

Les Cahiers du Conseil constitutionnel

Cahier n° 27

Décision n° 2009-580 DC – 10 juin 2009

Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet

Le projet de loi relatif à la diffusion et à la protection de la création sur internet a été délibéré en Conseil des ministres le 18 juin 2008. Il a été adopté, en première lecture, par le Sénat le 30 octobre 2008 et par l'Assemblée nationale le 2 avril 2009. Le texte établi par la commission mixte paritaire le 7 avril 2009 a été rejeté par l'Assemblée nationale le 9 avril. Après une nouvelle lecture et un nouveau vote, cette fois positif, de l'Assemblée nationale le 12 mai, le Sénat a adopté définitivement ce texte le 13 mai. Il a été déféré au Conseil par cent quatre-vingt-quatre députés le 19 mai.

La saisine mettait en cause la procédure d'examen de la loi ainsi que la conformité à la Constitution de ses articles 5, 10 et 11. Si le Conseil constitutionnel a rejeté le grief relatif à la procédure législative et admis la constitutionnalité de l'article 10 sous une réserve d'interprétation, il a déclaré contraire à la Constitution une partie des articles 5 et 11 et a formulé une réserve d'interprétation sur l'article 5.

I.- Procédure d'examen de la loi

Les auteurs de la saisine invoquaient à ce titre l'absence de clarté et de sincérité des débats parlementaires ayant conduit à l'adoption de la loi. Ils soutenaient en particulier que son élaboration et sa discussion au Parlement s'étaient exclusivement fondées « *sur des analyses avancées par le Gouvernement et dénuées de toute objectivité* » et que n'avait été produite aucune étude de nature à démontrer que les échanges de fichiers via les réseaux « pair à pair » étaient « *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* ».

Les requérants invoquaient le principe de clarté et de sincérité des débats dégagé par le Conseil constitutionnel en 2005¹ et dont la méconnaissance ne permet de

¹ Décisions n° 2005-512 DC du 21 avril 2005 sur la loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école, cons. 4 et n° 2005-526 DC du 13 octobre 2005, Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale, cons. 5 et 10.

garantir ni la règle énoncée par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, aux termes duquel : « *La loi est l'expression de la volonté générale...* », ni celle résultant du premier alinéa de l'article 3 de la Constitution, en vertu duquel : « *La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants...* ».

Ils ne pouvaient pas invoquer l'article 8 de la récente loi organique du 15 avril 2009 pris sur le fondement du troisième alinéa de l'article 39² et qui dispose que « *les projets de loi font l'objet d'une étude d'impact* ». En effet, à supposer que l'absence ou l'insuffisance d'une étude d'impact puisse être contestée sur le fondement de l'article 61 de la Constitution et non pas seulement sur celui de son article 39, alinéa 4, l'obligation d'une étude d'impact ne s'appliquera, en application de l'article 20 de la loi organique, qu'aux « *projets de loi déposés à compter du 1^{er} septembre 2009* ».

En tout état de cause, le Conseil constitutionnel a rejeté ce grief comme manquant en fait. Il a en effet constaté que les assemblées avaient disposé, comme l'attestent tant les rapports des commissions saisies au fond ou pour avis que le compte rendu des débats, d'éléments d'information suffisants.

En particulier, le projet de loi avait été précédé de négociations interprofessionnelles clôturées par la remise du rapport que la ministre de la culture et de la communication avait demandé à M. Denis Olivennes et de la signature, le 23 novembre 2007, des « accords de l'Élysée » pour le développement et la protection des œuvres et des programmes culturels sur les nouveaux réseaux. En outre, de nombreuses études réalisées par des organismes publics ou privés, tant en France qu'à l'étranger, auprès des milieux culturels ou des internautes, ont été citées dans les rapports ou lors des débats.

II.- Les article 5 et 11 de la loi

A.- Présentation générale

Les articles 5 et 11 modifient ou complètent le livre troisième du code de la propriété intellectuelle relatif aux « *Dispositions générales relatives au droit d'auteur, aux droits voisins et droits des producteurs de bases de données* » et, en particulier, son titre III relatif aux « *Procédures et sanctions* ».

L'article 5 ajoute, dans le chapitre I^{er} de ce titre III consacré aux dispositions générales, une section 3 relative à la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres

² Loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution ; décision n° 2009-579 DC du 9 avril 2009.

et la protection des droits sur internet (HADOPI). Cette nouvelle section comporte les articles L. 331-12 à L. 331-45, divisés en trois sous-sections.

La première sous-section est consacrée aux compétences, à la composition, à l'organisation et au fonctionnement de la HADOPI. Ainsi, l'article L. 331-12 crée la HADOPI en la dotant de la personnalité morale et en la qualifiant d'« *autorité publique indépendante* », ce qui ne la distingue pas, selon le Conseil constitutionnel, des autres autorités administratives indépendantes.

L'article L. 331-13 lui confie trois missions générales :

« 1° 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 utilisés pour la fourniture de services de communication au public en ligne ;

« 2° 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 ;

« 3° 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. »

L'article L. 331-15 crée deux formations distinctes au sein de la HADOPI : un « *collège* » et « *une commission de protection des droits* ». Le collège va exercer, « *sauf disposition législative contraire* », les missions confiées à la HADOPI. La commission de protection des droits devait se voir confier les compétences prévues aux articles L. 331-26 à L. 331-31 et à l'article L. 331-33, c'est-à-dire essentiellement les compétences de prévention et de sanction du « *piratage* » sur internet. Mais, comme nous le verrons plus loin, une partie de ces compétences a été déclarée contraire à la Constitution.

