

Internet

Loi du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet

La « petite loi » qui aurait pu être grande

Étude par

Jean-Michel BRUGUIÈRE,

professeur à l'université de Grenoble,
directeur du CUERPI,
consultant au Cabinet Deprez, Guignot & Associés



La loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet institue une Haute autorité que le Conseil constitutionnel a privée d'une partie du pouvoir de sanction (suspension de l'accès à Internet) voulu par le législateur. Elle contient des dispositions intéressant également les droits d'auteurs des journalistes et le nouveau statut des éditeurs de presse en ligne.

1 - Circulation des œuvres sur internet : difficultés de la régulation. – Nous vivons une époque formidable. Alors que l'industrie musicale a connu une baisse de son chiffre d'affaires de 50 % en 5 ans, qu'un milliard de fichiers d'œuvres musicales et audiovisuelles échangés en France en 2006 est piraté¹, qu'un lien étroit entre cette contrefaçon de masse et le terrorisme a été mis à jour par la très respecté *Rand Corporation*², le Parlement européen compte, parmi ses membres, un nouveau député suédois issu d'un parti « Pirate » dont le programme suggère tout à la fois, l'abolition des brevets et la légalisation du *peer to peer*. L'air du temps oscille entre la jouissance sans entrave des produits culturels et la surveillance généralisée des internautes contrefacteurs. Il est bien difficile dans ces conditions de fédérer le plus grand nombre autour d'un modèle visant à protéger les œuvres circulant sur l'internet (que l'on se souvienne ici de l'épisode de la licence légale).

2 - Régulation par la technique, régulation par le marché, régulation par le droit. – Certains suggèrent de se tourner vers une régulation essentiellement technique. Comme cela a été fort bien dit, il « ne semble pas opportun de songer à ce qu'un jour un système technique soit mis en place pour empêcher le téléchargement » car « cela demeure tout simplement irréalisable »³. D'autres prédisent que le marché ré-

glera toutes les difficultés. En matière d'interopérabilité, par exemple, de compatibilité des cassettes-vidéos plus précisément, le marché a bien réussi à imposer finalement un standard : le standard VHS. Pourquoi en irait-il autrement ici ? De nombreux économistes libéraux pensent en effet qu'à partir du moment où les sites proposeront une large gamme de produits culturels, les internautes ne se livreront plus à des actes de « piratage ». En bref, il ne sera plus nécessaire de prévoir licence légale, infraction pénale, ou suspension de l'accès à l'internet.

3 - Régulation juridique – Retour sur la décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet et sur la loi du 1^{er} août 2006. – C'est pourtant bien le choix suivi par le législateur français. Conscient que le juge n'était pas disposé à prononcer les peines d'amende (ou *a fortiori* d'emprisonnement) de la contrefaçon totalement inadaptées (300 000 euros d'amende ou trois ans d'emprisonnement), celui-ci, lors des votes qui devaient aboutir à la loi du 1^{er} août 2006, s'était tourné vers une incrimination spécifique pour les internautes participant à un système d'échange de fichiers de pair à pair. Un système que le ministre de la culture de l'époque qualifiait de « réponse pénale graduée »⁴. Concrètement, dans le cadre d'un article L. 355-11 CPI, deux séries d'actes échappaient aux peines ordinaires sanctionnant les atteintes aux droits d'auteur. Il s'agissait d'abord de « la reproduction non autorisée, à des fins personnelles, d'une œuvre (mise) à disposition au moyen d'un logiciel d'échange de pair à pair ». Était ensuite

1. Chiffre mis en avant par le projet de loi création et internet. Il faut tout de même reconnaître qu'aucune étude économique sérieuse n'a à ce jour mis en évidence la corrélation directe entre le piratage des œuvres et les difficultés de telle ou telle industrie culturelle.

2. *Le Monde* 26 mars 2009.

3. H. Bitan, *Premières observations sur le projet de loi Création et internet : RLDI juill. 2008 n° 40 p. 51.* – Plus généralement sur les limites de la défense

technique des œuvres, M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur, Précis Dalloz* 2009, n° 973.

4. *JOAN CR*, 15 mars 2006, p. 1927.

visée « la communication au public, à des fins non commerciales » de l'œuvre « au moyen d'un service de communication au public en ligne », lorsque cette communication, « résulte automatiquement et à titre accessoire » de la reproduction effectuée dans les conditions précitées. Ces deux séries d'actes s'exposaient à des contraventions de première classe, pour le simple téléchargement, et de deuxième classe pour la mise en ligne (sans que l'on sache si la sanction était ou non encourue pour chaque fichier téléchargé). Ce dispositif a été censuré par le Conseil constitutionnel sur la base du principe de l'égalité devant la loi pénale. Selon les juges du Conseil, « les personnes qui se livrent, à des fins personnelles, à la reproduction non autorisée ou à la communication au public d'objets protégés au titre de ces droits sont placés dans la même situation, qu'elles utilisent un logiciel d'échange de pair à pair ou d'autres services de communication au public en ligne »⁵. Autrement dit, une contrefaçon reste une contrefaçon qu'elle soit exercée sur les réseaux ou dans le monde physique. Cette censure a été unanimement approuvée par la doctrine. La décision du Conseil constitutionnel pêche tout de même sur deux points. D'abord, il est certes vrai que le principe d'égalité est essentiel mais il suppose tout de même au préalable une criminalité de semblable nature. Or n'y a-t-il pas une différence entre le contrefacteur des pièces d'une voiture et l'internaute qui télécharge et met à disposition le dernier album de U2⁶ ? Par ailleurs, on ne peut ignorer un autre principe, posé dans la convention européenne des droits de l'homme, tout aussi important que le principe d'égalité : le principe de proportionnalité, proportionnalité ici des peines par rapport à la gravité de l'atteinte au droit d'auteur⁷. Or quel juge est-il aujourd'hui disposé à condamner un internaute à 300 000 euros d'amende ou trois ans d'emprisonnement ?

4 - Rapport Olivennes, Accords de l'Élysée et HADOPI. – L'on est donc reparti à zéro avec la mission Olivennes destinée à favoriser la conclusion d'un accord entre les professionnels de la musique, du cinéma, de l'audiovisuel et les fournisseurs d'accès et les accords de l'Élysée du 23 novembre 2007 signés par quarante-six entreprises ou organisations représentatives. Ce rapport et cet accord expriment toute la philosophie générale de la loi du 12 juin 2009 : la prévention et la régulation plutôt que la répression des internautes contrefacteurs. Les deux pièces maîtresses sont, d'une part, d'un point de vue institutionnel, la création d'une nouvelle autorité administrative indépendante, la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet (HADOPI) et, d'autre part, d'un point de vue matériel, le renforcement de l'obligation de surveillance de l'article L. 335-12 du CPI instituée par la loi du 1^{er} août 2006.

