

Étude juridique

La procédure de réponse graduée de la Hadopi

Saisine du président de la Hadopi du 24 août 2017

M. Louis Dutheillet de Lamothe et Mme Bethânia Gaschet

présentée le 14 décembre 2017

Sommaire

Remerciements.....	4
Introduction.....	5
1. L'infraction de négligence caractérisée et sa preuve.....	6
1.1 La contravention de négligence caractérisée et sa preuve.....	6
1.1.1 Définitions.....	6
1.1.2 La nécessaire caractérisation des faits.....	10
1.2 La piste d'une facilitation du constat de l'infraction.....	11
1.2.1 En l'état actuel des moyens de sécurisation et sans modification de l'infraction....	11
1.2.2 En mettant à disposition de nouveaux moyens de sécurisation et sans modification de l'infraction.....	12
1.2.3 La modification de l'infraction.....	14
1.3 L'institution d'une présomption de culpabilité ne paraît pas envisageable.....	15
2. La procédure de réponse graduée.....	19
2.1 Le recueil des données.....	19
2.1.1 Le mécanisme actuel de recueil des données.....	19
2.1.2 La contrainte européenne après l'arrêt récent de la CJUE du 21 décembre 2016 dit "Tele2 Sverige AB".....	21
2.1.3 La prise en compte de cette contrainte pour une évolution de la procédure de réponse graduée.....	22
2.2 Les avertissements préalables.....	26
2.2.1 La procédure actuelle permet de faire chuter fortement le nombre de mises à disposition illégales constatées.....	26
2.2.2 Analyse des éventuelles évolutions.....	28
3. La sanction de l'infraction.....	31
3.1. Le système actuel et les différentes évolutions envisagées.....	31
3.1.1 Dresser un bilan exact de la situation actuelle est malaisé.....	31
3.1.2 Différentes évolutions du mode de sanction ont été envisagées.....	32
3.2 La création d'une sanction administrative.....	34
3.2.1 Nature d'une éventuelle sanction administrative.....	34
3.2.2 Possibilité de fonder la sanction administrative sur les constats de mise à disposition illégale des œuvres sur internet opérés par les ayants droit	35
3.2.3 Conséquences de l'éventuelle institution d'une sanction administrative pour la Hadopi.....	40
3.2.4 Autres contraintes constitutionnelles.....	41
3.2.5 Nécessité d'une disposition législative.....	43
3.3. Les pistes pénales : amende forfaitaire ou transaction pénale par une autorité administrative.....	43
3.3.1 L'amende forfaitaire pénale	43
3.3.2. La transaction pénale à l'initiative d'une autorité administrative indépendante (AAI), en s'inspirant de la Halde et du Défenseur des droits.....	47

<u>Conclusion.....</u>	<u>50</u>
<u>Annexe : lettre de mission.....</u>	<u>51</u>

Remerciements

Les rapporteurs remercient vivement les personnes qui leur ont apporté leur concours pour mener cette étude :

- M. Frédéric Delacroix, délégué général de l'ALPA
- M. Xavier Domino, maître des requêtes au Conseil d'État
- M. David Pouchard, chargé de mission au ministère de la culture et de la communication
- M. David El Sayegh, secrétaire général de la SACEM
- M. Jean-Baptiste Gourdin, adjoint au directeur général des médias et des industries culturelles (DGMIC), au ministère de la culture
- Mme Jacqueline de Guillenchmidt, ancien membre du Conseil constitutionnel
- M. Pierre-Yves Guessant, enquêteur de la SACEM
- M. Marc Guillaume, secrétaire général du Gouvernement
- Mme Dominique Guirimand, présidente de la commission de protection des droits de l'Hadopi
- M. Frédéric Goldsmith, délégué général de l'Union des producteurs de cinéma
- M. Olivier Henrard, maître des requêtes au Conseil d'Etat
- M. Alban de Nervaux, chef du service des affaires juridiques et internationales du ministère de la culture
- M. Pierre-François Racine, président du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique
- M. Pascal Rogard, directeur général de la SACD

Introduction

La lutte contre la contrefaçon sur internet repose sur trois types d'actions principales : le développement d'une offre légale culturelle sur internet de qualité ; une action contre les sites internet dont le modèle économique repose sur l'exploitation massive de la contrefaçon, soit directement, soit en réduisant leur visibilité (notamment leur référencement sur les moteurs de recherche), soit en asséchant leurs sources de revenus (approche dite *follow the money*) ; une action, pédagogique ou répressive, auprès des internautes qui contribuent ou profitent du développement massif de la contrefaçon sur internet. Cette dernière action varie elle-même en fonction des techniques utilisées pour consulter les œuvres (pair à pair, lecture en ligne ou *streaming*, téléchargement direct...).

La présente étude se concentre sur ce troisième type d'action : la réponse apportée aux internautes qui contribuent ou profitent de la contrefaçon. Elle se limite en outre à la technique de la mise à disposition d'œuvres par des protocoles de pair à pair, qui constitue le champ d'application actuel de la procédure dite de réponse graduée mise en œuvre par la Hadopi. Elle tente d'apporter des réponses aux différentes questions formulées dans la lettre de mission du 24 août 2017 du président de la Hadopi, M. Christian Phéline. Elle est donc doublement circonscrite : d'une part, elle se limite à l'examen de la seule procédure de réponse graduée, sans examiner, notamment, la question de l'extension de l'action de la Hadopi à la lecture en ligne d'œuvres contrefaites (*streaming*) ; d'autre part, elle constitue une **analyse purement juridique**, pour cerner le champ des possibles et identifier les risques juridiques de chaque hypothèse. Ce document ne se prononce donc pas sur l'opportunité d'une évolution de la législation actuelle ni ne recommande l'un des projets de réforme étudiés. Il examine en revanche pour chacune des évolutions qui ont été envisagées, notamment concernant le mode de sanction, les conditions de leur faisabilité juridique. Il constitue ainsi un outil au service de la Hadopi ou d'autres acteurs publics ou privés, pour analyser d'éventuelles propositions de réforme de la procédure de réponse graduée.

Ces propositions n'émanent pas de la Hadopi elle-même et il a donc fallu les recenser. Les rapporteurs ont rencontré des ayants droit, des responsables en charge de ce sujet et d'autres personnes intéressées. Les principales pistes d'évolution de la procédure de réponse graduée qui ont pu être proposées dans des rapports publics¹ ou évoquées par certains acteurs de la lutte contre la contrefaçon, notamment les représentants des ayants droit, sont les suivantes :

- modifier les conditions du constat de l'infraction de négligence caractérisée, notamment pour prévoir qu'à partir d'un certain nombre de constats de mise à disposition illégale d'œuvres à partir d'un accès à internet, une procédure répressive est initiée ;
- créer, dans le même ordre d'idée, une amende forfaitaire pénale due au bout d'un certain nombre de constats ou un pouvoir de transaction pénale ;
- transformer la sanction pénale en sanction administrative ;
- mobiliser, à droit constant, les moyens alternatifs aux poursuites pour améliorer la réponse pénale apportée aux dossiers transmis par la commission de protection des droits.