La composition des deux formations et les règles d'incompatibilité des neuf membres du collège et des trois membres de la commission de protection des droits, tous nommés par décret pour une durée de six ans, sont déterminées par les articles L. 331-16 à L. 331-18. Leurs principales règles de fonctionnement sont précisées par les articles L. 331-19 à L. 331-22.

La deuxième sous-section traite de la mission d'encouragement au développement de l'offre légale et d'observation de l'utilisation licite et illicite

d'œuvres et d'objets protégés par un droit d'auteur ou par un droit voisin sur les réseaux de communications électroniques.

La troisième et dernière sous-section est relative à la mission de protection des œuvres et objets auxquels est attaché un droit d'auteur ou un droit voisin. Il s'agit donc des dispositions relatives à la répression du téléchargement illégal. Cette sous-section est essentiellement consacrée à la commission de protection des droits chargée par l'article L. 331-17 de « *prendre les mesures prévues aux articles L. 331-26 à L. 331-31 et à l'article L. 331-33* ».

Quant à l'article 11, il est au cœur du dispositif puisqu'en insérant les articles L. 336-3 et L. 336-4 au sein du chapitre IV du titre III relatif aux « *Procédures et sanctions* », il définit l'obligation de surveillance de l'accès à internet et détermine les cas dans lesquels devait être exonéré de toute sanction le titulaire de l'abonnement à internet dont l'accès aurait été utilisé à des fins portant atteinte aux droits de la propriété intellectuelle.

B.- L'obligation de surveillance de l'accès à internet

L'ensemble du dispositif institué par la loi repose sur le manquement à l'obligation de surveillance de l'accès à internet institué par le premier alinéa de l'article L. 336-3 du code de la propriété intellectuelle ainsi rédigé : « *La personne titulaire de l'accès à des services de communication au public en ligne a l'obligation de veiller à ce que cet accès ne fasse pas l'objet d'une utilisation à des fins de reproduction, de représentation, de mise à disposition ou de communication au public d'œuvres ou d'objets protégés par un droit d'auteur ou par un droit voisin sans l'autorisation des titulaires des droits prévus aux livres I^{er} et II lorsqu'elle est requise.* »

Les requérants estimaient que les termes employés à cet article étaient d'une imprécision telle que le manquement défini avait été édicté en méconnaissance du principe de la légalité des délits et des peines et de l'article 34 en vertu duquel « *la loi fixe les règles concernant ... la détermination des crimes et des délits ainsi que les crimes qui leur sont applicables* ». Ils ajoutaient que la loi n'avait pas défini la frontière entre les notions de « piratage » et de « manquement à l'obligation de surveillance de sa connexion internet » et qu'elle aboutissait à créer une confusion entre, d'une part, l'infraction de partage de fichier et, d'autre part, le défaut de sécurisation de la connexion de l'abonné.

Cette obligation figurait déjà à l'article L. 335-12 du code de la propriété intellectuelle mais, d'une part, elle était dépourvue de sanction et, d'autre part, elle comportait un champ d'application moins étendu puisqu'elle ne concernait ni la mise à disposition ni la communication au public d'œuvres ou d'objets

protégés par un droit d'auteur ou par un droit voisin : « *Le titulaire d'un accès à des services de communication au public en ligne doit veiller à ce que cet accès ne soit pas utilisé à des fins de reproduction ou de représentation d'œuvres de l'esprit sans l'autorisation des titulaires des droits prévus aux livres I^{er} et II, lorsqu'elle est requise, en mettant en œuvre les moyens de sécurisation qui lui sont proposés par le fournisseur de cet accès en application du premier alinéa du I de l'article 6 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.* »

Selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel, d'une part, « *il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34* » et, d'autre part, « *l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789, lui impose d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques* »³.

Le Conseil constitutionnel a considéré que la méconnaissance de l'obligation de surveillance était énoncée en des termes suffisamment clairs et précis et se distinguait du délit de contrefaçon, même si l'une et l'autre pouvaient reposer sur les mêmes faits, à savoir la constatation d'une utilisation d'un accès internet en méconnaissance de la législation sur les droits d'auteur et droits voisins. Illicites constatés. Dans ces conditions, il a jugé qu'en édictant le premier alinéa de l'article L. 336-3 du code de la propriété intellectuelle, le législateur n'avait méconnu ni la compétence qu'il tient de l'article 34 de la Constitution, ni l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi.

C.- La répression des manquements à l'obligation de surveillance

Les articles L. 331-24 à L. 331-38 du code de la propriété intellectuelle composaient la sous-section relative à « *la mission de protection des œuvres et objets auxquels est attaché un droit d'auteur ou un droit voisin* ». Ces articles, consacrés à la commission de protection des droits, organisaient principalement le dispositif répressif institué par la loi. La commission de protection des droits est en effet chargée de mettre en œuvre la « réponse graduée », proportionnée aux manquements constatés (article L. 331-25).

L'article L.331-26 permettait à la commission de protection des droits d'adresser d'abord une recommandation à l'abonné dont l'accès à internet paraît être utilisé à des fins de contrefaçon pour l'inviter à se conformer à son obligation de surveillance de son accès. Cette recommandation peut être renouvelée, par voie électronique ou par lettre recommandée. En cas de

³ Décision n° 2008-567 DC du 24 juillet 2008, Loi relative aux contrats de partenariat, cons. 39.

renouvellement du manquement dans l'année qui suit la réception de la lettre recommandée, l'article L. 331-27 prévoyait l'étape supplémentaire : la commission pouvait « *après une procédure contradictoire* » prononcer des sanctions administratives consistant soit à suspendre l'accès au service pour une durée de deux mois à un an, soit à enjoindre le titulaire de l'abonnement à prendre des mesures de nature à prévenir le renouvellement du manquement, notamment grâce à l'installation d'un moyen de sécurisation de l'accès. En application de l'article L. 331-28, la commission pouvait, pour éviter la sanction, proposer à l'abonné une transaction comportant notamment soit une suspension de l'accès pendant un à trois mois, soit une obligation de prendre des mesures de nature à prévenir le renouvellement de l'infraction. Enfin, les articles suivants de la sous-section organisaient les modalités et les effets de ces sanctions.