5 - Le Parlement européen et encore le Conseil constitutionnel. – Très vite le Parlement européen a manifesté une vive opposition au projet de loi. En septembre 2008, un amendement 138 (du député européen Guy Bono) au projet de directive dite « Paquet Télécom » disposait : « Qu'aucune restriction aux droits et libertés fondamentaux des utilisateurs finaux ne doit être prise sans décision préalable de l'autorité judiciaire en application notamment de l'article 11 de la charte des droits fondamentaux ». Cette position a été réitérée par le Parlement européen le 6 mai 2009 pour qui : « Garantir l'accès de tous les citoyens à internet équivaut à garantir l'accès de tous les citoyens à l'éducation et (...) un tel accès ne devrait pas être refusé comme une sanction par des gouvernements ou des sociétés privées ». Contre vents et marées le législateur français a maintenu sa position initiale. Le projet de loi a été définitivement adopté. Définitivement adoptée et fortement censurée par le conseil constitutionnel, le 10 juin 2009. Selon nos sages, en

conférant à une autorité administrative, des pouvoirs de sanction consistant à suspendre l'accès à l'internet, le législateur aurait d'une part méconnu le caractère fondamental du droit à la liberté d'expression et de communication et, d'autre part, institué des sanctions manifestement disproportionnées. Celui-ci fait valoir en outre, que les conditions de la répression institueraient une présomption de culpabilité et porteraient une atteinte caractérisée aux droits de la défense. La loi du 12 juin 2009⁸ se trouve fortement modifiée notamment sur les pouvoirs de sanctions de la nouvelle autorité et nous verrons, sur ce point, quels sont les scénarios de sortie possibles. L'on oublie néanmoins que le texte ici commenté déborde très largement cette dernière question. La loi du 12 juin 2009 comporte en effet toute une partie touchant le droit de la communication d'une grande importance pratique : chronologie des médias, nouveau statut d'éditeur de presse en ligne... C'est donc cet ensemble qu'il faut présenter (1) et interroger (2). Nous nous efforcerons de lever les (légitimes) doutes suscités par le texte et de démontrer, qu'au final, cette « petite loi » aurait bien pu devenir grande (si l'on avait notamment analysé ses dispositions avec un peu moins de passion).

1. Contenu de la loi

6 - Loi du 12 juin 2009 – Attention aux dispositions qui peuvent en cacher d'autres. – Comme nous venons de le souligner, la loi du 12 juin 2009 dont l'objectif est, d'une part, la promotion de l'offre légale des produits culturels⁹ et, d'autre part, la protection des œuvres et objets protégés par le droit de la propriété littéraire et artistique sur internet, déborde très largement les médiatiques questions de suspension de l'accès à internet. Elle comporte en effet tout un volet de droit de la communication et de la presse : chronologie des médias, statut d'éditeur de presse en ligne (A) des dispositions relatives aux droits d'auteurs des journalistes (B) et enfin les mesures de suspension de l'accès à l'internet¹⁰ (C). Les deux premiers ensembles n'ont pas été touchés par la décision du Conseil constitutionnel, le troisième, en revanche, a été substantiellement modifié.

A. - Nouvelle chronologie des médias, nouveau statut d'éditeur de presse en ligne

7 - Chronologie des médias – Un délai ramené de 6 à 4 mois. – La loi du 12 juin 2009 s'attaque tout d'abord à la question de la chronologie des médias afin de favoriser l'offre légale de contenus audiovisuels sur internet. Sur ce point, l'article 30-4 du Code de l'industrie cinématographique ramène le délai légal de 6 mois à 4. Une œuvre cinématographique peut désormais faire l'objet d'une exploitation sous forme de vidéogrammes destinés au public à l'expiration d'un délai de quatre mois à compter de la date de sortie en salles de spectacles cinématographiques. Il est toutefois possible de modifier contractuellement ce délai à la hausse, comme à la baisse. Toutefois la fixation d'un délai inférieur suppose une dérogation de la part du Centre national de la photographie. Le nouvel article 30-5 du Code de l'industrie cinématographique dispose que le contrat conclu par un

5. Cons. const., déc. n° 2006-540 DC, 27 juill. 2006 : JO 3 août 2006, p. 11541.

6. « Qui vole un bœuf, vole un œuf »... Certes. Mais n'est-ce pas ici un peu court ?

7. Sur cet argument P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 6^e éd., n° 783.

8. JO 13 juin 2009, p. 9966.

9. Ce qui explique les dispositions (CPI, art. L. 331-23 et s.) que nous ne commenterons pas, relatives à la labellisation des services de communication en ligne par l'HADOPI et permettant aux usagers d'identifier le caractère légal des offres.

10. La loi fait également une place à un intéressant dispositif d'éducation à la contrefaçon (l'article L. 312-6 du Code de l'éducation est complété par un alinéa ainsi rédigé : « Dans le cadre de ces enseignements, les élèves reçoivent une information sur les dangers du téléchargement et de la mise à disposition illicites d'œuvres ou d'objets protégés par un droit d'auteur ou un droit voisin pour la création artistique. Cf. encore L. 312-9). À rapprocher des mentions imposées aux publicités des fournisseurs d'accès selon lesquelles « Le piratage nuit à la création artistique ».

éditeur de services de médias audiovisuels à la demande pour l'acquisition de droits relatifs à la mise à disposition du public doit prévoir ce délai d'exploitation des œuvres cinématographiques. L'article 30-6 impose une obligation contractuelle similaire pour l'éditeur de services de télévision. À défaut d'accord professionnel, intervenant dans le mois suivant la publication de la loi, le délai séparant la première projection en salle de la diffusion par VOD sera identique au délai applicable à la vente ou à la location vidéogrammes c'est-à-dire désormais quatre mois.

8 - Éditeur de presse en ligne – Un professionnel, une responsabilité hybride. – La seconde innovation de la loi du 12 juin 2009 en matière de presse et de communication est la création d'un statut particulier pour le service de presse en ligne. Cette innovation se justifie avant tout pour des raisons fiscales (faire bénéficier les éditeurs de presse en ligne des mêmes avantages fiscaux que les éditeurs de presse classique¹¹). L'article 1^{er} de la loi du 1^{er} août 2006 est complété par deux alinéas. Le premier donne une définition de ce service : « *Tout service de communication au public en ligne édité à titre professionnel par une personne physique ou morale qui a la maîtrise éditoriale de son contenu, consistant en la production et la mise à disposition du public d'un contenu original, d'intérêt général, renouvelé régulièrement, composé d'informations présentant un lien avec l'actualité et ayant fait l'objet d'un traitement à caractère journalistique, qui ne constitue pas un outil de promotion ou un accessoire d'une activité industrielle ou commerciale* ». L'on aura compris que l'éditeur de service de presse en ligne¹² est désormais celui qui produit et met à disposition des contenus informationnels à titre professionnel. Cela exclut clairement les blogs et les sites personnels. La responsabilité de ces nouveaux acteurs est une responsabilité hybride. Une responsabilité éditoriale, tout d'abord, c'est-à-dire une responsabilité de plein droit, identique à celle de la presse écrite en ce qui concerne les délits de presse (puisqu'ils ont la maîtrise éditoriale du contenu). Une responsabilité atténuée, ensuite, lorsque des internautes publient un contenu illicite. Dans ce cadre, la responsabilité du directeur de la publication n'est pas engagée à titre principal du fait de cette diffusion, à moins qu'il n'ait eu effectivement connaissance des messages et qu'il n'ait pas retiré rapidement ce contenu. L'on retrouve ici les principes de la loi sur la confiance dans l'économie numérique (LCEN).