¹ Rapport *L'acte 2 de l'exception culturelle* réalisé par la mission conduite par M. Pierre Lescure en mai 2013 ainsi que par le rapport d'information sénatorial du 8 juillet 2015 *La Hadopi : totem et tabou*, rapporté par M. Loïc Hervé et Mme Corinne Bouchoux pour la commission de la culture de l'éducation et de la communication.

Des ajustements plus spécifiques, qui peuvent se combiner ou non avec les projets de réforme plus importants, ont également été évoqués :

- diminuer voire supprimer le nombre d'avertissements préalables à la transmission du dossier au parquet ou à la sanction ;
- insérer dans les recommandations une information sur les œuvres dont il a été constaté qu'elles étaient illégalement mises à disposition à partir de l'accès internet de l'abonné.

Chacune de ces propositions pose un certain nombre de questions juridiques, à la fois sur le fond de ce qu'il est possible ou non de faire et sur la façon de le faire (voie législative ou voie réglementaire). La lettre de saisine pointe en particulier les obstacles constitutionnels qui pourraient s'opposer à certaines de ces évolutions, notamment du fait des décisions du Conseil constitutionnel relatives à la loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 Hadopi 1 (CC, 10 juin 2009, n° 2009-580 DC) et à la loi n° 2009-1311 du 28 octobre 2009 Hadopi 2 (CC, 22 octobre 2009, n° 2009-590). Seront également présentées les contraintes résultant de la jurisprudence européenne limitant strictement la conservation et l'utilisation des données de connexion des internautes, qui constituent des données personnelles.

Le plan de l'étude suivra le déroulement chronologique qui va de l'infraction à la sanction : il faut d'abord définir l'infraction, ses éléments constitutifs et les modes de preuve de sa commission ; sera ensuite examinée la procédure de pédagogie et de recherche de l'infraction conduite par la commission de protection des droits ; seront enfin évoquées les modalités de sanction de l'infraction lorsqu'elle paraît suffisamment établie.

1. L'infraction de négligence caractérisée et sa preuve.

Un certain nombre de questions de la saisine sont relatives à la définition de la contravention de négligence caractérisée et aux modalités de sa constatation.

1.1 La contravention de négligence caractérisée et sa preuve

1.1.1 Définitions

La définition des contraventions relève du pouvoir réglementaire. Dans le cas de la contravention de négligence caractérisée, le dispositif initial prévoyait une sanction complémentaire de suspension de l'accès à internet, dont la création relève du domaine de la loi. Cette association a entraîné un dispositif normatif complexe :

- l'article L. 336-3 du code de la propriété intellectuelle dispose que le titulaire d'un accès à des services de communication au public en ligne a une obligation spéciale de surveillance de cet accès afin d'éviter qu'il soit utilisé pour contrefaire des œuvres protégées ; l'article précise cependant qu'un manquement à cette obligation n'engage

pas la responsabilité pénale de l'intéressé, sous réserve de deux sortes d'infractions² : les délits de contrefaçon et la contravention de négligence caractérisée ;

- s'agissant de cette dernière, les articles L. 335-7-1 et L. 335-7-2 du même code prévoient la possibilité d'une peine complémentaire de suspension de l'abonnement à internet pour une contravention de négligence caractérisée, dont la définition relève cependant du décret. Pour limiter la possibilité d'une telle peine complémentaire contraventionnelle, la loi encadre la définition de cette contravention : elle ne peut être prononcée que si des faits de négligence caractérisée sont commis dans l'année qui suit l'envoi d'une recommandation de la commission de protection des droits invitant l'abonné à mettre en œuvre un moyen de sécurisation de son accès à internet, dans les conditions prévues à l'article L. 331-25 (c'est-à-dire une deuxième recommandation, par lettre remise contre signature) ;
- l'article R. 335-5 contient la définition de l'infraction suivante :

I.-Constitue une négligence caractérisée, punie de l'amende prévue pour les contraventions de la cinquième classe, le fait, sans motif légitime, pour la personne titulaire d'un accès à des services de communication au public en ligne, lorsque se trouvent réunies les conditions prévues au II :

1° Soit de ne pas avoir mis en place un moyen de sécurisation de cet accès ;

2° Soit d'avoir manqué de diligence dans la mise en œuvre de ce moyen.

II.-Les dispositions du I ne sont applicables que lorsque se trouvent réunies les deux conditions suivantes :

1° En application de l'article L. 331-25 et dans les formes prévues par cet article, le titulaire de l'accès s'est vu recommander par la commission de protection des droits de mettre en œuvre un moyen de sécurisation de son accès permettant de prévenir le renouvellement d'une utilisation de celui-ci à des fins de reproduction, de représentation ou 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 ;

2° Dans l'année suivant la présentation de cette recommandation, cet accès est à nouveau utilisé aux fins mentionnées au 1° du présent II.

Cette contravention repose donc sur l'existence, d'une part, de moyens de sécurisation de l'accès à internet et, d'autre part, de constats de mise à disposition illégale d'œuvres, opérés par le Centre national du cinéma, les organismes de défense professionnelle des ayants droit et les sociétés de perception et de répartition de leurs droits (**ci-après les « ayants droit »**), et transmis à la commission de protection des droits en application de l'article L. 331-24 du code de la propriété intellectuelle.

² Cette rédaction étrange s'explique par la reprise de la loi après la censure de la loi Hadopi 1 : à l'origine, la mention de ce que la responsabilité pénale de l'abonné n'était pas susceptible d'être engagée tendait à préciser qu'un manquement à l'obligation de surveillance ne pouvait donner lieu qu'aux sanctions administratives prononcées par la commission de protection des droits.

Ainsi que l'expliquent les premiers rapports annuels de la Hadopi et que l'écrivaient les membres de la commission de protection des droits dans un article de référence paru en 2012 (M. Imbert-Quaretta, J.-Y. Monfort, J.-B. Carpentier, « La contravention de négligence caractérisée à la lumière de la mise en œuvre de la procédure de réponse graduée », *Semaine juridique Edition générale*, n° 19, 7 mai 2012, Lexisnexis), cette contravention a une définition particulièrement complexe. Elle sanctionne :

- une omission : l'absence de mise en œuvre diligente d'un « moyen de sécurisation » de l'accès à internet pour éviter l'usage de cet accès à des fins contrefaisantes ; l'omission peut donc soit consister à ne pas avoir cherché à sécuriser l'accès à internet, soit à ne pas l'avoir fait de façon diligente.
- une omission répétée puisqu'il faut qu'elle se prolonge ou se répète après que la commission de protection des droits a envoyé les deux recommandations prévues à l'article L. 331-25 du code de la propriété intellectuelle, ce qui implique qu'une mise à disposition d'œuvres illégale ait déjà été constatée deux fois à six mois d'intervalle ;
- une omission ayant conduit, au total, à au moins trois constats de contrefaçon transmis à la commission de protection des droits et enserrés dans certains délais (six mois entre les deux premiers et un an pour le troisième).

