

Position de Reporters sans frontières sur la loi Hadopi

22/10/2009

En juin dernier, le Conseil Constitutionnel a rendu une décision historique en reconnaissant qu'Internet est aujourd'hui la forme principale d'émission, de réception et d'échange d'informations.

Dans le cadre de sa mission, Reporters sans frontières souhaite rappeler que les visées répressives de la seconde mouture de la loi Hadopi risquent de mettre en péril l'accès à l'information.

Si l'accès à Internet est lié à la liberté de communication et « à son importance pour la participation à la vie démocratique et à l'expression des idées et des opinions », comme l'a souligné le Conseil dans sa dernière décision, la loi Hadopi 2 doit être écartée, comme contraire à la Constitution, car elle n'offre aucune garantie aux internautes. Bien au contraire, elle n'est qu'un simple toilettage des dispositions que les sages avaient pourtant censurées. Ne pas sanctionner cette nouvelle loi revient à réduire à néant l'avancée historique de la décision du 10 juin 2009.

Reporters sans frontières espère que le Conseil aura l'audace de jouer une nouvelle fois son rôle de gardien des libertés, en protégeant la liberté d'expression d'une loi adoptée dans l'urgence loin des débats qu'elle aurait mérités.

1 L'absence de nécessité de la loi

- **La suspension de l'accès à Internet, une sanction non adaptée et non nécessaire à l'objectif poursuivi**

Le législateur doit trouver un équilibre entre deux droits fondamentaux, le droit d'auteur, qui a trait au droit de propriété, et le droit d'accès à Internet, qui relève de la liberté d'expression. Cette conciliation implique une interprétation moderne de ces deux impératifs. La liberté de communication par Internet, active (avec le développement du web 2.0, de la messagerie électronique, des blogs, des forums) et passive (réception d'informations), est source de nombreux autres droits comme le droit à l'éducation, la liberté d'entreprendre, le droit à la santé, la liberté de pensée et d'opinion... L'accès à Internet est donc absolument indispensable pour les citoyens et la privation de ce droit ne peut être décidée que dans des circonstances exceptionnelles.

La protection du droit d'auteur, moteur de la création, peut être garantie aujourd'hui par différents moyens. Il existe d'autres solutions pour protéger efficacement la propriété littéraire et artistique, qui ne présentent aucun danger pour la liberté d'expression. Qu'il s'agisse de la licence globale ou de la "contribution créative" (il s'agit d'une contribution obligatoire, un système auquel les artistes peuvent décider d'adhérer ou non) proposée par le député socialiste Patrick Bloche, des choix sont possibles et une réflexion sur la question apparaît nécessaire, notamment dans l'intérêt des artistes.

En effet, pourquoi choisir la répression et la censure de l'Internet pour protéger les droits d'auteur, alors que ceux-ci ne vont en rien bénéficier directement d'une telle mesure contraignante ? Les

amendes seront encaissées par l'Etat et le paiement de l'abonnement suspendu, par les fournisseurs d'accès Internet (FAI). Les artistes n'y gagnent rien. Il est dommage que la proposition de l'opposition de dédier cet argent à la promotion de la création ait été rejetée.

Ainsi, dans cette balance entre ces deux droits, la liberté d'expression doit faire l'objet d'une attention toute particulière car c'est bien elle, et non le droit de propriété, qui est en danger aujourd'hui face à une lutte pour la protection des droits d'auteur qui se trompe de cible.

Au-delà de l'appréciation juridique et économique, il convient de souligner les limites techniques auxquelles se heurte Hadopi 2. L'interruption de l'accès à Internet n'empêchera et ne dissuadera pas les internautes de télécharger illégalement. La surveillance effectuée par l'Hadopi concerne le réseau *peer to peer*. Les contrôles de l'Hadopi ne pourront pas être réalisés sur d'autres plate-formes telles que les *Newsgroups* (groupe de discussion), le *Streaming* (connexion à un site Internet mettant à disposition des contenus protégés et permettant de les visualiser), ou les VPN (*Virtual Private Network* - système *peer to peer* passant non par une connexion mais par un site relais basé à l'étranger) et seront voués à l'échec sur les réseaux *peer to peer* cryptés. Ce champ d'application restreint de la loi Hadopi 1 démontre que ce mécanisme n'atteindra pas son but.

La suspension de l'accès à Internet est contraire à la Constitution, et plus particulièrement à l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen puisque portant atteinte à la liberté d'expression. Cette sanction ne peut être justifiée que si elle se révèle strictement et évidemment nécessaire et adaptée à l'objectif poursuivi.

Le dispositif de sanction prévu dans cette deuxième mouture n'est donc ni nécessaire ni adapté à l'objectif poursuivi.

En tout état de cause, si le principe de la sanction est admis par le Conseil Constitutionnel, les modalités prévues dans la loi Hadopi 2 apparaissent manifestement contraires à la Constitution.