B. - Nouvelle répartition des droits d'auteur des journalistes salariés

9 - Un système organisé autour de trois ensembles. – Le deuxième volet important de la loi du 12 juin 2009 touche le droit d'auteur des journalistes. Ces dispositions reprennent les résultats des négociations issues des états généraux de la presse qui se sont tenus de fin 2008 à début 2009. L'on sait que jusqu'alors, il résultait des dispositions combinées du Code de la propriété intellectuelle (art. L. 121-8, al. 2) et du Code du travail (art. L. 7113-2) que l'employeur n'était investi des droits d'auteur du journaliste (du fait du contrat de travail) que pour une « *première publication* », de sorte que pour toute autre publication, la cession des droits devait faire l'objet d'une autorisation exprès et donner lieu à rémunération. Des accords d'entreprise étaient souvent conclus, mais le système de la « *première publication* » apparaissait quelque peu dépassé dans un contexte « *pluri-média* ». La loi prévoit désormais un système en trois ensembles. Dans le premier ensemble, l'employeur est titulaire des droits d'exploitation des œuvres des journalistes réalisées dans le cadre du « *titre de presse* ». La seule contrepartie de l'exploitation est constituée

par le salaire du journaliste, sous réserve d'une durée d'exploitation qui reste à définir selon la nature des titres (CPI, art. L. 132-36 et L. 132-37). Cette durée fera l'objet d'accords collectifs, et variera vraisemblablement selon la nature de la publication (quotidien, hebdomadaire, etc.). Dans le deuxième ensemble, la diffusion de l'œuvre dans d'autres titres de presse appartenant à la même « *famille cohérente de presse* » donnera lieu à une rémunération complémentaire mais ne nécessitera pas d'autorisation de son auteur (CPI, nouvel art. L. 123-39), ce qui suggère une sorte de licence légale. Dans le troisième ensemble, enfin, toute autre exploitation est soumise à l'accord de l'auteur et à une rémunération complémentaire (CPI, nouvel art. L. 132-40).

C. - Les mesures de suspension de l'accès à internet

10 - L'obligation de surveillance et la suspension de l'accès par une nouvelle autorité administrative. – Les mesures de suspension de l'accès à internet imaginées par le législateur sont aujourd'hui bien connues.

Rappelons tout de même l'architecture générale de la loi.

Le législateur souhaitait instituer, aux côtés des procédures civiles ou pénales de contrefaçon, un mécanisme préventif, organisé autour de la nouvelle autorité chargée de sanctionner tout manquement à une obligation de surveillance mise à la charge du titulaire d'un accès à Internet. Selon l'article L. 336-3 du CPI (remplaçant l'actuel art. L. 335-12) le titulaire d'un accès à Internet 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 la disposition ou de communication au public d'œuvres ou objets protégés par un droit d'auteur ou un droit voisin sans l'autorisation des titulaires des droits (...) lorsqu'elle est requise* ».

L'HADOPI est une autorité administrative indépendante qui vient remplacer l'Autorité de régulation des mesures techniques (ARMT) créée par la loi du 1^{er} août 2006. Au sein de l'HADOPI, prennent place deux entités : le collège et la « *commission de protection des droits* » composée exclusivement de magistrats ou de fonctionnaires chargés de fonctions juridictionnelles et assistés d'agents assermentés. C'est à cette commission qu'appartient le pouvoir d'adresser des recommandations aux internautes et de prononcer (avant la censure du Conseil constitutionnel) des sanctions à leur encontre. Plus précisément, la commission de protection des droits est saisie par des agents assermentés des faits susceptibles de constituer un manquement à l'obligation de surveillance. Elle peut adresser à l'abonné fautif des avertissements sous forme de courrier électronique. Si les agissements dénoncés persistent, la commission peut ensuite adresser une mise en demeure par lettre recommandée avec AR. Et si cela ne produit encore aucun effet, la commission peut (pouvait maintenant) alors, après une procédure contradictoire, suspendre et interdire tout accès à Internet, pendant une durée de deux mois à un an. Elle pouvait aussi notifier une injonction de prendre « *des mesures de nature à prévenir le renouvellement du manquement constaté* », le cas échéant sous astreinte. Une transaction entre la commission et l'abonné pouvait intervenir pour limiter la durée de la suspension d'accès, en contrepartie d'une obligation de prendre des mesures de nature à éviter le renouvellement du manquement constaté. La responsabilité du titulaire de l'accès ne peut être retenue s'il a mis en œuvre les « *moyens de sécurisation figurant* » sur une liste, en cas de force majeure ou d'action frauduleuse d'un tiers. Afin de rendre effectif le dispositif et notamment de garantir le respect des mesures de suspension, les fournisseurs d'accès devront vérifier, à l'occasion de la conclusion de nouveaux contrats, que le contractant n'a pas été sanctionné par le juge. Ceci suppose donc la création d'un nouveau traitement de données à caractère personnel placé sous le contrôle de l'HADOPI (CPI, art. L. 331-37).

11. Concrètement une TVA à 2,1 % et non plus à 19,6 %, une exonération de taxe professionnelle...

12. Le service de presse en ligne apparaît ainsi comme une sous-catégorie des services de communication au public en ligne.

11 - Cette présentation rapide de la loi étant faite, il convient d'envisager les nombreuses interrogations qu'elle suscite. Nous allons voir que l'on a largement amplifié certaines inquiétudes et que la censure du conseil constitutionnel n'est pas satisfaisante.

2. Les interrogations suscitées par la loi

12 - **Interrogations sur l'éditeur de presse en ligne et le droit d'auteur des journalistes salariés.** – Les interrogations suscitées par la loi du 12 juin 2009 sont nombreuses. Nous nous en tiendrons aux dispositions relatives à la partie protection de la création, non sans avoir soulevé au passage quelques questions sur le nouveau statut d'éditeur de presse en ligne, d'une part, et les droits d'auteur des journalistes, d'autre part.