L'élément matériel de l'infraction est ainsi particulièrement complexe. Il nous semble qu'il sanctionne un manquement à ce qui correspondrait, en droit civil, à une obligation de moyen : la mise en place diligente d'une sécurisation de l'accès à internet, après qu'on vous a informé de ce que votre abonnement est utilisé pour contrefaire des œuvres. Vous n'êtes pas sanctionnable si vous avez fait preuve de diligence suffisante dans la sécurisation de votre accès à internet, même si votre vigilance a été déjouée. Dans sa décision Hadopi 1, le Conseil constitutionnel a d'ailleurs censuré le fait que « *la réalisation d'un acte de contrefaçon à partir de l'adresse internet de l'abonné constitue la matérialité des manquements à l'obligation définie à l'article L. 336-3* », au motif que cela instituerait une présomption de culpabilité inconstitutionnelle (voir 1-4). Ce que sanctionne l'infraction, ce n'est donc pas la réitération du constat, mais le fait pour le titulaire de l'abonnement de ne pas avoir mis en place des moyens tendant à éviter sa réitération.

En outre, ce manquement particulier n'est sanctionnable que s'il a effectivement conduit à un nouvel acte illégal : la contrefaçon a de nouveau été constatée à partir de votre accès à internet.

Les auteurs de cet article de 2012 déduisaient de l'économie de ce dispositif juridique que cette infraction d'omission répétée comportait un élément moral alors que la plupart des contraventions, notamment les contraventions d'omission, n'en comportent pas et sont des infractions matérielles. Selon eux, la nécessité d'avoir rappelé deux fois l'obligation de sécuriser l'accès à internet permet de caractériser un « défaut délibéré de surveillance de l'accès à internet », une conscience de la négligence coupable.

L'infraction ne porte pas sur la contrefaçon elle-même mais sur le fait de ne pas l'avoir empêchée alors que l'abonné était averti de ce que son accès à internet était utilisé à des fins contrefaisantes et qu'il disposait de moyens le sécuriser. Dès lors, l'abonné ne peut pas se justifier en faisant valoir qu'il n'est pas lui-même l'auteur de la contrefaçon. En revanche, il pourra faire valoir, outre les faits justificatifs de droit commun, qu'il a effectivement mis en

place des moyens de sécurisation et n'a pas été négligent, ou qu'il avait un « motif légitime » pour ne pas l'avoir mis en place.³

La définition de la négligence caractérisée repose donc sur l'existence de « *moyens de sécurisation de son accès permettant de prévenir* » l'usage contrefaisant d'un accès à internet et sur l'absence de leur mise en œuvre diligente. Cette sécurisation doit se faire vis-à-vis de toutes les personnes autres que l'abonné appelées à pouvoir légitimement utiliser l'accès internet sans contrôle du titulaire de l'abonnement : conjoint, enfants, colocataires, amis...

À l'origine, était envisagée la conception de moyens de sécurisation *via* des logiciels : l'article L. 331-26 du code prévoyait ainsi que la Hadopi publierait les spécifications fonctionnelles de ces outils et pourrait les labelliser. Ce dispositif n'a pas été mis en œuvre, en l'absence, à l'époque, d'une demande économiquement viable. La définition de l'infraction ne repose donc plus sur les seuls moyens de sécurisation labellisés mais sur tout moyen de sécurisation de l'accès à internet efficace pour éviter la contrefaçon. Les principaux moyens de sécurisation recommandés par la Hadopi et accessibles au grand public sont les suivants :

- la mise en place d'une clé de sécurisation pour l'accès Wi-fi, notamment une clé WPA ou WPA2 et l'usage des possibilités offertes par les *box* pour limiter les utilisations des tiers ;
- la surveillance des programmes installés sur l'ordinateur de façon à désinstaller les logiciels de pair à pair utilisés à des fins contrefaisantes ;
- l'information et la pédagogie auprès des autres membres du foyer, sur l'existence d'une offre légale et sur l'illicéité de la contrefaçon ;
- la vigilance à l'égard des personnes appelées occasionnellement à utiliser l'accès à internet ;
- l'installation de logiciels de contrôle (surtout utilisés à l'heure actuelle pour le contrôle parental) permettant d'interdire la recherche de certains mots sur les moteurs de recherche ou bloquant une série d'adresses url. Néanmoins, l'interdiction de recherches utilisant certains mots clés (notamment « *torrent* ») apparaît aisément contournable, à moins d'allonger la liste des mots interdits à un degré tel que trop de recherches sans rapport avec de la contrefaçon sont également bloquées. Par ailleurs, il n'existe pas, d'après nos informations, de liste à jour d'url de sites massivement contrefaisants utilisés par ces logiciels.

Certains moyens plus radicaux ne peuvent concerner que l'action des parents sur leurs enfants, car on peut craindre qu'ils porteraient sinon une atteinte disproportionnée à la liberté de communication des autres membres du foyer : définition d'heures d'usage d'internet ou privation temporaire de l'accès à internet, surveillance des parents,... Dans l'article de 2012 mentionné, les membres de la CPD relevaient que « *pour la commission de protection des droits, le parent qui décide de confisquer l'ordinateur de ses enfants qui téléchargent illégalement met en œuvre un moyen de sécurisation au sens de la contravention de négligence caractérisée.* »

Il faut signaler que les entreprises disposent de moyens de sécurisation particuliers : adoption d'une charte interne, organisation de sessions de sensibilisation, gestion des droits d'installation de logiciels sur les ordinateurs par les salariés, moyens logiciels bloquant certains types d'usage pour les salariés ou les clients. Les développements qui suivent concernent d'abord le cas des particuliers.

S'agissant de ces derniers, les moyens de sécurisation disponibles sont efficaces pour éviter l'utilisation contrefaisante d'un accès à internet par des tiers non autorisés, extérieurs au

³ En pratique, la question du motif légitime ne se pose que très rarement. On peut, par exemple, penser à une personne longtemps absente de son domicile pour des raisons médicales.

foyer, qui se connecteraient par Wi-fi (notamment les voisins). En revanche, aucun de ces moyens ne permet d'empêcher simplement et totalement la contrefaçon par les membres du foyer et le cercle des familiers qui peuvent utiliser l'accès à internet, sauf à priver complètement une ou plusieurs personnes de l'accès à internet. Or il nous semble que la sécurisation de l'accès à l'internet ne peut imposer de supprimer cet accès pour les autres membres du foyer : exiger une telle forme de sécurisation reviendrait à ce que la procédure de réponse graduée aboutisse à priver une personne de son accès à internet avant l'intervention d'un juge, ce qui est précisément ce que le Conseil constitutionnel a censuré.

L'abonné ne dispose que de moyens techniques imparfaits et la sécurisation repose donc, en grande partie, sur sa surveillance. S'ajoute à cela la difficulté à sécuriser l'ensemble des terminaux mobiles qui peuvent utiliser légitimement l'accès à internet du foyer (ordinateurs portables, tablettes, ordiphones,...) lorsque le moyen de sécurisation ne porte pas sur le boîtier wi-fi lui-même (*box*).