Ce dispositif répressif concentrait les critiques nombreuses et argumentées des requérants. Ils estimaient, en premier lieu, que la coupure de l'accès à internet constituait une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression et de communication et que, le droit d'accéder à internet revêtant un caractère « fondamental », une autorité administrative ne pouvait être autorisée à prononcer des sanctions de nature à y porter atteinte. Les requérants soutenaient, en second lieu, que ce dispositif répressif portait gravement atteinte aux droits de la défense et contribuait à l'institution d'une présomption de culpabilité de l'internaute irréfragable et donc inconstitutionnelle.

- Nature de l'atteinte portée par les sanctions prononcées par la HADOPI

Dans sa décision du 10 juin 2009, le Conseil a jugé que le droit de se connecter à internet relève de l'exercice de la liberté de communication et d'expression. Internet peut également constituer un outil professionnel permettant l'exercice de la liberté du commerce et de l'industrie, mais, fondamentalement, au-delà des usages qu'il peut en être fait, il est d'abord un moyen de communication. C'est donc à l'exercice de la liberté énoncée à l'article 11 de la Déclaration de 1789 que le Conseil s'est référé.

La jurisprudence du Conseil constitutionnel protégeant la liberté de communication et d'expression est abondante. Dernièrement confirmée dans la décision n° 2009-577 DC du 3 mars 2009 sur la loi relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision, elle a, d'abord, pour objet de protéger cette liberté dans sa dimension « passive », le citoyen étant récepteur d'information. Cette conception a guidé le contrôle, par le Conseil constitutionnel, des lois touchant à la presse écrite, puis aux médias audiovisuels. Compte tenu du rôle que joue internet dans l'accès à l'information,

la protection constitutionnelle de la liberté de communication et d'expression, s'applique également à internet.

En outre, internet permet l'exercice de la liberté de communication dans laquelle le citoyen est émetteur d'information (dimension « active »). Le courrier électronique, le *Web 2.0*, les blogs... sont autant de formes contemporaines de la liberté de s'exprimer et de communiquer. Il y avait d'autant moins de raison de ne pas faire bénéficier ces moyens d'expression de la garantie de l'article 11 de la Déclaration de 1789 que sa lecture littérale invite d'abord à une protection de la dimension « active » de ce droit de « *parler, écrire, imprimer librement* ».

Le Conseil a eu, plus rarement, l'occasion de veiller à la protection de cette liberté d'expression dans sa dimension « active ». Néanmoins, les dispositions susceptibles de restreindre le libre choix de la langue d'expression lui ont déjà donné l'occasion de le faire (décisions n^{os} 94-345 DC du 29 juillet 1994, *Loi relative à l'emploi de la langue française*, et 99-412 DC du 15 juin 1999, *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*).

Dans sa décision du 10 juin 2009, le Conseil n'a pas seulement affirmé que l'accès à internet entre dans le champ du droit constitutionnel de s'exprimer et de communiquer librement. Il a jugé que ce droit *implique* la liberté d'accéder à internet. Pour affirmer une telle protection de la liberté de se connecter à internet, le Conseil a pris en compte l'« *état actuel* » tant des moyens de communication que du développement généralisé d'internet ainsi que la place prise par internet dans le débat démocratique et l'expression des idées et des opinions. Il s'est fondé à la fois sur l'état des technologies, sur l'état du marché (la part respective des différents moyens de communication), sur la pratique sociale actuelle qui consacre une utilisation massive d'internet par le public et, enfin, sur le rôle occupé par ce nouveau moyen de communication dans la vie démocratique et le débat public.

La reconnaissance d'une telle liberté ne revient pas à affirmer, comme le soutenaient les requérants, que l'accès à internet est un droit fondamental. Affirmer la liberté d'accéder à internet ne revient pas à garantir à chacun un droit de caractère général et absolu d'y être connecté. La portée de la décision, sur ce point, consiste à affirmer que, « *en l'état* », les atteintes à la liberté d'accéder à internet s'analysent, au regard de la Constitution, comme des atteintes à la liberté garantie par l'article 11 de la Déclaration de 1789.

- Possibilité de sanctions administratives portant atteinte à la liberté de communication

La loi déferée créait une nouvelle catégorie de sanctions administratives et instituait, pour les prononcer, une nouvelle autorité administrative indépendante.

Le développement des sanctions administratives a été abondamment décrit et étudié (en particulier par le rapport public du Conseil d'État pour 2001). Cette évolution est parfaitement résumée par un commentateur avisé :

« Il existe un pouvoir répressif inhérent à l'action administrative, lorsqu'une personne est liée à l'administration parce qu'elle exerce une activité réglementée ou une profession réglementée. Le prolongement naturel de cette réglementation est le pouvoir de sanction, notamment sous la forme du retrait d'autorisation ou retrait d'agrément. C'est le noyau dur de la répression administrative.

« Après la guerre, de nouvelles formes de sanctions administratives se développent et dont on aurait pu imaginer qu'elles ne connaîtraient jamais le jour, car elles reposent sur un transfert de pouvoir répressif du juge pénal à l'autorité administrative. Je pense aux sanctions qui constituent l'accessoire d'une obligation légale : les sanctions fiscales par exemple ou encore celles qui existent dans le code de la route.