La définition de l'éditeur de presse en ligne intrigue à plusieurs titres. L'on peut en effet se demander ce qu'il faut entendre par « *contenu original* » ? Doit-on ici se référer au langage courant ou à l'originalité du droit d'auteur (puisque ce droit a vocation à protéger les contenus mis en ligne). De semblables questions peuvent être posées sur les critères de « *traitement à caractère journalistique* » ou « *d'intérêt général* ». Nous sommes impatients de savoir quel contenu ne sera pas considéré comme d'intérêt général. Quant au traitement à caractère journalistique, il peut tout aussi bien s'entendre d'un contenu produit directement par un journaliste que d'un contenu simplement contrôlé, corrigé par ce professionnel de l'information. Le régime de responsabilité de cet éditeur semble tout aussi mystérieux. Nous avons vu que cette responsabilité n'était pas une responsabilité de plein droit « *lorsque l'infraction résulte du contenu d'un message adressé par un internaute* ». Dans ce cadre, le texte prévoit que « *le directeur (...) ne peut pas voir sa responsabilité pénale engagée comme auteur principal, s'il est établi qu'il n'avait pas effectivement connaissance du message avant sa mise en ligne ou si, dès le moment où il en a eu connaissance, il a agi promptement* ». L'on retrouve ici l'article 6-1-3 de la LCEN mais de manière tronquée. Cet article exige en effet la connaissance de l'activité ou de l'information illicites. La condition n'est pas ici reprise ce qui rend le régime de responsabilité de ces nouveaux acteurs moins sévère que dans la LCEN. Plus généralement l'on peut se demander quel intérêt il y avait à créer ici un régime de responsabilité puisque l'on sait que l'éditeur ne peut, faute de fixation préalable, voir sa responsabilité éditoriale de plein droit engagée. Concernant le droit d'auteur des journalistes, les textes risquent d'exposer les praticiens à de semblables difficultés de définition. Comment entendre par exemple « *la famille cohérente de presse* » au sein d'un groupe (qui dispense l'auteur de son autorisation de diffusion) ? L'on peut également s'interroger sur la portée de l'article L. 132-36 nouveau¹³. Est-il possible d'étendre ce texte aux journalistes qui travaillent pour des agences de presse¹⁴ ?

13. « *Sous réserve des dispositions de l'article L. 121-8, la convention liant un journaliste professionnel ou assimilé au sens des articles L. 7111-3 et suivants du code du travail, qui contribue, de manière permanente ou occasionnelle, à l'élaboration d'un titre de presse, et l'employeur emporte, sauf stipulation contraire, cession à titre exclusif à l'employeur des droits d'exploitation des œuvres du journaliste réalisées dans le cadre de ce titre, qu'elles soient ou non publiées* ».

14. Selon l'article L. 132-35 : « *On entend par titre de presse, au sens de la présente section, l'organe de presse à l'élaboration duquel le journaliste professionnel a contribué...* ». Le titre de presse est assimilé à l'organe de presse. L'organe de presse n'étant pas défini, l'on est tout naturellement conduit à considérer la loi du 1^{er} août 1986. Selon l'article 1^{er} et 2 de cette loi, l'entreprise de presse est la personne (physique ou morale) qui édite « *une publication de presse* ». Or cette publication de presse est définie comme « *Tout service utilisant un mode écrit de diffusion de la pensée mis à la disposition du public en général ou de catégories de publics et paraissant à intervalles réguliers* ». En ce sens, une agence de presse répond bien à cette condition (délivrance d'un service de diffusion de la pensée, mis à la disposition de catégories de publics avec une certaine périodicité). En

13 - **Interrogations sur les mesures de suspension de l'accès à l'internet – Aspect politique.** – Les interrogations sur les mesures de suspension de l'accès à l'internet sont de deux ordres : politique et technique¹⁵.

Sur l'aspect politique, deux points sont généralement discutés : la sévérité du dispositif, tout d'abord, son efficacité, ensuite. Certains éminents auteurs¹⁶ ont en effet pointé les dangers d'un système se révélant au final beaucoup plus sévère que le système actuel. Sous couvert de prévention, le législateur organiserait un mécanisme de sanction collectif *via* une autorité administrative. Une dépénalisation insidieuse puisque la répression serait au final plus dure... Nous ne connaissons jamais, du fait de la censure du Conseil constitutionnel, le degré de sévérité de l'HADOPI (comprendre qu'il est bien difficile de condamner un système avant même qu'il fonctionne). Une chose est certaine, en revanche. Il n'est pas difficile d'être plus sévère que le juge dans le système actuel (tant celui-ci se montre clément aujourd'hui).

Qu'en est-il de l'efficacité économique de la loi ? Sur ce point, plusieurs critiques ont pu être émises. Tout d'abord, l'on a pu souligner que la loi de diffusion et de protection de la création sur internet ne favorisait pas nécessairement le bon modèle économique (c'est-à-dire celui qui aide la diversité culturelle menacée par le piratage massif). Pour certains, le « *développement de modèles commerciaux de téléchargement de millions d'œuvres, avec pour seule contrepartie un paiement forfaitaire mensuel de faible montant, est de nature à dévaloriser les contenus artistiques dès lors que le prix payé forfaitairement est déconnecté de l'utilisation faite de chaque œuvre et que la rémunération des artistes n'est plus fonction de cette utilisation* ». Or c'est précisément ce modèle qui était défendu par le projet de loi HADOPI... Soit mais le juriste est-il le mieux placé pour désigner le bon modèle économique que la loi doit soutenir ? Nous n'en sommes pas certains. Des spécialistes de l'économie de la culture ont plus récemment déclaré dans un grand quotidien que « *l'illusion de sauver de la création par une loi inadaptée et inapplicable empêche de dégager les moyens alternatifs de financer la culture par l'acquittement d'une somme en amont de toute pratique de téléchargement* »¹⁷. Serait-ce ici, une allusion discrète à la licence légale ? Est-on bien sûr qu'elle représente l'avenir de la protection des créateurs ? L'efficacité de la loi est enfin démontrée à partir des droits étrangers. L'exemple britannique est souvent cité. L'on pouvait ainsi lire dans l'exposé des motifs de la loi qu'une « *étude récente, réalisée auprès des internautes en Grande Bretagne-pays qui envisage la mise en place d'un dispositif comparable à celui de la France (...) fait ressortir que 70 % des internautes cesseraient de télécharger à réception d'un premier message d'avertissement et 90 % à réception du second* ». Carbonnier nous a souvent invité à la méfiance vis-à-vis des droits étrangers. *A beau mentir qui vient de loin...* Le Royaume Uni, après avoir commencé à suivre l'exemple français l'été 2008, a fait marche arrière et refléchi aujourd'hui à un modèle alternatif. Le chiffre cité dans l'exposé des motifs est en fait extrait d'un sondage effectué en Angleterre... La Norvège, l'Allemagne ou les États-Unis ont émis les mêmes réserves après avoir envisagé d'adopter un système similaire à celui de la

contrepoint, il est bien difficile de faire jouer les articles L. 132-39 et L. 132-40 aux agences de presse (sociétés qui éditent plusieurs titres de presse, cession de l'œuvre, hors du titre de presse initial...). Il est donc fortement conseillé d'insérer une clause au sein des contrats de travail pour se rattacher au nouveau statut légal.

15. Nous nous inspirons ici de la lumineuse distinction proposée par Cornu entre la politique législative et la technique législative, G. Cornu, *Droit civil – Introduction, Les personnes, Les biens, Montchrestien, 12^e éd. 2005, n° 221*.

16. Nous songeons ici par exemple à Michel Vivant avec qui nous avons eu le plaisir de discuter de ce point à l'occasion de l'écriture de notre ouvrage sur le droit d'auteur.