1.1.2 La nécessaire caractérisation des faits.

A l'issue de la phase pédagogique, et si elle est saisie d'un nouveau constat, la commission de protection des droits doit porter une appréciation sur chaque cas d'espèce, pour déterminer si la contravention semble ou non établie et décider si elle transmet un dossier au procureur. « *En vertu de son pouvoir d'appréciation, la commission de protection des droits examine l'ensemble des moyens de sécurisation mis en œuvre avant de décider de transmettre éventuellement un dossier au procureur.* » (RA 2010- p. 33). Pour procéder à ce choix, la commission dispose des éléments contenus dans les constats transmis par les ayants droit et d'autres éléments recueillis au cours de la phase pédagogique de la procédure de réponse graduée.

Il n'y a pas de difficulté lorsque le titulaire d'abonnement reconnaît, dans ses observations transmises à la Hadopi, être l'auteur des faits.

Lorsque ce n'est pas le cas, un constat pris isolément établi, jusqu'à preuve du contraire, que l'accès internet de l'abonné est utilisé pour mettre à disposition illégalement des œuvres protégées⁴. En revanche, un tel constat ne prouve pas par lui-même que l'abonné a fait preuve de négligence dans la sécurisation et la surveillance de son abonnement. La répétition des constats laisse soupçonner une telle négligence mais ne la prouve pas non plus. Un certain nombre d'éléments peuvent venir conforter ce soupçon : le nombre d'œuvres contrefaites, les logiciels utilisés, le nombre des constats... Autant d'éléments qui laissent penser qu'une surveillance sérieuse de la part de l'abonné aurait permis d'éviter d'atteindre ce niveau de contrefaçon. Ces données peuvent être complétées par celles qui résultent de l'instruction par la Hadopi (observations écrites, appels, voire audition de l'intéressé). Dans un certain nombre de cas, l'abonné reconnaît être utilisateur du logiciel de pair à pair utilisé pour télécharger et mettre à disposition illégalement des œuvres, ou avoir connaissance de la contrefaçon. Dans d'autres cas, à l'inverse, l'abonné pourrait avoir fait preuve de diligences suffisantes, au regard des moyens de sécurisation disponibles, et ne serait donc pas en infraction alors qu'un nouvel acte de contrefaçon a été constaté.

⁴ Ces constats sont le fait d'agents assermentés et agréés en vertu de l'article L. 331-2 du code de la propriété intellectuelle, employés par le CNC, les organismes de défense professionnelle des ayants droit et les sociétés de perception et de répartition de leurs droits.

La caractérisation des faits, en vue d'une éventuelle transmission au parquet, nécessite donc une appréciation au cas par cas de la commission de protection des droits. Une éventuelle condamnation n'interviendra ensuite qu'après une instruction complémentaire menée par la juridiction pénale, la commission n'étant chargée que d'estimer si les faits sont susceptibles de constituer une négligence caractérisée.

1.2 La piste d'une facilitation du constat de l'infraction.

Les propositions de réforme de la réponse graduée évoquées dans la lettre de mission posent la question d'une évolution des méthodes de recherche et de constat de l'infraction. Cette évolution dépend de deux facteurs : la définition de l'infraction et les moyens de sécurisation disponibles. Elle pose la question, selon les évolutions envisagées, de la possibilité d'instituer un mécanisme de présomption de culpabilité tel qu'il existe pour certaines infractions routières.

1.2.1 En l'état actuel des moyens de sécurisation et sans modification de l'infraction

En cas d'utilisation contrefaisante d'un accès à internet, il est impossible, sans recourir à des moyens de surveillance totalement exclus d'un point de vue de la protection des libertés, de déterminer qui est l'auteur de la contrefaçon parmi les personnes susceptibles d'utiliser l'accès à internet au sein d'un foyer. Le législateur a donc institué une obligation spécifique de surveillance de l'accès à l'internet par le titulaire de l'abonnement et une infraction spéciale pour réprimer une forme caractérisée de manquement à cette obligation. Pour constater cette infraction, il faut donc partir du principe qu'on ne cherche pas à savoir qui est à l'origine de la contrefaçon et que la contrefaçon elle-même n'est pas reprochée à l'abonné. Ce que l'on cherche à constater, c'est que l'abonné n'a pas eu recours aux moyens à sa disposition pour éviter qu'une personne avec qui il a partagé son accès à internet ne commette cette contrefaçon qui consiste à communiquer à d'autres internautes, sans autorisation, une œuvre protégée.

En l'état actuel des moyens de sécurisation et des constats opérés par les ayants droit, il nous semble impossible de procéder autrement que ne le fait actuellement la commission de protection des droits. En particulier, il nous semble inutile et contre-productif de décider que tous les dossiers faisant l'objet d'un troisième constat doivent systématiquement être transmis par la commission au parquet⁵. Si rien ne fait juridiquement obstacle à cette transmission systématique, elle conduirait à transmettre des dossiers dont les éléments ne sont pas suffisants pour caractériser l'infraction. En effet, les constats effectués par les ayants droit sont ponctuels et l'installation d'un logiciel de pair à pair suivie du téléchargement d'une œuvre et de sa mise à disposition aux autres utilisateurs du logiciel peut se faire dans un temps relativement bref (parfois en moins d'une heure). Comment s'assurer que l'abonné n'a pas mis en place les moyens de sécurisation de façon sérieuse entre ces intervalles ? Au regard des moyens de sécurisation à la disposition des abonnés, qui ne peuvent éviter un usage contrefaisant de leur accès à internet que par une surveillance active des ordinateurs qui se connectent à cet accès, le fait que cette surveillance ait été prise en défaut plusieurs fois de

⁵ Ou, si la législation devait évoluer, à une autorité administrative chargée de prononcer une éventuelle sanction ou d'engager une procédure d'amende forfaitaire pénale, cf. partie 3.

façon ponctuelle, s'il rend vraisemblable la négligence, ne l'établit pas et ne la fait pas présumer de façon suffisante pour justifier une transmission systématique. La phase pédagogique et le travail d'instruction, aujourd'hui menés par la commission de protection des droits assistée des services de la Hadopi et par le parquet, sont donc indispensables.

Pour dépasser cette difficulté, sans évolution de l'infraction et des moyens de sécurisation, il faudrait agir sur les éléments dont dispose la commission de protection des droits, c'est-à-dire principalement sur les constats. La seule possibilité consisterait à effectuer ces constats de façon très régulière sur la période considérée. On pourrait alors, à partir de certains critères, dessiner des cas où, sur la base de ces très nombreux constats, la négligence caractérisée pourrait être regardée comme, sinon établie, au moins très hautement vraisemblable. En particulier, si la commission de protection des droits disposait, pour un accès à internet donné, de constats montrant que la mise à disposition illégale d'œuvres a un caractère continu, et en particulier ne cesse pas dans la période suivant la réception de ses recommandations, l'infraction serait établie par ces seuls constats.

Une telle évolution, à supposer qu'elle soit possible techniquement – ce qui est loin d'être certain - se heurterait toutefois, outre son coût, à des difficultés juridiques qui nous semblent difficilement surmontables. En effet, elle impliquerait une surveillance accrue des mises à disposition d'œuvres sur internet, dont le caractère aussi régulier, joint à la conservation des données, pourrait remettre en cause la proportionnalité du dispositif, le rendant incompatible avec la loi du 6 janvier 1978 voire, si la loi était modifiée, avec les exigences européennes et constitutionnelles (*cf.* 2.1).