« Le développement le plus récent et le plus spectaculaire est lié aux autorités administratives indépendantes, les autorités de régulation qui depuis environ 25 ans, disposent quasiment toutes d'un pouvoir de sanction qu'on a voulu leur confier comme le gage de l'efficacité de leur pouvoir de régulation. La nature même de ces sanctions est différente. Il y a les retraits d'autorisation classiques, il y a parfois des suspensions d'activité mais, il y a aussi les sanctions pécuniaires, et mises à part les sanctions fiscales qui ont toujours connu l'amende, le développement de la sanction pécuniaire est assez nouveau et pose d'ailleurs un certain nombre de questions sur la nature même de la sanction administrative. »⁴

Ce nouveau régime de sanction administrative constitue l'aboutissement d'une évolution qui tend à faire des sanctions administratives un équivalent de la répression pénale. Cette orientation n'est pas, en elle-même, contraire à la Constitution. Depuis sa décision relative aux pouvoirs de sanction de la Commission des opérations de bourse, le Conseil juge que : *« Le principe de la séparation des pouvoirs, non plus qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne fait obstacle à ce qu'une autorité administrative, agissant*

⁴ Mattias Guyomar *Les Petites Affiches*, 12 janvier 2006, n° 9, p. 7.

dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction dès lors, d'une part, que la sanction susceptible d'être infligée est exclusive de toute privation de liberté et, d'autre part, que l'exercice du pouvoir de sanction est assorti par la loi de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis » (décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989, cons. 6). Par la suite, le Conseil a confirmé cette orientation, la rédaction de ce « considérant de principe » évoluant légèrement (décisions n^{os} 97-389 DC du 22 avril 1997, cons 3, 2000-433 DC du 27 juillet 2000, cons. 50, et 2006-535 DC du 30 mars 2006, cons. 36).

En reprenant la motivation de principe sur les sanctions administratives, au considérant 14 de la décision n° 2009-580 DC, le Conseil a entendu souligner qu'il maintenait cette jurisprudence.

Le principe de sanctions administratives n'était donc pas en cause mais il appartenait au Conseil constitutionnel de vérifier, comme l'indique le considérant de principe, d'une part, que l'autorité administrative autorisée à prononcer ces sanctions pouvait légitimement exercer les prérogatives correspondantes et, d'autre part, que le dispositif institué respectait les exigences constitutionnelles en matière répressive.

- Les prérogatives de la HADOPI

Comme son nom l'indique, la commission de protection des droits de la HADOPI est investie de la mission de veiller à la protection des droits d'auteurs et des droits voisins.

Dans sa décision n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004, le Conseil avait reconnu « *l'objectif d'intérêt général qui s'attache à la sauvegarde de la propriété intellectuelle et de la création culturelle* » (cons. 13). Toutefois, depuis sa décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, le Conseil juge que les droits de la propriété intellectuelle, « *et notamment le droit d'auteur et les droits voisins* » figurent au nombre des « *domaines nouveaux* » du champ d'application qu'ont connu, depuis 1789, les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété (cons. 15). Le Conseil a ainsi conduit à son terme un mouvement de reconnaissance de la propriété incorporelle dans le champ de la protection constitutionnelle du droit de propriété. Ce mouvement avait été initié, à propos de la propriété des marques, par les décisions n^{os} 90-283 DC du 8 janvier 1991 (cons. 7) et 91-303 DC du 15 janvier 1992 (cons. 9). C'est d'ailleurs par une formulation proche de celle adoptée dans ces deux décisions que, dans sa décision du 10 juin 2009, le Conseil a précisé la portée de la protection constitutionnelle des droits d'auteur, compris comme « *le droit, pour les titulaires du droit d'auteur et de droits voisins, de jouir de leurs droits de*

propriété intellectuelle et de les protéger dans le cadre défini par la loi et les engagements internationaux de la France » (cons. 13).

Le dispositif déferé conduisait donc, pour lutter contre la contrefaçon sur internet et, partant, pour protéger la propriété intellectuelle, à l'institution de mesures portant atteinte à la liberté d'expression et de communication. Le législateur était bien évidemment compétent pour réaliser la conciliation délicate entre deux droits constitutionnellement protégés et placés par lui en situation de contrariété. Toutefois, cette entreprise de conciliation ne pouvait conduire à omettre la valeur particulière et éminente dans l'ordre constitutionnel de la liberté d'expression et de communication. Le Conseil a, en effet, rappelé que cette liberté « *est d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés* ».

Par le passé, le Conseil avait déduit de ce constat que le législateur ne pouvait réglementer l'exercice de cette liberté qu'en vue de le rendre plus effectif ou de le concilier avec d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle (décisions n^{os} 84-181 DC du 11 octobre 1984, cons. 37 et 94-345 DC du 29 juillet 1994, cons. 5). Toutefois, la jurisprudence du Conseil constitutionnel a, par la suite, abandonné cette position restrictive (appelée « *effet cliquet* »). Il n'en reste pas moins que les mesures portant atteinte à la liberté de communiquer et de s'exprimer sont soumises à un plein contrôle de proportionnalité du Conseil constitutionnel.

C'est l'exercice de ce contrôle qui a conduit le Conseil constitutionnel à juger que les pouvoirs confiés à la commission de protection des droits, dans le but de protéger les droits de la propriété intellectuelle, ne pouvaient être exercés par une autorité administrative.