17. F. Benhamou et B. Ory-Lavollée, *Loi création et Internet : que faire maintenant ? Le Figaro 15 juin 2009*.

France, l'Italie, l'Irlande ou le Canada, en revanche, sont assez proches de la position française. L'on voit bien qu'il est difficile de se faire une opinion précise de l'efficacité de la riposte graduée à partir d'arguments économiques ou d'exemples étrangers. Voilà pourquoi nous préférons interroger la loi dans sa seule dimension technique.

14 - Interrogations sur les mesures de suspension de l'accès à l'internet. Aspect technique. – À nous en tenir aux seules interrogations techniques, trois séries méritent d'être isolées : celles qui touchent la matière pénale (A), celles qui touchent la matière civile (B), enfin celles qui touchent les droits et libertés fondamentaux (C) ¹⁸.

A. - Interrogations touchant la matière pénale

15 - Diversités des questions. – Sur la matière pénale, la loi relative à la diffusion et à la protection de la création sur internet a pu poser deux séries de questions. En amont, le dispositif imaginé respecte-t-il bien le principe de la séparation des fonctions de poursuite et d'instruction ? En aval comment peut-on traiter cette mesure de suspension de l'accès à l'internet, aujourd'hui retirée du pouvoir de l'HADOPI (sur les raisons de ce retrait, cf. *infra* § 17) ?

16 - Séparation des poursuites et de l'instruction. – Sur le premier point, selon certains auteurs, le projet de loi « est source d'interrogations notamment quant au respect d'un principe essentiel du point de vue processuel, à savoir la séparation des fonctions de poursuite et d'instruction » ¹⁹. Cette opinion, comme nous avons eu l'occasion de le dire ²⁰, nous semble bien rapide. L'article L. 331-24 prévoit que « la commission de protections des droits agit sur saisine d'agents assermentés » désignés parmi des organismes de défense professionnelle, des sociétés d'auteurs, le procureur de la république... Il est dit par ailleurs à l'article L. 331-21 que « pour l'exercice, par la commission de protections des droits, de ses attributions, la Haute autorité dispose d'agents publics habilités par le Président de la Haute Autorité ». Ces agents publics au service de la commission de protection des droits (composée, selon l'article L. 331-17, de trois magistrats) sont donc différenciés des agents assermentés susceptibles de saisir la nouvelle entité. Ceux qui saisissent et ceux qui constatent ne sont pas les mêmes, il n'y a donc pas de risque de remise en cause du principe de séparation des fonctions de poursuite et d'instruction. Plus fondamentalement, il n'est pas certain que les agents visés à l'article L. 331-24 réalisent des poursuites, au sens pénal (ils se contentent de saisir la commission) et que les agents de l'article L. 331-21 mettent en œuvre une instruction. Le texte souligne qu'ils « procèdent à l'examen des faits et constatent la matérialité des manquements à l'obligation définie à l'article L. 336-3 ». Tout ceci se fait, il est vrai avec des prérogatives importantes, mais sous le contrôle de la commission qui est composée de trois juges. Ceux qui « poursuivent » ne sont pas donc ceux qui « instruisent » et ceux qui sanctionnent (avant la censure du Conseil constitutionnel) ne sont pas ceux qui « poursuivent » ou « instruisent ». Nous ne voyons donc pas de menace des principes de la procédure pénale. Les requérants ayant saisi le conseil constitutionnel n'ont rien trouvé à dire de ce dispositif. La doctrine hostile à cette loi, n'a jamais réitéré pareille critique. Si l'on souhaite à tout prix intégrer ces principes dans le dispositif que nous commentons, il suffisait peut-être de considérer, comme nous l'avions suggéré ²¹, que la sanction imaginée relève de la matière pénale au sens de l'article 6 § 1 de la CEDH. Fort de cette

qualification, le juge pouvait par exemple imposer une information des internautes au cours de la procédure précédant le prononcé de la sanction.

17 - Nature de la mesure de suspension de l'accès à l'internet. – L'autre difficulté posée par la loi relative à la diffusion et la protection de la création sur internet était celle de la nature de la mesure de suspension de l'accès à l'internet susceptible d'être prononcée par l'HADOPI. Derrière cette question s'en cachaient plusieurs autres. L'HADOPI, tout d'abord, avait-elle vocation à remplacer le juge pénal ou civil ? L'exposé des motifs soulignait maladroitement que « le dispositif (...) a vocation en pratique à se substituer aux poursuites pénales actuellement encourues par les internautes ». Il est bien évident que ce n'était pas le cas, le juge pénal et le juge civil conservaient leur pleine compétence. Autrement dit, ce cumul ne devait pas inquiéter outre mesure puisqu'une autorité administrative (songeons à l'ancien conseil de la concurrence par exemple) peut parfaitement sanctionner des comportements qui relèvent en même temps du juge répressif. L'autre inquiétude, ensuite, fut celle de la double peine. À supposer que la suspension de l'accès soit bien une peine (cf. *infra* § 17) il est peu probable que les ayants droits sollicitent une condamnation pour la même personne, sur le terrain de la procédure nouvelle et pour contrefaçon. À admettre qu'ils le fassent, était-ce sanctionner deux fois le même comportement ? Nous ne le pensons pas. La personne à qui l'on retire des points suite à une infraction au code de la route peut aussi s'exposer à une sanction pénale. Il en était de même ici. Il ne sert à rien d'entretenir la confusion, comme certains l'ont largement fait, avant d'être rejoints par le Conseil constitutionnel. La vraie question, enfin, était donc bien la nature de cette mesure de suspension confiée à l'HADOPI. Le rattachement de cette mesure à la matière pénale est-elle possible ? Sommes-nous en présence d'une peine assortie d'une mesure de sûreté ? D'une sanction hybride ? Il n'est pas possible de répondre à toutes ces questions dans le cadre du présent commentaire ²². Nous observerons tout de même ici que le rattachement à la matière pénale ne posait pas de difficultés ²³ (point besoin dès lors, pour le conseil constitutionnel, de faire tomber tout l'édifice au nom d'une envahissante liberté de communication). La sanction imaginée dans la loi était composée de plusieurs éléments. La suspension est la sanction principale. Elle est prononcée à la suite du manquement à une obligation civile prédéfinie : l'obligation de surveillance. Cette « peine », si peine il y a au sens de la CEDH, est personnelle puisqu'elle frappe le seul titulaire du contrat d'accès. S'ajoute à cela la mesure d'interdiction de souscrire un contrat d'abonnement durant la période de suspension. Cela s'apparente clairement à une mesure de sûreté.

22. Pour aller plus loin, cf. B. Dreyfus, *Quelle est la nature de la mesure de suspension de l'accès à l'internet prévue par le projet de loi « Création et internet » ?* : RLDI mai 2009 n° 49, p. 96.