1.2.2 En mettant à disposition de nouveaux moyens de sécurisation et sans modification de l'infraction

Dans l'esprit des rédacteurs de la loi Hadopi 1, l'infraction devait être plus facile à caractériser dans la mesure où seraient mis à disposition des abonnés et recommandés par la Hadopi des « moyens de sécurisation permettant de prévenir les manquements à l'obligation définis à l'article L. 226-3 » (art. L. 331-25 du CPI), c'est-à-dire permettant d'éviter un usage contrefaisant de l'accès à internet. Certains de ces moyens auraient d'ailleurs pu faire l'objet d'une labellisation officielle en vertu de l'article L. 331-26.⁶

La clé WPA (ou WPA2) constitue un tel moyen vis-à-vis d'un usage contrefaisant de l'accès par les tiers, en les empêchant d'accéder à internet par l'abonnement protégé par la clé. En revanche, aucun outil logiciel ne permet aujourd'hui à l'abonné d'empêcher les personnes avec qui il partage son accès de mettre à disposition illégalement des œuvres, au moyen de logiciels de pair à pair.

La conception de nouveaux outils de sécurisation a été évoquée lors des entretiens. Il semble, sous toutes réserves, que deux sortes principales de blocages pourraient être envisagées⁷ :

⁶ L'article L. 336-3 tel qu'il résultait de la loi Hadopi 1 prévoyait qu'il n'y avait pas manquement à l'obligation de surveillance si un moyen de sécurisation labellisé par la Hadopi avait été utilisé, quand bien même on constatait une utilisation postérieure de l'abonnement à des fins contrefaisantes. Voir. 1-4.

⁷ D'autres techniques, tel le blocage de ports ou de certains mots clés sur les moteurs de recherche ont été évoquées mais semblent poser davantage de difficultés.

- le blocage, à partir du terminal ou de la *box*, d'une liste de sites massivement contrefaisants⁸ constituant des sites annuaires ou les sites hébergeant les *torrents*. Cette solution pourrait être efficace pour lutter contre la contrefaçon en ligne, car la plus grande partie des contrefaçons provient, semble-t-il, d'une liste de sites identifiés. Elle pourrait par ailleurs s'appliquer aux sites illégaux de lecture en ligne (*streaming*). La mise en place d'un tel outil constituerait un moyen de sécurisation efficace, même s'il n'empêcherait pas tout piratage. En revanche, comme aujourd'hui, la réitération d'un constat de contrefaçon ne permettra pas de constater par elle-même une négligence, puisque les constats de mise à disposition illégale de téléchargements ne comportent pas l'indication du site internet où a été téléchargé le *torrent* ou du site-annuaire utilisé pour accéder à ce *torrent* ; il ne sera donc pas possible, au constat suivant, d'opposer avec certitude à un abonné qu'il n'a pas procédé à la mesure de sécurisation. On relèvera enfin une limite pratique, qui est que cette liste devrait être constamment mise à jour ;

- le blocage du protocole *BitTorrent* lui-même. Ce blocage serait, semble-t-il, efficace pour éviter la plus grande partie de la mise à disposition illégale par pair à pair dans la mesure où il s'agit du protocole le plus utilisé. Le constat de l'infraction serait pour sa part grandement facilité, car les constats transmis à la Hadopi contiennent l'indication du protocole utilisé. Le constat d'une nouvelle mise à disposition illégale au moyen du même protocole *BitTorrent* caractérisera donc, en principe, une négligence caractérisée telle qu'elle est définie par l'article R. 355-5. Le principal inconvénient de cette solution est que le protocole *BitTorrent*, comme tout protocole de pair à pair, peut théoriquement servir à du partage légal d'œuvres qui sont dans le domaine public ou d'œuvres libres. Cependant, à partir du moment où il est constaté qu'un accès à internet est utilisé pour la commission de délits de contrefaçon, il semble admissible d'exiger de l'abonné la mise en place de moyens représentant pour lui une contrainte proportionnée pour éviter cette contrefaçon. Il faut d'ailleurs souligner que les moyens de sécurisation existants constituent une forme de contrainte, qui implique de renoncer à des usages légaux (désinstallation du logiciel de pair à pair, logiciels de contrôle par blocage des url ou de mots clés,...). Cette contrainte résulte d'ores et déjà de l'économie générale de la loi et découle de l'obligation légale de sécuriser son accès à internet. En pratique il semble d'ailleurs que le protocole *BitTorrent* soit utilisé presque exclusivement pour des usages contrefaisants et que ses usages légaux puissent souvent être obtenus par d'autres protocoles.

Dans tous les cas ces moyens de sécurisation ne sont qu'à la disposition de l'abonné, qui doit choisir volontairement d'y recourir.

La création de tels outils pose des difficultés techniques et pratiques. En particulier, il est très difficile de se prémunir contre certaines formes de contournement par les personnes les plus aguerries en informatique. Doit aussi être souligné le fait que l'existence de terminaux multiples, dont certains sont mobiles (tablettes, ordiphones,...) et accèdent sans fil à l'accès internet du local (Wi-fi), rend préférable la mise en place de solutions au niveau du boîtier d'accès au réseau internet (*box*) et non sur chacun des terminaux. A également été évoquée la possibilité d'équipements intervenant entre la *box* et les terminaux, qui existent déjà pour les professionnels.

⁸ Sur cette qualification et la possibilité de bloquer un site utilisé massivement pour de la contrefaçon, voir Mireille Imbert-Quaretta, *Outils opérationnels de prévention et de lutte contre la contrefaçon en ligne*, rapport au ministre de la culture et de la communication, février 2014.

La présente étude n'a pas pour objet de déterminer la faisabilité de telles solutions techniques ou leur degré d'efficacité. En revanche, nous arrivons à la conclusion que, d'un point de vue juridique, la facilitation du constat de l'infraction actuelle passe par le développement de tels outils. Les entretiens menés ont montré un intérêt pour ces études.

1.2.3 La modification de l'infraction.

L'éventualité d'une redéfinition de l'infraction afin de faciliter son constat est évoquée dans la saisine. Les contraintes qui s'imposeraient à cette redéfinition demeureraient toutefois largement inchangées : étant donné qu'il n'est pas possible de déterminer qui a commis la contrefaçon à partir de l'accès à internet d'un local, la seule obligation qui peut être sanctionnée est celle consistant pour l'abonné à surveiller et sécuriser l'accès à internet qu'il a souscrit. Nous ne voyons pas d'autre schéma envisageable.

Cette infraction devrait par ailleurs respecter les contraintes constitutionnelles s'imposant à toute mesure punitive, notamment :

- l'obligation mise à la charge de l'abonné et dont elle sanctionne la méconnaissance doit être réaliste et proportionnée aux intérêts protégés ;
- l'infraction doit être précisément définie (légalité des délits) ;
- elle doit punir une faute personnellement imputable à l'abonné (*Nul n'est responsable que de son propre fait*) ;
- elle doit respecter la présomption d'innocence, qui implique qu'une sanction ne peut être prononcée que si l'infraction est établie, et non seulement vraisemblable (sur les présomptions de culpabilité v. 1.3).