Le Conseil a, en premier lieu, rappelé qu'une telle autorité, même indépendante, n'est pas une juridiction (cf. pour la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques décision n^o 89-271 DC du 11 janvier 1990, cons. 7). Le fait que, comme le soutenait le Gouvernement dans ses observations, cette autorité soit, dans son activité répressive, soumise aux exigences de l'article 6, paragraphe 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, était sans conséquence : l'extension à certains domaines de l'action administrative de la protection de cet article ne saurait fonder une dérogation au principe de la séparation des pouvoirs.

En deuxième lieu, le Conseil a relevé la compétence particulièrement large de la commission de protection des droits, puisqu'elle s'exerce sur la totalité de la population et non sur une catégorie particulière de personnes. Le Conseil n'a

donc pas exclu que puisse ainsi être réservé, par exemple, le cas des catégories de personnes qui voient leur liberté d'expression placée sous le contrôle de l'administration en raison d'obligations particulières auxquelles elles sont soumises (devoir de réserve des fonctionnaires) ou pour des motifs de sécurité particuliers (contrôle des détenus).

En troisième lieu, le Conseil a constaté que les mesures de sanction instituées conduisaient à la restriction de la liberté d'expression des personnes depuis leur domicile. Si la liberté individuelle, au sens de l'article 66 de la Constitution, tel que le Conseil l'interprète depuis 1999, n'était pas en cause, la « pénétration au domicile » de ces sanctions leur conférait néanmoins un caractère de gravité particulier.

En définitive, le Conseil a estimé que seule une juridiction pouvait être habilitée à prendre des mesures portant une atteinte de cette nature à la liberté d'expression et de communication.

Si ce constat pouvait, à lui seul, conduire à la censure du dispositif répressif, le Conseil a néanmoins estimé nécessaire de répondre au grief portant sur la question du respect de la présomption d'innocence et du principe de responsabilité personnelle.

- Le principe de responsabilité personnelle en matière répressive

En exigeant que l'instauration de sanctions, même administratives, respecte les « *droits et libertés constitutionnellement garantis* », le Conseil renvoie notamment aux principes de légalité des délits et des peines, de nécessité des peines, de non-rétroactivité de la loi pénale d'incrimination plus sévère ainsi que le principe du respect des droits de la défense (décisions n^{os} 89-248 DC du 17 janvier 1989, cons. 35 et 2000-433 DC du 27 juillet 2000, cons. 50).

Dans sa décision n^o 99-411 DC du 16 juin 1999, le Conseil constitutionnel a eu à apprécier le nouvel article L. 21-2 du code de la route qui rendait le titulaire du certificat d'immatriculation du véhicule redevable pécuniairement de l'amende encourue pour des contraventions à la réglementation sur les vitesses maximales autorisées et sur les signalisations imposant l'arrêt des véhicules, à moins qu'il n'établisse l'existence d'un vol ou de tout autre événement de force majeure ou qu'il n'apporte tous éléments permettant d'établir qu'il n'était pas l'auteur véritable de l'infraction.

Le Conseil constitutionnel avait reconnu valeur constitutionnelle au principe selon lequel, en matière de peines et de sanctions, nul n'est punissable que de son propre fait. « *En principe, le législateur ne saurait instituer de présomption*

de culpabilité en matière répressive ; toutefois, à titre exceptionnel, de telles présomptions peuvent être établies, notamment en matière contraventionnelle, dès lors qu'elles ne revêtent pas de caractère irréfragable, qu'est assuré le respect des droits de la défense et que les faits induisent raisonnablement la vraisemblance de l'imputabilité. »

En l'espèce, le Conseil avait admis le dispositif de responsabilité du titulaire de la « carte grise » à une triple condition :

1° Le dispositif respectait « à tout moment » des droits de la défense, notamment parce que la responsabilité pécuniaire du titulaire de la carte grise n'est qu'une présomption simple, qui peut être renversée par tout moyen de preuve ;

2° Le dispositif ne dérogeait pas au principe selon lequel « nul n'est punissable que de son propre fait » dans la mesure où le refus, par le titulaire, de désigner le tiers responsable peut s'analyser comme un refus fautif de participer à la manifestation de la vérité ou comme un défaut de surveillance de son véhicule ;

3° Le fait que la sanction était contingentée à son aspect pécuniaire, sans perte de droits (notamment pas de perte de points du permis de conduire).

Dans la décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004 (cons. 9), le Conseil constitutionnel a appliqué le même raisonnement à la responsabilité des hébergeurs des sites sur internet. Il a en effet formulé une réserve d'interprétation sur l'article 6 de la loi déférée : pour que la responsabilité pénale de l'hébergeur soit engagée, il faudrait que le caractère illicite de l'information hébergée apparaisse manifeste ou qu'un juge en ait ordonné le retrait (c'est-à-dire que ces dispositions ne sauraient avoir pour effet d'engager la responsabilité de l'hébergeur au seul motif qu'il n'aurait pas retiré une information dénoncée comme illicite par un tiers).

Le Conseil d'État a une jurisprudence très proche de celle du Conseil constitutionnel. Il applique le principe de la responsabilité du fait personnel au prononcé de sanctions administratives (CE, 25 novembre 1987, *Mme Frappier* ; CE, section, 5 juillet 2000, *Ministre de l'équipement, des transports et du logement c/ M. Chevallier*). Il n'admet qu'à titre exceptionnel des dérogations à ce principe lorsqu'un manquement distinct peut être identifié.

Enfin, en matière pénale, même dans le cas où la loi désigne comme responsable le dirigeant pour des faits commis par son préposé, cela suppose « non

seulement la commission d'une infraction par le préposé, mais également l'existence d'une faute personnelle imputable au dirigeant »⁵.