II Création d'une nouvelle infraction contraire aux principes constitutionnels

Le nouveau délit de « négligence caractérisée » dans la sécurisation de la ligne, inscrit de toutes pièces dans la loi, est sanctionné par une amende de 1 500 euros et par la suspension de la ligne pour une durée d'un mois. L'obligation de surveillance de l'accès à Internet est consacrée à l'article L.336-3 du Code de la Propriété Intellectuelle (CPI). L'Hadopi surveillera et le juge sanctionnera par ordonnance pénale. Ce nouveau délit piétine tous les principes fondamentaux de la procédure pénale.

Qu'est-ce qu'une « négligence caractérisée »? Si le système de sécurisation est mal installé ou si les derniers moyens de protection les plus récents n'ont pas été mis en oeuvre, la négligence sera-t-elle « caractérisée »? Cette disposition viole l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, prévoyant que la loi soit établie préalablement au délit, et contredit la jurisprudence du Conseil Constitutionnel, qui exige qu'un texte de loi soit suffisamment précis. Le principe de prévisibilité de la loi est ici violé.

Les citoyens ayant de bonnes connaissances en informatique seront privilégiés alors que les autres verront planer la menace d'une suspension de leur accès pour un mois et d'une amende. Les particuliers devront configurer le système de sécurisation mais ne seront pas à l'abri d'une erreur, du fait des différentes options de programmation, d'un piratage éventuel ou tout simplement parce que l'internaute est dépassé par les nouvelles technologies. Comment prouver, de bonne foi, que la tentative de sécurisation a échoué?

En outre, il est aujourd'hui difficile, voire impossible, d'apporter une protection parfaite du Réseau et il est très aisé de contourner les outils de sécurisation des ordinateurs. Bon nombre de personnes sont capables de le faire : au-delà des frontières françaises, les pirates informatiques sont innombrables et ne peuvent pas être identifiés, encore moins poursuivis en justice (ce qui témoigne de l'absence de nécessité de cette loi).

L'exemple récent du piratage de la « Bbox » de la compagnie Darty montre la dangerosité de cette nouvelle sanction. Depuis plus d'un an, cet outil présente une anomalie et les Internaute ont découvert en septembre dernier comment la pirater : <http://www.crack-wpa.fr/forum/viewtopic.php?id=1360>.

Comment un particulier pourra-t-il contrer cette attaque, là où une entreprise n'a pu s'en protéger?

Ainsi, la loi admet implicitement qu'il est presque impossible de prouver la responsabilité de l'internaute, et fait peser contre celui-ci une présomption de culpabilité en créant de toutes pièces ce nouveau délit de "négligence caractérisée". Comment le juge pourra-t-il donc estimer souverainement la preuve de l'innocence de la personne mise en cause ? C'est ignorer la complexité de l'Internet, en faisant peser sur les internautes présents sur le sol français la responsabilité de tout le flux Internet qui transite sur leurs ordinateurs sans que ceux-ci soient forcément experts en la matière. Et si l'obtention, fortement conseillée, d'un logiciel de surveillance, spécial Hadopi, exonère de cette présomption de culpabilité contraire à la présomption d'innocence, n'y a-t-il pas là une intervention étatique illégitime dans la liberté individuelle contraire à l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen ? De nombreux logiciels et firewalls gratuits existent. Pourquoi faudrait-il acquérir celui homologué par le gouvernement pour être certain d'être en conformité avec la loi ? Si enfin celui-ci s'avère inefficace contre l'évolution des virus et l'intelligence des hackers, l'internaute bien intentionné mais non expert en informatique sera-t-il sanctionné pour n'avoir pas "suffisamment" protégé sa connexion Internet, parce qu'il n'aura pas configuré son logiciel selon les prescriptions d'Hadopi 2 ?

- **Une présomption de culpabilité injustifiée**

Le Conseil Constitutionnel a souvent rappelé qu'en matière répressive, la présomption de culpabilité est interdite, sauf dans des cas exceptionnels, notamment en matière contraventionnelle comme pour les excès de vitesse.

Le volet sanction de la loi Hadopi 2 met en oeuvre une présomption irréfragable de culpabilité. Comment faire la preuve d'un « vol » de connexion comme on pourrait prouver un vol de voiture ? Le titulaire d'accès à Internet est considéré comme coupable, jusqu'à preuve du contraire, preuve d'autant plus difficile qu'il devra lui-même l'apporter. Enfin, les difficultés techniques rendent absolument illusoire le lien entre l'adresse IP et l'imputation du délit de téléchargement illégal.

L'atteinte à la présomption d'innocence est flagrante et nous apparaît inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 9 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen.

- **L'atteinte au principe de personnalité des délits et des peines**

A la difficulté d'identifier l'auteur du délit s'ajoute l'éventualité que l'adresse IP soit volée, déviée ou, dans de nombreux cas, ne corresponde pas à l'auteur réel de l'infraction.