Au regard de ces contraintes, l'équilibre général trouvé par la loi et le règlement nous semble le meilleur possible. En particulier, il nous semblerait délicat de modifier les éléments suivants :

- Ne plus s'appuyer sur les « moyens de sécurisation » : l'article L. 336-3 a créé une obligation générale de « veiller » à éviter les usages contrefaisants de l'accès à internet que l'on souscrit auprès d'un fournisseur mais la loi limite dans le même temps les conditions dans lesquelles la responsabilité pénale de l'abonné peut être mise en cause pour défaut de surveillance. L'article L. 335-7-1 prévoit ainsi qu'une contravention pour défaut de surveillance ne peut être infligée qu'après que l'abonné a reçu une recommandation de la commission de protection des droits « *l'invitant à mettre un œuvre un moyen de sécurisation de son accès à internet* ». Nous avons envisagé l'hypothèse d'une modification de l'infraction pour ne plus l'appuyer sur les moyens de sécurisation mais seulement sur le défaut de surveillance. Une telle modification présenterait cependant plus de risques que d'avantages car seul peut être sanctionné un manquement à la surveillance qui est raisonnablement exigible de l'abonné, sans faire peser sur lui une charge disproportionnée par rapport aux intérêts défendus. En effet, d'une part, une telle infraction pourrait s'exposer à une censure du fait du caractère trop imprécis de l'obligation sanctionnée. D'autre part, et surtout, si l'on est d'accord avec ce qui précède, plus les moyens mis à disposition de l'abonné sont généraux, plus il est difficile de retenir un manquement à partir des seuls constats.

- Ne plus prévoir une information préalable de l'abonné sur les moyens de sécurisation qu'il est invité à mettre en œuvre : si l'obligation était suffisamment précise et faisait l'objet d'une publicité adaptée, il serait imaginable de sanctionner l'abonné sans passer par un mécanisme d'information préalable lui rappelant son obligation et les moyens de la remplir. Mais la sécurisation exigée de l'abonné n'est pas aisée à mettre en œuvre pour éviter toute contrefaçon par les personnes susceptibles d'utiliser l'accès à internet de son local. Une information appropriée semble donc préférable, même si elle pourrait reposer sur d'autres intermédiaires. Par ailleurs, certains moyens de sécurisation peuvent avoir pour effet de bloquer également des usages légaux d'internet (logiciels de contrôle parental par exemple, suppression des logiciels de pair à pair, blocage du protocole de pair à pair,...). Il serait disproportionné d'exiger de tout abonné, indépendamment de la commission d'actes de contrefaçon à partir de son abonnement, qu'il se prive de ces usages légaux. En revanche, une fois qu'il est avéré que son abonnement est utilisé pour mettre illégalement à disposition des œuvres, il nous paraît possible d'exiger de lui qu'il mette en place les moyens permettant d'éviter que cela se reproduise, y compris si cela représente une contrainte, à condition bien sûr qu'elle soit proportionnée par rapport aux intérêts en cause.

Pour ces deux raisons, il semble donc nécessaire que l'obligation sanctionnée soit rappelée à l'abonné après un premier constat. En revanche, l'existence de trois avertissements ne nous semble pas forcément indispensable sur le plan juridique. (voir 2.2).

- Définir l'infraction indépendamment du fait qu'après l'avertissement, une nouvelle contrefaçon est constatée : en principe, la méconnaissance d'une obligation peut être punie indépendamment de son résultat mais il n'apparaît pas possible de sanctionner pour elle-même la non mise en place d'un moyen de sécurisation particulier si aucune contrefaçon n'est constatée.

1.3 L'institution d'une présomption de culpabilité ne paraît pas envisageable

La présomption de culpabilité peut présenter un intérêt dans les situations où un certain nombre d'éléments objectifs rendent vraisemblable le fait que l'intéressé a commis l'infraction, sans toutefois l'établir, et que celui-ci peut aisément démontrer qu'il n'est pas l'auteur de l'infraction. Il est alors possible dans certains cas de renverser la charge de la preuve pour obliger l'intéressé à fournir l'élément démontrant qu'il n'est pas le coupable, faute de quoi il sera tenu pour coupable.

Comme ces présomptions de culpabilité sont directement contraires à la présomption d'innocence, le Conseil constitutionnel ne les a admises que sous de fortes réserves : il a jugé « *qu'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* » (CC, 16 juin 1999, n° 99-411 DC). Dans cette décision, le Conseil constitutionnel a validé le fait que le titulaire du certificat d'immatriculation du véhicule puisse être redevable pécuniairement des amendes encourues pour les infractions d'excès de vitesse commises avec son véhicule. Bien que l'article déferé, comme l'article L. 121-3 du code de la route aujourd'hui, précise que « la personne déclarée redevable n'est pas

responsable pénalement de l'infraction », qui n'est pas inscrite à son casier judiciaire, le Conseil constitutionnel a contrôlé la disposition au regard de l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qui proclame la présomption d'innocence et est applicable à toute la matière répressive, à toute « sanction ayant le caractère d'une punition ».

Dans sa décision de 1999, le Conseil constitutionnel a validé le principe des présomptions simples de culpabilité, « à titre exceptionnel », à la condition que la vraisemblance d'imputabilité soit suffisante et que les droits de la défense soient respectés. Mais la décision procède également à deux autres contrôles de constitutionnalité.

D'une part, la présomption est contrôlée au regard de la règle constitutionnelle du caractère personnel de la responsabilité pénale : *nul n'est punissable que de son propre fait*. Le Conseil constitutionnel précise que, dans le cas d'une infraction routière constatée pour un véhicule donné, soit le titulaire du certificat d'immatriculation est l'auteur de l'infraction, soit « *son refus ou son incapacité d'apporter tous éléments justificatifs utiles seraient constitutifs d'une faute personnelle [qui] s'analyserait, en particulier, en un refus de contribuer à la manifestation de la vérité ou en un défaut de vigilance dans la garde du véhicule* ». Ainsi, le paiement de l'amende correspond toujours à une faute : soit l'infraction routière, soit une faute constituée par le refus ou l'incapacité d'indiquer qui conduisait le véhicule au moment de l'infraction.

D'autre part, le Conseil constitutionnel a, dans le même mouvement, contrôlé la proportionnalité de la sanction en relevant notamment qu'il s'agissait d'une simple sanction pécuniaire, sans inscription au casier judiciaire. Le commentateur autorisé a souligné cet aspect, le présentant comme un élément pris en compte par le juge constitutionnel pour valider la présomption de culpabilité.

Pour qu'une présomption de culpabilité soit admissible, outre le respect des exigences de droit commun applicables à toute mesure répressive (droits de la défense, légalité des délits...), il faut donc remplir deux conditions de fond : un degré de vraisemblance suffisant d'imputabilité de l'infraction au présumé coupable ; et une faculté réelle d'établir que l'on n'est pas l'auteur de l'infraction, si bien que l'absence de production de cette contre-preuve fait de vous, en tout état de cause, un fautif. En outre, sous réserve de cas particulier, il est probable que le Conseil constitutionnel n'admette de telles présomptions que pour des sanctions de portée limitée, notamment des sanctions pécuniaires correspondant principalement à des contraventions.