23. Pour dire les choses simplement, rappelés que notre droit pénal comporte des mesures qui, sans constituer des peines (édictees par le Code pénal et décidées par le juge répressif en rétribution d'un comportement prohibé) sont tout de même ressenties par leur destinataire de façon fort pénible. Nous pensons à des mesures punitives (une amende prononcée par une AAI) ou à des mesures de sûretés (mesure de désintoxication imposée à un drogué). L'article 6 § 1 de la CEDH consacre, comme on le sait, le droit de toute personne à un procès équitable lorsqu'elle est l'objet d'une « accusation en matière pénale ». Cette notion pour le juge européen est autonome c'est-à-dire qu'elle ne dépend pas de la qualification que lui donne le législateur français. Sachant que la mesure de suspension s'adresse à l'ensemble des citoyens (en prescrivant un certain comportement), qu'elle ne tend pas à la réparation pécuniaire d'un préjudice et qu'elle représente une sanction non négligeable, il pourrait être soutenu, sur la base de ces éléments dégagés notamment dans une décision de la CEDH du 24 février 1994 rendue à propos de majorations fiscales, qu'elle relève de la matière pénale (avec tout ce qui en découle, cf. *infra*). Sur cette notion et cette jurisprudence, cf. J.-C. Soyser, *Droit pénal et procédure pénale*, LGDJ, 13^e éd., p. 145 et s.

18. Il est évident qu'une telle distinction est artificielle. Les questions de droit pénal et de droit civil que nous allons exposer se nourrissent de la matière des droits fondamentaux.

19. C. Bernault, O. Brillanceau... Davsi, *Hadopi, Création et internet... De bonnes questions ? De mauvaises réponses* : D. 2008, p. 2290.

20. J.-M. Bruguière, *La riposte graduée « menace-t-elle les droits fondamentaux : Propriétés Intellectuelles 2007 n° 29*, p. 437.

21. *Chronique préc.*

18 - La suspension de l'accès à internet apparaissait ainsi comme une peine assortie d'une mesure de sûreté. Sa source ne se trouvait pas dans une infraction pénale mais dans la méconnaissance d'une obligation civile.

B. - Interrogations touchant la matière civile

19 - Responsabilité civile. Les interrogations qui touchent la matière civile sont tout aussi nombreuses que celles qui mettent en cause la matière pénale. Elles concernent avant tout la responsabilité²⁴.

20 - L'article L. 336-3 du CPI dispose, comme nous l'avons vu, que : « *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. Le manquement de la personne titulaire de l'accès à l'obligation définie au premier alinéa n'a pas pour effet d'engager la responsabilité pénale de l'intéressé* ».

Le texte institue une obligation civile de vigilance (pas de responsabilité pénale de l'intéressé souligne le texte, sur l'erreur de perspective du Conseil constitutionnel, cf. *infra* § 25).

21 - Avant la censure du Conseil, l'alinéa 2 du texte disposait : « *Aucune sanction ne peut être prise à l'égard du titulaire dans les cas suivants : 1° Si le titulaire de l'accès a mis en œuvre les moyens de sécurisation figurant sur la liste mentionnée au deuxième alinéa de l'article L. 331-32 ; 2° Si l'atteinte visée au premier alinéa est le fait d'une personne qui a frauduleusement utilisée l'accès au service de communication au public en ligne ; 3° En cas de force majeure. Le manquement de la personne titulaire de l'accès à l'obligation définie n'a pas pour effet d'engager la responsabilité pénale de l'intéressé* ». Le titulaire du contrat d'accès était ainsi responsable de « plein droit » (ou si l'on préfère tenu d'une obligation de résultat atténué) sauf s'il démontrait qu'il avait mis en œuvre certains moyens de sécurisation, qu'il était victime d'une fraude ou d'un cas de force majeure. La preuve paraissait ici difficile (mais pas impossible) *Diabolica probatio*... Les tiers dont ce titulaire pouvait être responsable étaient nombreux : les enfants, le salarié, le colocataire, le compagnon, le voisin, le dépanneur.... Ce dispositif posait donc clairement la question de son articulation avec le droit commun²⁵. Les moyens d'exonération posés dans la loi sou-

mise à l'appréciation du conseil constitutionnel restent tout de même d'actualité. Le juge admettra en effet plus facilement la responsabilité civile du titulaire d'un contrat d'accès qui n'a pris aucune mesure de sécurisation (en ce sens, le dernier alinéa de l'article L. 331-35 impose une obligation d'information aux fournisseurs d'accès sur les moyens de sécurisation). Bref, le retour au droit commun n'est pas fondamentalement différent de ce qui avait été posé dans la loi du 13 mai 2009.

C. - Interrogations touchant la matière des droits fondamentaux

22 - Décision du Conseil constitutionnel du 10 juin 2009. – La dernière matière touchée par la loi sur la diffusion et la protection de la création sur internet est celle des droits fondamentaux. Afin de raisonner de manière concrète nous nous appuyerons sur la décision du conseil constitutionnel en date du 10 juin 2009²⁶.

Le Conseil était tenu d'examiner plusieurs questions de conformité. Certaines, comme la question du renvoi à des décrets en Conseil d'État pour définir les modalités de labellisation des sites par la nouvelle autorité administrative, n'appellent aucun commentaire. D'autres mériteraient des observations particulières comme c'est le cas, par exemple, de la conciliation du droit au respect de la vie privé et de la lutte contre la contrefaçon²⁷. Nous nous en tiendrons à la censure menée sur le terrain de l'accessibilité, la liberté de communication et la présomption de culpabilité.

23 - Intelligibilité de la loi. – Selon les requérants, tout d'abord, l'obligation de surveillance de l'accès à l'internet instituée par le projet de loi serait contraire à l'exigence d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi. L'article L. 336-3 dispose que, rappelons le une nouvelles fois, le titulaire de l'accès 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 la disposition ou de communication au public d'œuvres ou objets protégés par un droit d'auteur ou un droit voisin sans l'autorisation des titulaires des droits (...) lorsqu'elle est requise* ». Pour le conseil constitutionnel cette « *définition de l'obligation est distincte de*

sauf en présence d'une faute pénale intentionnelle (arrêt *Cousin*) ou d'une délégation de pouvoirs. Autrement dit, le commettant est responsable de la faute de son préposé. Il ne dispose d'aucun moyen d'exonération hormis la force majeure ou l'abus de fonction. Le régime découlant de la loi adoptée le 13 mai semblait ici plus sévère. D'une part, en effet, le commettant, titulaire de l'abonnement, ne semblait pas pouvoir s'exonérer sur le fondement du droit commun, en excipant d'un abus de fonction, l'article L. 336-3 al. 3 n'envisageait pas cette hypothèse (alors même que les conditions posées par le juge étaient réunies : action du préposé en dehors de ses fonctions, sans l'autorisation du commettant et pour des fins étrangères à sa mission). D'autre part, il n'était pas certain que le préposé engageait personnellement sa responsabilité civile alors même qu'il se rendait coupable d'un acte de contrefaçon (et donc d'une faute pénale intentionnelle). En ce qui concerne le second régime, celui des parents du fait des enfants, l'article L. 336-3 n'apportait rien de vraiment nouveau. Les parents sont en effet déjà responsables, du fait dommageable de leurs enfants, peu important que celui-ci soit fautif (ce qui est bien le cas d'un téléchargement illicite). Ils ne peuvent s'exonérer que par la preuve de la force majeure, comme c'était le cas dans le dispositif d'origine. Tout au plus pouvait-on se réjouir d'un nouveau moyen d'exonération, à savoir, la mise en œuvre des mesures de sécurisation. Mais celui-ci risquait d'être un peu illusoire dans le cercle de famille, lorsque la connexion était partagée. Sur ces deux points donc, le nouveau régime de responsabilité semble globalement fidèle au droit commun. Nul ne s'en plaindra...