Le Conseil constitutionnel a examiné la manière dont ce principe constitutionnel de la responsabilité personnelle trouvait à s'appliquer à la loi déferée. Celle-ci était fondée, non sur la répression de l'acte de téléchargement illicite, mais sur la répression de la méconnaissance, par la personne abonnée à un accès à internet, de l'obligation de veiller à ce que cet accès ne fasse pas l'objet d'une utilisation à des fins de contrefaçon (article L. 336-3).

Selon les termes de l'article L. 331-21 du code de la propriété intellectuelle, les agents de la HADOPI étaient chargés de constater « *l'élément matériel des manquements à l'obligation* » de surveillance. Or, cet élément est constitué par l'existence d'actes de contrefaçon identifiés sur internet. La possibilité que l'abonné ne soit pas l'auteur des actes de contrefaçon posait donc la question de l'institution d'une culpabilité pour autrui dont l'abonné ne pourrait s'exonérer.

Les débats parlementaires avaient donné lieu à de longues controverses techniques sur la question de la fiabilité des moyens de sécurisation et, notamment, sur la possibilité, pour l'abonné, d'empêcher que son accès à internet ne soit utilisé par des tiers à son insu. Cette controverse s'était prolongée dans la saisine et dans les observations, notamment complémentaires, du Gouvernement.

Le Conseil constitutionnel, se gardant de trancher une telle question technique, s'est concentré sur l'examen des règles posées par le législateur pour apprécier si les conditions énoncées dans sa décision de juin 1999 étaient en l'espèce remplies.

Le Conseil a d'abord relevé qu'à la différence du dispositif adopté dans le code de la route en 1999, seul l'abonné pouvait être sanctionné : l'abonné à internet n'avait pas la possibilité de s'exonérer de sa responsabilité en désignant l'auteur des actes de « piratage ». Si « *l'élément matériel* » était commun, la différence juridique entre le délit de contrefaçon et le manquement à l'obligation de surveillance empêchait cette substitution exonératoire, même dans les hypothèses où l'identification d'un tiers auteur des actes de contrefaçon aurait été établie. Se posait donc la question de la charge de la preuve du manquement à l'obligation de surveillance : suffisait-il ou non à l'autorité de poursuite de démontrer l'existence d'un acte de contrefaçon pour apporter la preuve suffisante du manquement à l'obligation de surveillance ?

⁵ in F. Desportes et F. Le Gunehec, *Droit pénal général*, Economica, 14^e édition, § 526.

À cette difficulté d'interprétation, le deuxième alinéa de l'article L. 331-38 du code de la propriété intellectuelle apportait une réponse clairement contraire à la Constitution puisque, au travers d'un renvoi au décret, il mettait à la charge de l'abonné qui entendait se prévaloir de la deuxième cause d'exonération prévue par l'article L. 332-6 du même code, la preuve des éléments démontrant, le cas échéant, que son accès avait été frauduleusement utilisé. Il n'est pas besoin d'entrer dans le débat technique susévoqué pour constater qu'il est autrement plus difficile, pour un internaute, de savoir et, *a fortiori*, de démontrer que son accès à internet est utilisé à son insu, que, pour le propriétaire d'un véhicule, de savoir que ce dernier a été volé... Il n'y avait pas d'équivalence possible dans la « *vraisemblance de l'imputabilité* » entre ces deux situations.

Enfin, les sanctions prononcées par la HADOPI étaient privatives de droit alors qu'en 1999, le législateur avait pris soin de ne mettre à la charge du titulaire du certificat d'immatriculation que l'obligation pécuniaire au paiement de l'amende.

Ces considérations ont conduit le Conseil constitutionnel à constater que l'inversion de la charge de la preuve instituée conduisait à une présomption de culpabilité du titulaire d'accès à internet en méconnaissance des exigences résultant de l'article 9 de la Déclaration de 1789.

Sur la base de ces deux terrains (articles 11 et 9 de la Déclaration de 1789), le Conseil a donc déclaré contraires à la Constitution l'ensemble du dispositif répressif ainsi que les dispositions qui n'en étaient pas séparables.

D.- Sur le droit au respect de la vie privée

La saisine des requérants comportait un chapitre consacré à la protection de la vie privée et qui rassemblait plusieurs griefs, dont certains s'analysaient, en réalité, comme une dénonciation de l'incompétence négative du législateur (notamment l'insuffisant encadrement dans la loi des dispositifs de sécurisation de l'accès à internet, voir *infra*). S'agissant de la protection de la vie privée *stricto sensu*, le moyen invoqué par les requérants tendait à la contestation des pouvoirs reconnus à des agents privés pour surveiller le réseau internet, constater les éléments matériels des actes de contrefaçon commis sur ces réseaux et collecter des adresses des abonnés correspondant à ces actes (« adresses IP ») pour les communiquer à la HADOPI. Était donc en cause la mise en œuvre par des personnes privées de traitements de données à caractère personnel relatif à des infractions pénales.

Ces traitements n'étaient modifiés par la loi déferée qu'indirectement. C'est à l'occasion de la réforme de la législation « informatique et libertés », en 2004,

que le Parlement a admis la possibilité pour des personnes privées de mettre en œuvre des traitements de données à caractère personnel relatives à des infractions. Il l'a fait alors par deux dispositions, les 3° et 4° de l'article 9 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 modifiée relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

- Le 3° créait une dérogation générale au principe général d'interdiction des fichiers privés d'infraction au profit des « *personnes morales victimes d'infractions ou agissant pour le compte desdites victimes pour les stricts besoins de la prévention et de la lutte contre la fraude ainsi que de la réparation du préjudice subi, dans les conditions prévues par la loi* ». Le Conseil constitutionnel a censuré cette disposition pour un motif d'incompétence négative, à raison de l'imprécision des termes employés, tout en soulignant, par une réserve, que cette censure n'avait pas pour effet de priver « *d'effectivité le droit d'exercer un recours juridictionnel dont dispose toute personne physique ou morale s'agissant des infractions dont elle a été victime* » (cons. 14).