La jurisprudence du Conseil constitutionnel sur cette question est peu abondante, la plupart de ses décisions se contentant de constater que la législation déferée n'institue pas une présomption de culpabilité, ou formulant une réserve en ce sens (CC, 16 septembre 2011, n° 2011-164 QPC). À l'occasion de l'examen de la loi Hadopi 1, le Conseil constitutionnel a censuré une disposition dont il a estimé qu'elle constituait une présomption de culpabilité. La loi Hadopi 1 créait à l'article L. 336-3 l'obligation de l'abonné de veiller à ce que son accès à internet ne soit pas utilisé à des fins contrefaisantes et donnait à la commission de protection des droits le pouvoir de sanctionner « *les faits susceptibles de constituer un manquement à l'obligation définie à l'article L. 336-3* » (art. L. 331-2 dans sa version envisagée par l'article 5 de la loi Hadopi 1). La loi ne précisait pas davantage quels étaient ces faits. Par ailleurs, l'article L. 336-3 issue de la loi déferée, qui créait l'obligation de surveillance, les définissait en creux en précisant qu'une sanction ne pouvait être prise si l'abonné avait mis en œuvre l'un des moyens de sécurisation labellisés par la Hadopi, si la contrefaçon était « *le fait d'une*

personne qui a frauduleusement utilisé l'accès au service de communication au public en ligne » ou en cas de force majeure. Les conditions dans lesquelles l'abonné pouvait établir ces trois faits justificatifs étaient renvoyées à un décret en Conseil d'État par l'article L. 331-38.

Le Conseil constitutionnel a lu cette loi comme instituant une présomption de culpabilité, reposant sur les constats répétés de contrefaçon transmis par les ayants droit. Il a relevé que cette présomption ne conduisait pas à une simple sanction pécuniaire mais à la suspension de l'accès à internet, c'est-à-dire une « *sanction privative ou restrictive de droit* ». Il a considéré qu'il résultait de l'économie du texte que « *la réalisation d'un acte de contrefaçon à partir de l'adresse internet de l'abonné constitue (...) la matérialité du manquement à l'obligation définie à l'article L. 336-3* » quand aucun fait justificatif ne peut être établi, notamment lorsque l'abonné ne prouve pas que la contrefaçon a été causée par la fraude d'un tiers. Le commentaire souligne « *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* ». Autrement dit, le Conseil constitutionnel a invalidé le fait que puisse être sanctionné un abonné qui n'a pas mis en place un moyen de sécurisation labellisé par la Hadopi (ce qui à l'époque constituait un fait exonératoire) sur le simple fondement des constats de contrefaçon. La preuve de l'absence de négligence ou de la fraude du tiers étant particulièrement difficile, le renversement de la charge de la preuve n'était pas admissible.

En l'état des moyens de sécurisation, l'institution d'une présomption de culpabilité nous semble donc exclue. D'une part, les simples constats de contrefaçon n'établissent pas avec un degré de vraisemblance suffisante la négligence caractérisée de l'abonné. On pourrait certes envisager de fixer des seuils : la répétition et l'importance de la contrefaçon constatée pourrait, à partir de certains seuils, être considérée comme rendant vraisemblable la négligence de l'abonné dans ses efforts pour faire cesser et prévenir cette contrefaçon. Mais, d'autre part, même dans cette situation, l'abonné n'a pas de moyen aisé de prouver qu'il a procédé à une sécurisation suffisante. Il ne nous semble donc pas possible de revenir sur la pratique de la commission de la protection des droits, qui découle de ce qu'a jugé le Conseil constitutionnel, et qui consiste à examiner les dossiers au cas par cas pour déterminer elle-même et sans rien présumer si les éléments recueillis permettent de penser que la négligence caractérisée est établie.

Une évolution des moyens de sécurisation pourrait certes faciliter l'institution d'une présomption de culpabilité, dans le cas où un moyen de sécurisation logiciel efficace est mis à disposition de l'abonné et qu'un nouveau constat laisserait donc présumer qu'il n'y a pas eu recours. Cependant, même dans cette hypothèse, une présomption de culpabilité poserait un risque juridique, pour les raisons suivantes :

- si un moyen de sécurisation logiciel efficace est mis à disposition de l'abonné et qu'un nouveau constat vient montrer la réitération d'une contrefaçon que l'installation du moyen de sécurisation aurait empêchée, alors la négligence caractérisée au sens de l'article R. 335-5 du code de la propriété intellectuelle n'a pas besoin d'être présumée : en l'état du dossier, elle est déjà établie ;
- il est possible que, dans certains cas, un tel moyen de sécurisation ait été installé mais ait été contourné. On retombera alors sur l'objection du Conseil constitutionnel : l'abonné aura des difficultés à faire valoir sa bonne foi et la présomption de culpabilité n'est pas admissible. En particulier, il n'est pas aisé pour le mis en cause de démontrer, par des éléments suffisamment crédibles, qu'il avait installé un logiciel de sécurisation (contrôle parental par exemple). Dans une telle situation, l'abonné devra

- faire valoir tous les éléments en sa possession et la commission de protection des droits, sur la base des éléments dont elle dispose, devra trancher ce débat de fait ;
- enfin, il est probable que, dans certains cas, l'abonné ait une raison légitime de ne pas recourir à un tel moyen de sécurisation (nécessité de recourir aux usages légaux bloqués par le logiciel, incompatibilité avec les systèmes techniques utilisés par l'abonné...), et on en reviendra alors à la situation actuelle : la commission de protection des droits devra déterminer, au cas par cas, si les éléments au dossier rendent vraisemblable un manquement de l'abonné à son obligation de surveiller avec diligence l'utilisation qui est faite de son accès à internet.

2. La procédure de réponse graduée

2.1 Le recueil des données

Les diverses formules envisagées pour renforcer la procédure de réponse graduée nécessitent toutes le recueil et la conservation de données personnelles relatives à des infractions (infraction de négligence caractérisée, infraction de contrefaçon), catégorie de données particulièrement protégées par la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978. Ce traitement de données personnelles porte atteinte à la vie privée des intéressés, pour un motif d'intérêt général de protection des droits de propriété intellectuelle sur les œuvres et, plus généralement, de protection de la création. Cette atteinte doit être proportionnée au but poursuivi : elle est encadrée par les contraintes constitutionnelles et européennes évoquées par la lettre de saisine.

2.1.1 Le mécanisme actuel de recueil des données

Les principaux traitements de données personnelles occasionnés par la mise en œuvre de la procédure de réponse graduée sont actuellement les suivants :

- les ayants droits (en pratique, leur prestataire) collectent des adresses IP, qui constituent des données personnelles, à partir desquelles ils ont constaté la mise à disposition non autorisée d'œuvres protégées ; ils les transmettent à la Hadopi (environ 75000 adresses IP par jour environ). Les ayants droit n'ont pas les moyens d'identifier les personnes physiques utilisant les adresses IP collectées. Ils effacent ces données aussitôt après les avoir transmises ;

- la Hadopi demande communication au fournisseur d'accès à internet (FAI) de données personnelles concernant le titulaire de cette adresse IP. Cette étape est évidemment essentielle, car elle permet d'identifier le titulaire de l'abonnement et de lui adresser des recommandations. Elle implique que le FAI ait lui-même conservé lesdites données.