En outre, la sanction sera collective puisque l'accès à Internet concerne non pas seulement le prétendu auteur de l'infraction mais tous les utilisateurs de l'accès. C'est l'ensemble des locataires

d'un logement partagé, l'ensemble de la cellule familiale qui seront concernés par la sanction. Etre condamné pour un fait que l'on n'a pas commis constitue une violation des articles 7, 8 et 9 de la DDHC.

III La procédure

- **Des sanctions prononcées par ordonnance pénale, l'absence de garanties suffisantes**

Ce n'est que contraint et forcé, blessé par la censure du « volet sanction » d'un projet essentiel pour le gouvernement, que le législateur introduit l'office du juge. S'il donne l'illusion de garanties judiciaires, ce contrôle n'est sur le fond qu'un rideau de fumée destiné à masquer le caractère administratif et automatique de sa tâche. Tout est fait pour que le juge ne puisse pas exercer un contrôle réel.

Le choix de l'ordonnance pénale, alors qu'est en jeu une peine de privation d'un an d'une liberté de communication, est extrêmement dangereux. Aucune garantie n'est *in fine* apportée par rapport au projet présenté en juin dernier. Un juge unique, alors que la collégialité est le principe du système judiciaire, se prononcera sans débat et sans obligation de motivation sur des questions complexes et hors la présence de l'internaute mis en cause, c'est-à-dire sans débat contradictoire. Cette procédure express soulève des inquiétudes sur l'impartialité, l'efficacité et l'expertise nécessaires à l'examen de dossiers aussi complexes que ceux liés au téléchargement illégal.

Ces opérations ne peuvent être qualifiées de « simples comme un excès de vitesse » du fait de la complexité de l'architecture informatique. Comment déterminer l'auteur du téléchargement et découvrir l'adresse IP notamment dans le cadre des réseaux cryptés ? Comment apprécier la gravité de la suspension prononcée par rapport à la situation particulière de chaque utilisateur ?

Le juge du tribunal correctionnel sera tenu de se prononcer sur des investigations effectuées par l'Hadopi, titulaire de prérogatives de police judiciaire, pour une instruction du dossier à charge puisque c'est à l'internaute de prouver qu'il n'est pas responsable des infractions reprochées.

Du fait de l'absence de garantie attachée à la présence du juge, la loi doit être censurée au même titre et pour les mêmes raisons que Hadopi 1.

IV L'atteinte au principe d'égalité devant la loi

Le système de sanction prévu par Hadopi 2, tant pour les auteurs de téléchargement illégal que pour les internautes accusés de « mal sécuriser » leur connexion est une prime à l'internaute rusé et sans scrupules.

La surveillance effectuée par l'Hadopi concerne le réseau *peer to peer* mais ne s'appliquera pas aux systèmes plus complexes et élaborés tels que les *Newsgroupes* ou les *VPN*. Ainsi, un internaute bien informé pourra visionner en toute tranquillité un film protégé en utilisant le streaming alors qu'un autre, regardant la même oeuvre en *peer to peer*, tombera sous le coup de la loi. Et que dire de celui qui sait utiliser les « sites rebonds », qui fonctionnent grâce à des relais à l'étranger ? Seuls les internautes effectuant des téléchargements occasionnels seront sanctionnés et les internautes aguerris ne seront pas inquiétés outre mesure.

De plus, la sanction ne s'appliquera pas de la même manière entre les personnes reconnues coupables, ce qui est une atteinte au principe d'égalité devant la loi défini à l'article 6 de la

Déclaration des Droits d l'Homme et du Citoyen. La Commission mixte paritaire de l'Assemblée nationale et du Sénat a souligné que les zones groupées ne se verraient pas appliquer la sanction, car il est impossible de couper l'accès à Internet sans couper l'accès au téléphone et à la télévision. Les personnes reconnues coupables dans ces zones n'auraient pas les mêmes sanctions que les personnes reconnues coupables dans les zones dégroupées pour lesquelles la répression est possible. C'est faire le choix de rompre le principe d'égalité entre les citoyens se trouvant dans une situation identique.

La Commission mixte paritaire a également reconnu (selon le député rapporteur pour l'Assemblée Nationale, Franck Riester, <http://www.assemblee-nationale.fr/13/rapports/r1927.asp>) que l'accès à Internet ne serait pas coupé s'il est fait un usage professionnel de celui-ci par l'internaute reconnu coupable. Ainsi, le professionnel ne se verrait-il pas appliquer la même sanction que le non-professionnel. S'il est heureux que le législateur se rende compte de la dangerosité de la sanction pour les internautes, il est regrettable que cette prise de conscience ne soit que partielle. Le droit d'un particulier et d'un professionnel à la liberté d'expression reste le même. Aucun jugement de valeurs, privilège ou préférence ne doit être opéré par l'Etat et le juge dans les types et contenus d'expression. Cette discrimination est contraire aux articles 6, 10 et 11 de la DDHC.