- Le 4° de la l'article 9 créait une dérogation spéciale pour les « *personnes morales mentionnées aux articles L. 321-1 et L. 331-1 du code de la propriété intellectuelle, agissant au titre des droits dont elles assurent la gestion ou pour le compte des victimes d'atteintes aux droits prévus aux livres I^{er}, II et III du même code aux fins d'assurer la défense de ces droits.* ». Compte tenu de sa finalité, cette disposition a été jugée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel au regard de deux éléments de la loi de 2004 : d'une part, les données recueillies n'acquièrent un caractère nominatif que dans le cadre d'une procédure judiciaire, d'autre part, la création du traitement est subordonnée à l'autorisation de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL).

Comme le soulignait le professeur Jean Frayssinet dans son commentaire sur cette décision⁶, le Conseil constitutionnel n'avait alors pris sa décision que parce que les « *données traitées constituent des informations utiles au juge civil ou pénal pour justifier sa saisine, orienter l'enquête, justifier la mise en œuvre de ses pouvoirs* ». « *Il faudra donc passer par le juge... il n'est pas question d'autoriser une justice privée ou l'établissement de listes noires nominatives d'internautes suspects.* »

Pour mesurer la modification apportée à ce dispositif par la loi déferée, il fallait lire ensemble, d'une part, les dispositions de l'article L. 331-24 du code de la propriété intellectuelle, qui habilite les personnes morales visées par le 4° de l'article 9 de la loi du 6 janvier 1978 à saisir la HADOPI, d'autre part, les

⁶ *Légipresse*, 2004 (216), p. 119 -123.

dispositions de l'article L. 331-21 qui habilite la HADOPI à obtenir des fournisseurs d'accès à internet les données de trafic et les informations permettant l'identification des internautes et, enfin, la modification apportée à l'article L. 34-1 du code des postes et des communications électroniques par l'article 14 de la loi déferée. Cette dernière disposition apporte une nouvelle dérogation aux règles strictes imposant aux fournisseurs d'accès un prompt effacement des données de trafic : la conservation des données pour une durée maximale d'un an est autorisée non seulement aux fins de procédures judiciaires, mais également dans la procédure applicable devant la HADOPI. Par conséquent, ces données pouvaient acquérir un caractère nominatif non seulement dans une procédure judiciaire, mais également dans une procédure administrative.

Ainsi, avec la loi déferée, le dispositif de 2004 était modifié sur un point que le Conseil constitutionnel avait considéré comme une garantie essentielle dans sa décision n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004.

La loi déferée posait donc une difficulté de nature à conduire le Conseil constitutionnel à constater la contrariété à la Constitution du dispositif tel qu'il avait été adopté par le Parlement. Toutefois, à ce stade de son raisonnement, le Conseil se devait de prendre en compte le texte tel qu'il résultait de la déclaration d'inconstitutionnalité du dispositif répressif initialement prévu par la loi déferée : la commission de protection des droits reste habilitée à adresser des recommandations aux internautes, mais ne peut plus prononcer des sanctions. Dans la phase de recommandation, la mission de la commission de protection des droits de la HADOPI devient purement préventive et non contraignante. Elle repose sur l'idée que l'envoi d'un message d'avertissement est de nature à modifier, dans une large mesure, les comportements délictueux, ne serait-ce que parce qu'il fait disparaître le sentiment d'anonymat et d'impunité qui, sur internet, peut expliquer l'ampleur des pratiques illicites. D'autre part, les chiffres avancés dans les débats sur l'ampleur du phénomène de téléchargement illégal laissaient entrevoir qu'un traitement purement judiciaire de ce phénomène pourrait conduire à des millions de poursuites.

L'intérêt de la bonne administration de la justice justifiait que les procédures puissent faire l'objet d'un traitement administratif non répressif dès lors qu'il n'était qu'un préalable à la saisine de l'autorité judiciaire. En définitive, la saisine de la HADOPI, pour la mise en œuvre de cette phase préalable, s'insérait dans un processus de saisine des juridictions compétentes.

Le Conseil a donc considéré que les exigences constitutionnelles en matière de respect de la vie privée n'étaient pas méconnues. Il a toutefois précisé, par une réserve, qu'il appartiendra à la CNIL, lorsqu'elle sera saisie pour autoriser les

traitements compte tenu de leur nouvelle finalité, de s'assurer notamment que les conditions de conservation des données seront strictement proportionnées à cette finalité, à savoir la saisine des juridictions compétentes ou la saisine de la HADOPI, à l'exception de toute autre.

Les requérants soutenaient enfin que les agents assermentés pourraient surveiller et intercepter des correspondances privées, mais la loi ne prévoyant aucune habilitation de cette nature, le moyen manquait en fait.

E.- Le renvoi à des décrets en Conseil d'État

Les auteurs de la saisine contestaient enfin la totalité des renvois faits par l'article 5 de la loi déferée à des décrets en Conseil d'État.

Compte tenu des censures des dispositions relatives aux sanctions et de la déclaration d'inséparabilité d'autres dispositions, ne restaient en définitive, à l'issue de l'examen des articles 5 et 11 de la loi déferée, qu'à examiner les renvois au pouvoir réglementaire prévus par les articles L. 331-23, alinéa 2, et L. 331-32, dernier alinéa, du code de la propriété intellectuelle.