26. Sur celle-ci, notre point de vue *Loi sur la protection de la création sur internet : mais à quoi joue le conseil constitutionnel ? Dalloz à paraître*.

27. Sur cette discussion, cf notre chronique *Propriétés Intellectuelles 2007, n° 29, p. 437, « La riposte graduée » menace-t-elle les droits fondamentaux ?* Observons que le Conseil constitutionnel, sans censurer la loi, a émis une forte réserve d'interprétation conduisant à une réécriture substantielle de la loi. Les données collectées par les ayants droit des auteurs et la commission de protection des droits le sont à des fins de préparation d'une éventuelle action judiciaire ? Cf le point 28.

24. Des questions étaient également posées sur le contrat. Au lendemain de l'adoption de la loi, l'on s'était en effet demandé si la suspension de la connexion concernait également la téléphonie et la télévision dans le cadre d'abonnement *triple play*. La loi apportait ici une réponse. Selon l'art. L. 331-10, al. 3 (disposition censurée par le Conseil constitutionnel) : « *La suspension s'applique uniquement à l'accès à des services de communication au public en ligne et de communications électroniques. Lorsque ce service d'accès est acheté selon des offres commerciales composites incluant d'autres types de services, tels que des services de téléphonie ou de télévision, les décisions de suspension ne s'appliquent pas à ces services* ». Il était bien difficile d'apprécier la faisabilité technique de l'opération. De la même manière, le texte soulignait que les frais de résiliation au cours de la période de suspension sont « *supportés par l'abonné* » ou bien encore que cette suspension « *n'affecte pas, par elle-même, le versement du prix de l'abonnement au fournisseur du service* ». L'on pouvait trouver cette position bien dure. Certains y auraient peut être vu une « triple peine », il ne faut pas oublier tout de même que l'abonné a manqué à une obligation contractuelle (surveillance de son accès) et qu'il était toujours possible de plaider le caractère manifestement excessif de ce qui s'apparentait bien à une clause pénale.

25. À délaissier la responsabilité générale du fait d'autrui de l'arrêt *Blieck*, l'on pouvait en effet se demander comment articuler la responsabilité du commettant du fait des préposés ou celle des parents du fait de leurs enfants (C. civ., art. 1384, al. 4 et 5) avec ces nouveaux cas de responsabilité du fait d'autrui. L'on sait, pour le premier régime, que la Cour de cassation a consacré le principe de « l'immunité » du préposé, celui-ci ne répondant jamais de la faute commise dans l'exercice de sa mission (arrêt *Costedoat*)

celle du délit de contrefaçon » (sur les conséquences de cette observation, cf. *infra*), « elle est énoncée en des termes suffisamment clairs et précis » ; il n'y a donc pas de méconnaissance de l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi. Pareille conclusion semble ici bien rapide. Est-il en effet possible de parler d'actes de reproductions, de communication au public ou même de disposition lorsque l'œuvre n'est pas accessible ou perceptible aux sens (ce qui sera le cas dans le cadre de partage de fichiers par le biais d'un réseau P2P tant que le téléchargement n'est pas achevé, ceci sous réserve du *streaming*)²⁸.

24 - Liberté de communication. – Pour les requérants, ensuite, « en conférant à un autorité administrative, même indépendante, des pouvoirs de sanction consistant à suspendre l'accès à l'internet, le législateur aurait d'une part méconnu le caractère fondamental du droit à la liberté d'expression et de communication et, d'autre part, institué des sanctions manifestement disproportionnées ; qu'ils font valoir, en outre, que les conditions de cette répression institueraient une présomption de culpabilité et porteraient une atteinte caractérisée aux droits de la défense ». L'occasion est ainsi donnée au Conseil constitutionnel de faire le lien (assez facile) entre la liberté d'expression et l'accès à l'internet (lien déjà effectué, comme on l'a vu, par le parlement européen). De fait, les services de communication en ligne se sont développés (et souvent pour participer à la vie démocratique). En droit la liberté d'information implique bien la liberté de communication. Ce lien établi, les juges se livrent au rappel de la défense de la propriété y compris intellectuelle et la nécessité de lutte contre la contrefaçon²⁹. Jusque là, la décision mérite une entière approbation. Tout bascule au point 15. « La liberté de communication est d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie (...) les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi ». L'angle d'attaque du conseil constitutionnel est clairement affiché : la liberté de la communication. Il ne reste plus qu'à observer que la commission qui peut suspendre l'accès « n'est pas une juridiction », et que son pouvoir « n'est pas limité à une catégorie particulière de personnes »³⁰. « Dans ces conditions, eu égard à la nature de la liberté (...) le législateur ne pouvait pas (...) confier de tels pouvoirs à une autorité administrative dans le but de protéger les droits des titulaires du droit d'auteur et de droits voisins ». La propriété intellectuelle passe ainsi à la trappe. Le conseil constitutionnel ne se livre jamais à l'arbitrage des droits qu'il annonce (au point 15 avec le rappel du principe de proportionnalité), qu'il pratique (au point 21 et s avec le droit au respect de la vie privée) alors même que partout ailleurs cette recherche du juste équilibre propriété/autres valeurs est menée : par la Cour de cassation, dans l'affaire *Utrillo*³¹ ou plus récemment par la CJCE³².

