne soit tenu des moyens nécessaires à leur application. Le déséquilibre entre les prescriptions et les moyens mis en œuvre donne naissance aux tolérances. Bien plus, la mauvaise application ou la non application pousse les individus à inscrire leurs relations en marge voire à l'encontre du système juridique normal* ». Les auteurs définissent encore la tolérance comme « *un phénomène de non-respect communément accepté de la règle de droit* ». Dans cette hypothèse, l'infraction à la loi n'est pas sanctionnée, soit en raison d'une absence de moyens, soit « *encore de l'impossibilité matérielle du respect de la règle* ».

132 Voir également Nancy Risacher et Lionel Costes, « A propos "des pyramides du pouvoir aux réseaux de savoirs – comment les nouvelles technologies de l'information vont aider la France à entrer dans le XXI<sup>e</sup> siècle ?" : rapport du Sénateur René Trégouët », Bull. act. Lamy droit de l'informatique et des réseaux, n° 104, juin 1998, p. 11, not. p. 11 : « *le plus important est de définir un système de valeurs dans la nouvelle société de l'information car "plus encore que l'avancée technique qu'il traduit, c'est le phénomène de société illustré par l'explosion d'Internet qui en constitue l'aspect le plus remarquable"* ».

133 Daniel Gutmann, « Les droits de l'homme sont-ils l'avenir du droit ? », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, PUF/Dalloz/éd. du Juris-classeur, 1ère éd., 1999, p. 329, not. p. 341.

134 Claude Lombois, *Droit pénal général*, éd. Hachette supérieur, coll. Les fondamentaux, 1994, p. 11. Dans le même sens, voir Cesare Beccaria, *Des délits et des peines*, Librairie Droz, Genève, 1965, § XLI, éd. Flammarion, Paris, 1991, p. 169 et s. : selon l'auteur, en poursuivant « *une foule d'actes indifférents* » on prévient moins de délits qu'on en crée de nouveaux. Si « *tout ce qui peut être une occasion de délits nous était interdit* », il faudrait alors « *priver l'homme de l'usage de ses sens* ». L'auteur poursuit en faisant valoir que l'incertitude des lois « *accoutume au doute quant à l'issue de toutes choses* » et des crimes en particuliers, « *ce qui ne peut que renforcer les passions qui (...) y poussent* ». Yves Mayaud écrit quant-à-lui que le respect du principe de nécessité des peines est « *une garantie de mesure dans la construction du droit pénal et dans la politique d'incrimination suivie par le législateur. Il en résulte que la définition des crimes et des délits est contrôlable, et qu'elle peut être constitutionnellement appréciée. La loi perd ainsi de son absolutisme, devenant l'instrument*

Une telle responsabilisation est d'autant plus importante à l'égard des utilisateurs d'Internet que ce réseau est d'abord facile mais de compréhension difficile, comme l'illustre M. Jacques Robert en ces termes : « être internaute, comme d'autres sont astronautes, voilà le dessein, pour ne pas dire le délire de demain ; pour certains même celui d'aujourd'hui »<sup>135</sup>. La compréhension d'une partie de cette complexité conditionne pourtant la naissance, chez les utilisateurs, de la conscience même de ce que peut être un usage responsable du réseau, conscience sans laquelle la punition ne saurait rétablir la sécurité intérieure.

Il nous semble en conséquence que la pédagogie et l'information devraient constituer des priorités de l'autorité publique. Si les valeurs protégées par la loi pénale étaient en outre hiérarchisées selon leur importance, leur protection étant idéalement conforme à cette échelle<sup>136</sup>, la politique pénale serait sans doute plus adaptée à une protection effective de la société, sans atteinte excessive aux libertés individuelles. Les citoyens sauraient en outre incontestablement reconnaître le bénéfice d'une telle politique à l'occasion des échéances électorales.

Estelle De Marco  
Docteur en droit  
Comité scientifique de Juriscom.net

---

*d'une politique réfléchie et cohérente, et la légalité y gagne en légitimité* » : Yves Mayaud, *Droit pénal général*, PUF, 1ère éd., nov. 2004, n° 23.

135 Jacques Robert, « Les réponses juridiques », manifestation de « Droit et Démocratie » sur le thème d'« Internet et les libertés », Les petites affiches n° 224, 10 nov. 1999, p. 54.

136 Nous pouvons constater que plusieurs textes de loi prévoient des sanctions ne semblant pas graduées compte tenu de l'importance des valeurs à protéger. Par exemple, l'auteur d'un délit de provocation à la haine raciale encourt un an d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende, « ou l'une de ces deux peines seulement », outre certaines peines complémentaires. Par ailleurs, l'obligation de dénonciation de certains délits par les prestataires d'hébergement de communications au public en ligne est sanctionnée d'une peine d'un an d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende, les personnes morales pouvant en être déclarées responsables et encourir à ce titre l'interdiction, pour une durée de cinq ans au plus, d'exercer directement ou indirectement l'activité professionnelle « dans l'exercice ou à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise ». La contrefaçon est quant-à-elle punie de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende. En l'état de notre législation, si ces sanctions révélaient une hiérarchie de valeurs, la contrefaçon serait donc considérée comme portant une atteinte plus grave, à l'ordre public, que le délit de provocation à la discrimination raciale. Ne pas dénoncer ce dernier délit porterait quant-à-lui une atteinte plus grave, à l'ordre public, que la provocation elle-même. Sur ces aspects, voir Estelle De Marco, précitée en note 77, n° 818.