Les requérants contestaient donc le deuxième alinéa de l'article L. 331-23 aux termes duquel : « *Dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État, la Haute Autorité attribue aux offres proposées par des personnes dont l'activité est d'offrir un service de communication au public en ligne un label permettant aux usagers de ce service d'identifier clairement le caractère légal de ces offres. Cette labellisation est revue périodiquement.* » Ils estimaient que ces dispositions donnent à la Haute Autorité le pouvoir de déterminer de manière discrétionnaire les offres qui présentent, selon elle, un caractère légal « *alors que (selon les termes de la saisine) la légalité doit par principe être présumée sauf à instaurer dans le domaine culturel un régime préventif d'autorisation préalable* ».

Ils critiquaient également les deux derniers alinéas de l'article L. 331-32 qui disposent : « *Au terme d'une procédure d'évaluation certifiée prenant en compte leur conformité aux spécifications visées au premier alinéa et leur efficacité, la Haute Autorité établit une liste labellisant les moyens de sécurisation dont la mise en œuvre exonère valablement le titulaire de l'accès de sa responsabilité au titre de l'article L. 336-3. Cette labellisation est périodiquement revue. – Un décret en Conseil d'État précise la procédure d'évaluation et de labellisation de ces moyens de sécurisation.* » Selon eux, la détermination de la procédure d'évaluation et de labellisation des moyens de sécurisation des connexions internet relevait des garanties légales propres à assurer le respect de la vie privée et ne pouvait donc être renvoyée à un décret en Conseil d'État.

Le Conseil constitutionnel n'a pas considéré que ces renvois étaient entachés d'incompétence négative.

Il a rappelé que, d'une part, que, si l'article 34 de la Constitution dispose que « *la loi fixe les règles concernant... les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques* », la mise en œuvre des garanties déterminées par le législateur relève du pouvoir exécutif (décision n° 2003-485 DC du 4 décembre 2003, cons. 31) et, d'autre part, qu'une telle attribution de compétence n'a pas pour effet de dispenser l'autorité réglementaire du respect des exigences constitutionnelles (décisions n°s 2006-545 DC du 28 décembre 2006, cons. 24, et 2008-567 DC du 24 juillet 2008, cons. 18).

Pour ce qui concerne l'attribution d'un label permettant d'identifier clairement le caractère légal des offres de service de communication en ligne, le renvoi au décret en Conseil d'État pour fixer les conditions d'attribution de ce label a pour seul objet la détermination des modalités selon lesquelles les demandes de labellisation seront reçues et instruites par la Haute Autorité. Ce sont les éditeurs des offres de contenus qui solliciteront ce label sans qu'il n'existe pour eux d'obligation. S'ils le demandent, la HADOPI sera tenue d'y répondre favorablement dès lors qu'elle constatera que les services qu'ils proposent ne portent pas atteinte aux droits d'auteur ou aux droits voisins. Elle ne dispose donc d'aucun pouvoir arbitraire.

En outre, les mesures confiées à la HADOPI n'ont qu'une portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu. Elles ne portent donc aucune atteinte aux pouvoirs que l'article 21 de la Constitution donne au Premier ministre afin d'assurer l'exécution des lois et, sous réserve des dispositions de l'article 13, d'exercer le pouvoir réglementaire (décisions n°s 2008-571 DC du 11 décembre 2008, cons. 8 et 9, et 2003-485 DC du 4 décembre 2003, cons. 31 et 32).

Par analogie, on peut noter qu'une telle procédure a été introduite par l'article 3 de la loi n° 2004-801 du 6 août 2004 à l'article 11 de la loi du 6 janvier 1978 pour permettre à la CNIL d'être saisie d'une demande de délivrance d'un label en faveur de produits ou de procédures tendant à la protection des données, après un contrôle de la conformité de ceux-ci à la loi.

Pour ce qui concerne l'évaluation et la labellisation des moyens de sécurisation, le Conseil constitutionnel a rappelé qu'elle avait pour seul objet, après la censure des dispositions relatives aux sanctions, de favoriser l'utilisation des moyens de sécurisation dont la mise en œuvre permet d'assurer la surveillance d'un accès à internet conformément aux prescriptions de l'article L. 336-3. Il n'a

décelé aucune incompétence négative. Sur un plan pratique, il serait d'ailleurs très difficile pour le législateur, compte tenu de la vitesse des évolutions technologiques, d'énumérer les caractéristiques de ces moyens de sécurisation.

III.- Sur l'article 10

L'article 10 de la loi déferée remplaçait l'article L. 336-2 du code de la propriété intellectuelle et habilitait le tribunal de grande instance à ordonner toutes mesures propres à prévenir ou à faire cesser une atteinte à un droit d'auteur ou un droit voisin, à l'encontre de toute personne susceptible de contribuer à y remédier. Les requérants dénonçaient le caractère excessivement large de ce pouvoir ainsi donné au juge et soulignaient qu'il pourrait conduire à des comportements préventifs d'autocensure.

Le mémoire du Gouvernement faisait justement observer que les termes employés par cet article pour définir les pouvoirs du juge reprenaient ceux employés au 8° du I de l'article 6 de la loi du 21 juin 2004 de confiance dans l'économie numérique et que la nouvelle disposition se substituait à la procédure sur requête prévue au 4° de l'article L. 332-1 du code de la propriété intellectuelle en apportant la garantie supplémentaire d'une procédure contradictoire *ab initio*.

Le Conseil a jugé que l'attribution de tels pouvoirs ne portait pas atteinte à la liberté d'expression et de communication. Il a seulement formulé la réserve, habituelle, consistant à rappeler qu'il appartiendra au juge de veiller au caractère proportionné des mesures qu'il ordonnera.