

Point de vue  
*Propriété littéraire et artistique*

## ***Loi « sur la protection de la création sur internet » : mais à quoi joue le Conseil constitutionnel ?***

par Jean-Michel Bruguière

Professeur à l'Université de Grenoble. Directeur du CUERPI

« L'angle d'attaque du Conseil constitutionnel est clairement affiché : la liberté de communication »

**I**l est de bon ton aujourd'hui de tirer à boulet rouge sur la loi de protection de la création sur internet adopté le 13 mai 2009 (aujourd'hui loi n° 2009-669 du 12 juin 2009, JO 13 juin, p. 9966) ou de saluer (ce qui revient ici au même) la décision du Conseil constitutionnel du 10 juin 2009 l'ayant censuré (n° 2009-580 DC). Qui peut être contre une « juridiction » qui défend avec tant de force la liberté de communication des internautes ou qui condamne avec tant de fermeté les présomptions de culpabilité ? L'approbation d'une telle censure est d'autant plus facile que, hier déjà, ce même Conseil constitutionnel (Déc. n° 2006-540 DC du 27 juill. 2006) avait déclaré non conforme à la Constitution, au nom du principe d'égalité devant la loi pénale, une disposition sanctionnant, par des contraventions de première et deuxième classe, le téléchargement et la mise à disposition de fichiers au moyen d'un logiciel d'échange de pair à pair (l'on sait aussi que, plus récemment, le Parlement européen s'est, à deux reprises, ouvertement opposé, au nom de la liberté de communication, au projet de loi français, cf. la tribune de A. Zollinger, *Légipresse* 2009, n° 262, I, p. 77) La doctrine intellectualiste avait alors quasi unanimement approuvé cette décision du Conseil. Nous nous étions montrés plus réservés (cf. M. Vivant et J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur, Précis Dalloz*, 2009, n° 1094). Nous le sommes aujourd'hui encore plus à la lecture de la décision du 10 juin 2009 (ce qui ne veut pas dire que nous approuvons sans réserve la loi adoptée le 13 mai 2009).

Le Conseil constitutionnel était tenu d'examiner plusieurs questions de conformité. Certaines, comme la question du renvoi à des décrets en Conseil d'Etat 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 privée et de la lutte contre la contrefaçon (ne serait-ce parce que la réserve d'interprétation adoptée par les « juges » conduit à une réécriture substantielle de la loi). Nous nous en tiendrons à la censure menée sur le terrain de l'accessibilité, la liberté de communication et la présomption de culpabilité.

Selon les requérants, tout d'abord, l'obligation de surveillance de l'accès à l'internet instituée par la loi serait contraire à l'exigence d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi. L'article L. 336-3 CPI dispose que 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 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, pour l'internaute tenu de surveiller son accès, 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*. Sur ce constat, A. Singh, *Loi « création et internet » : une obligation « floue » à la charge de l'internaute ?*, D. 2009. Point de vue 306) ?

Pour les requérants, ensuite, « en conférant à une 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 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 par le Parlement européen, cf. *supra*). 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 contrefaçon (sur cette jurisprudence constante du Conseil constitutionnel en matière de propriété littéraire et artistique, cf. notre ouvrage préc., n° 26). Jusque-là, tout va bien. 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 communication. Il ne reste plus qu'à observer que la commission qui peut suspendre l'accès (dans des conditions qui ne sont jamais évoquées) « n'est pas une juridiction » (mais en quoi était-ce gênant si l'on confère à l'internaute dont l'accès est suspendu des garanties juridictionnelles ?) et que ce pouvoir « n'est pas limité à une catégorie particulière de personnes » (ce qui n'est pas totalement exact, la sanction ne touchant directement que ceux qui ont souscrit un abonnement). « 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*, Civ 1<sup>re</sup>, 13 nov. 2003, n° 01-14.385, D. 2004. Jur. 200, note N. Bouche, la liberté de communication ne l'emporte pas sur le droit d'auteur, ou par la CJCE, 8<sup>e</sup> ch, ord., 19 févr. 2009, aff. C-557/07, D. 2009. AJ. 809, 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).

Les choses ne s'arrangent pas, enfin, avec la présomption de culpabilité. Selon le Conseil, 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 de protection de la création sur internet met au centre de son dispositif une obligation de surveillance à la charge des personnes ayant souscrit un abonnement (art. L. 336-3 CPI).

Plus précisément, le titulaire est civilement responsable de plein droit, de son fait personnel, du fait de certains tiers, des éventuelles contrefaçons réalisées grâce à cet accès sauf à invoquer certaines causes d'exonération (pour aller plus loin, cf. notre chronique, Droit de l'internet, RLDC 2009, n° 59, p. 69 s). 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 de protection de la création sur 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 maladroit. 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'avions souligné (Prop. intell. 2008, n° 29, p. 437), que le dispositif imaginé peut aisément être traité comme de la matière pénale au sens de la jurisprudence de la Cour EDH. En ce sens, le Conseil constitutionnel anticiperait une éventuelle condamnation de la Cour européenne, du moins intégrerait l'évolution par laquelle la présomption d'innocence a vocation à sortir du champ étroit de la procédure pénale...

L'on peut présumer la grande qualité juridique des décisions du Conseil constitutionnel. L'on peut aussi penser que nos sages rendent parfois des décisions purement politiques et bien dans l'air du temps du consumérisme. ■