25 - Présomption de culpabilité. – Le Conseil constitutionnel enfin, condamne la présomption de culpabilité mise en œuvre dans la loi. Selon les juges, l'article L. 331-8 institue, en méconnaissance des exigences de l'article 9 de la déclaration de 1789 « une présomption de culpabilité à l'encontre d'un titulaire de l'accès à internet, pouvant conduire à prononcer contre lui des sanctions privatives ou restrictives de droit ». Plus précisément le titulaire de l'accès est présumé coupable s'il ne produit pas « des éléments de nature à établir que l'atteinte (...) procède de la fraude d'un tiers » ce qui est contraire au principe de présomption d'innocence. Disons-le clairement, le Conseil constitutionnel se livre ici à une analyse très surprenante. La loi création et internet met au centre de son dispositif, comme nous l'avons vu, une obligation de surveillance à la charge des personnes ayant souscrit un abonnement (CPI, art. L. 336-3). Plus précisément, le titulaire était civilement responsable de plein droit, de son fait personnel, mais également du fait de certains tiers (cf. *supra* § 21). Le législateur a pris la peine de souligner dans cet article (*in fine*) que : « le manquement de la personne titulaire de l'accès à l'obligation définie au premier alinéa n'a pas pour effet d'engager la responsabilité pénale de l'intéressé ». Le Conseil constitutionnel, de son côté, prend la peine de relever au point 7 que « la définition de cette obligation est distincte de celle du délit de contrefaçon ». Bref, on l'aura compris, pourquoi dans ces conditions évoquer une présomption de culpabilité si nous ne sommes pas en présence d'une infraction pénale ? La loi création internet consacre une nouvelle responsabilité civile de plein droit et c'est sous cet aspect qu'il faut analyser sa conformité. Il est vrai que le législateur a été souvent maladroite. L'article L. 331-21 se réfère ainsi, comme le Conseil s'empresse de l'observer, à « la matérialité des manquements à l'obligation définie à l'article L. 336-3 ». La langue est bien celle du droit pénal. Il est vrai aussi, comme nous l'avons vu (cf. *supra* § 17) que le dispositif imaginé peut aisément être traité comme de la matière pénale au sens de la jurisprudence de la CEDH. En ce sens, le Conseil constitutionnel anticiperait une éventuelle condamnation de la Cour européenne des droits de l'homme du moins intégrerait l'évolution par laquelle la présomption d'innocence a vocation à sortir du champ étroit de la procédure pénale... Cette décision du conseil constitutionnel (même à présumer de sa part les choses les plus subtiles) ne saurait donc convaincre.

26 - Et aujourd'hui ? Retour à la case départ et prison ! Quoi qu'il en soit, à la suite de cette censure, la loi a été promulguée le 12 juin sans le dispositif de suspension de l'accès par l'HADOPI et se pose donc la question de savoir, sur ce point³³, comment les choses vont s'organiser. Au moment où nous commentons cette loi, un second texte sur « la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet » a été examiné en conseil des ministres. Celui-ci prévoit de confier au juge correctionnel le pouvoir de suspendre l'accès à internet et de prononcer les peines classiques de la contrefaçon (amende et/ou peine d'emprisonnement). Tout abonnement nouveau en méconnaissance de la décision de justice est sévèrement réprimé. Afin d'éviter l'encombrement des tribunaux (que le législateur souhaitait combattre en ayant recours à l'HADOPI)³⁴, le projet de loi ayant vocation à compléter le texte du 12 juin autorise le

28. Sur ce constat, A. Singh, *Loi « création et internet » : une obligation « floue » à la charge de l'internaute ?* : D. 2009, pt de vue p. 171. – Du même auteur, *Le streaming et la loi création internet* : RLDI juin 2009 n° 50, p. 92.

29. Sur cette jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière de propriété littéraire et artistique, cf. *notre ouvrage précité*, n° 26.

30. Les trois points s'exposent ici à la critique. Les conditions dans lesquelles l'HADOPI peut suspendre l'accès ne sont jamais analysées. Le fait que l'autorité ne soit pas une juridiction n'est pas gênant si l'on entoure ses décisions de garanties juridictionnelles, comme nous nous sommes efforcés de le démontrer, cf. *supra*, avec l'article 6 § 1 de la CEDH. Enfin, il n'est pas totalement exact de dire que la suspension n'est pas limitée à une catégorie de personnes. Seuls les titulaires de l'abonnement sont directement touchés par la mesure.

31. Cass. 1^{re} civ., 13 nov. 2003 : D. 2004, *jurispr.*, p. 200, note Bouche ; JCP G 2004, II, 10080, note Geiger ; JCP E 2004, chr. 1898, § 13, obs. Zollinger ; *Propriétés Intellectuelles* 2004, n° 10, p. 549, obs. A. Lucas ; RIDA 2004, n° 200, p. 291, obs. A. Kéréver ; *Prop. ind.* 2004, comm. 8, note P. Kamina ; *Rev. Lamy dr. aff. févr.* 2004, n° 4249, obs. Costes ; *Légipresse* 2004, n° 209, III, 23, note Varet ; *Comm. électr.* 2004, comm. n° 2, note Caron ; *JurisData* n° 2003-020895. – *Jurisprudence confirmée par Cass. 1^{re} civ.*, 2 oct. 2007 : *Prop. intell.* 2008, 112, obs. Bruguière ; RIDA 2007, p. 339, obs. Sirinelli ;

Comm. com. électr. 2008, comm. 2, note Caron ; *RTD com.* 2008, p. 78, obs. Pollaud-Dulian ; *JurisData* n° 2007-040650, la liberté de communication ne l'emporte pas sur le droit d'auteur.

32. CJCE, 8^e ch, ord. 19 févr. 2009, aff. C-557/07, le respect de la vie privée ne l'emporte pas sur la protection de la propriété intellectuelle dans le cadre du nouveau droit d'information.

33. Car pour tout le reste, la loi n'a pas changé.

34. Le Conseil constitutionnel, ici encore, ne fait pas preuve d'une grande cohérence. Alors même que le recours à l'HADOPI était justifié par la volonté de désencombrer les tribunaux (une volonté que le conseil ignore lorsqu'il s'agit d'examiner l'opportunité et les pouvoirs de la nouvelle autorité administrative) les juges constatent (au point 28) que l'intervention du comité de protection « est justifiée par l'ampleur des contrefaçons

juge correctionnel à agir par voie d'ordonnance pénale (cad sans audience publique) et à siéger seul. L'idée de sanctionner l'abonné ayant fait preuve d'une « *négligence caractérisée* » dans la surveillance de son accès est encore discutée³⁵.

27 - Au final, le système qui risque d'être adopté se révèle certainement plus sévère que celui imaginé dans la loi initiale. La suspension est clairement mise au même niveau que l'amende ou la peine d'emprisonnement. Le juge ne va pas statuer publiquement et seul... Est-on bien sur que cela représente un progrès ? La loi adoptée

commises au moyen d'internet et l'utilité, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, de limiter le nombre d'infractions dont l'autorité sera saisie ». Il faudrait savoir.

35. Au vu de ce que nous avons vu plus haut, le droit commun doit suffire pour mettre en jeu la responsabilité civile du titulaire du contrat.

définitivement le 13 mai 2009 avait le mérite de sortir du tout répressif en imaginant des peines alternatives. D'autres restent à explorer : condamnation à des travaux d'intérêt général, confiscation du matériel informatique ayant permis la contrefaçon... Cette loi n'était pas parfaite mais les critiques émises à son encontre (souvent par ceux qui n'ont pas « digéré » le rejet de la licence légale) ont été souvent excessives. En attendant l'adoption de cette « grande loi » qui nous ramène au droit commun répressif, la contrefaçon sur internet se poursuit. Comme cela a été récemment souligné dans un grand quotidien par un ancien Ministre de la culture : « *ceux qui s'en prennent plein la figure, ce sont les créateurs dont les droits d'auteur sont bafoués* ». A quand le parti de la « protection de la création » ?

Mots-Clés : Informatique - Internet - L. n° 2009-669, 12 juin 2009 - HADOPI - Commentaire