Les évolutions de la réponse graduée qui ont pu être évoquées ne modifient pas substantiellement les traitements de données personnelles nécessaires à leur mise en œuvre.

S'agissant du traitement de la donnée personnelle spécifique que constitue l'adresse IP mis en œuvre par les ayants droit, aucune contrainte constitutionnelle ou conventionnelle particulière n'a été identifiée, sinon le respect des exigences issues de la loi du 6 janvier 1978, de la directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 relative à la protection des données personnelles (ou bientôt du règlement 2016/679 du 27 avril 2016) et de la jurisprudence constitutionnelle qui contrôle la proportionnalité de l'atteinte à la vie privée (CC, 22 mars 2012, n° 2012-652 DC).

En revanche, la conservation des données de connexion par les FAI, qui constituent également des traitements de données personnelles, pose question au regard du principe d'effacement qui existe dans notre droit et dans le droit européen.

L'article L. 34-1 du code des postes et communication impose en effet aux opérateurs de communication électronique d'effacer ou de rendre anonyme toute donnée relative au trafic. Il prévoit trois exceptions:

- la conservation de données pour la facturation (jusqu'à ce qu'elle ne puisse plus être contestée) ;
- la conservation, avec le consentement de l'abonné, pour la commercialisation des services de communication ou la fourniture d'autres services ;
- la conservation de données pendant un an pour les besoins d'une enquête pénale, la prévention de certains actes de piratage informatique ou de la lutte contre le téléchargement illégal. Dans ce dernier cas, la conservation se fait en vue de la seule transmission à la Hadopi.

Rappel des textes permettant la conservation des données et leur transmission la Hadopi

-III de l'article L. 34-1 du code des postes et des communications électroniques "III. – Pour les besoins de la recherche, de la constatation et de la poursuite des infractions pénales **ou d'un manquement à l'obligation définie** à l'article L. 336-3 du code de la propriété intellectuelle ou pour les besoins de la prévention des atteintes aux systèmes de traitement automatisé de données prévues et réprimées par les articles 323-1 à 323-3-1 du code pénal, et dans le seul but de permettre, en tant que de besoin, la mise à disposition de l'autorité judiciaire ou de la haute autorité mentionnée à l'article L. 331-12 du code de la propriété intellectuelle ou de l'autorité nationale de sécurité des systèmes d'information mentionnée à l'article L. 2321-1 du code de la défense, il peut être différé pour une durée maximale d'un an aux opérations tendant à effacer ou à rendre anonymes certaines catégories de données techniques (...)

- article R. 10-13 du code des postes et des communications électroniques : " I. – En application du III de l'article L. 34-1 les opérateurs de communications électroniques conservent pour les besoins de la recherche, de la constatation et de la poursuite des infractions pénales :

a) Les informations permettant d'identifier l'utilisateur ;

b) Les données relatives aux équipements terminaux de communication utilisés ;

c) Les caractéristiques techniques ainsi que la date, l'horaire et la durée de chaque communication ;

d) Les données relatives aux services complémentaires demandés ou utilisés et leurs fournisseurs ;

e) Les données permettant d'identifier le ou les destinataires de la communication.

- article L. 331-21 du code de la propriété intellectuelle : "Les membres de la Commission de protection des droits et les agents (...) peuvent, pour les nécessités de la procédure, obtenir tous documents, quel qu'en soit le support, y compris les données conservées et traitées par

les opérateurs de communications électroniques en application de l'article L. 34-1 du code des postes et des communications électroniques. (...) Ils peuvent, notamment, obtenir des opérateurs de communications électroniques **l'identité, l'adresse postale, l'adresse électronique et les coordonnées téléphoniques de l'abonné** dont l'accès à des services de communication au public en ligne a été utilisé à des fins de reproduction, de représentation, de mise à disposition ou de communication au public d'œuvres ou d'objets protégés sans l'autorisation des titulaires des droits prévus aux livres I^{er} et II lorsqu'elle est requise.

2.1.2 La contrainte européenne après l'arrêt récent de la CJUE du 21 décembre 2016 dit "Tele2 Sverige AB"

De même, en droit européen, la directive 2002/58 du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques, modifiée, pose un principe d'effacement des données relatives au trafic concernant les abonnés et les utilisateurs, sauf aux fins de fourniture du service, de facturation, ou si l'abonné a donné son consentement à cette conservation, ou enfin, comme le prévoit son article 15, pour des motifs liés à la sûreté nationale ou à la poursuite d'infractions pénales :

« Les États membres peuvent adopter des mesures législatives visant à limiter la portée des droits et des obligations prévus aux articles 5 et 6, à l'article 8, paragraphes 1, 2, 3 et 4, et à l'article 9 de la présente directive lorsqu'une telle limitation constitue une mesure nécessaire, appropriée et proportionnée, au sein d'une société démocratique, pour sauvegarder la sécurité nationale — c'est-à-dire la sûreté de l'État — la défense et la sécurité publique, ou assurer la prévention, la recherche, la détection et la poursuite d'infractions pénales ou d'utilisations non autorisées du système de communications électroniques, comme le prévoit l'article 13, paragraphe 1, de la directive 95/46/CE. À cette fin, les États membres peuvent, entre autres, adopter des mesures législatives prévoyant la conservation de données pendant une durée limitée lorsque cela est justifié par un des motifs énoncés dans le présent paragraphe. »

La jurisprudence européenne se montre particulièrement stricte dans l'appréciation de ces exceptions, lues à la lumière de la protection de la vie privée et des données personnelles consacrée par les articles 7 et 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Par son arrêt *Digital Rights Ireland Ltd* du 8 avril 2014 (C-293/12), la CJUE a ainsi déclaré invalide la directive 2006/24 du 15 mars 2006, qui modifiait la directive 2002/58. Elle a jugé que les obligations de conservation des données par les FAI prévues par cette directive aux fins de lutte contre les infractions graves, qui visaient l'ensemble des moyens de communication électronique, l'ensemble des utilisateurs ainsi que l'ensemble des données relatives au trafic sans aucune différenciation, limitation ni exception et qui n'étaient pas accompagnées de garanties strictes concernant l'accès aux données, la durée de conservation et la protection et la sécurité des données n'étaient pas conformes à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

L'arrêt *Tele2Sverige* de la CJUE du 21 décembre 2016 (C-203/15), qui s'inscrit dans la lignée de cet arrêt, apparaît également en première analyse comme très restrictif quant à la possibilité de conserver des données personnelles de trafic et de localisation (étant entendu qu'est exclu tout accès à des données tenant au contenu échangé).

Saisie de la compatibilité avec le droit de l'Union des législations de la Suède et du Royaume-Uni, qui prévoient la conservation généralisée de l'ensemble des données relatives au trafic et des données de localisation de tous les abonnés concernant tous les moyens de communication électronique, afin de lutter contre la criminalité, la Cour rappelle l'importance de la protection des données personnelles et de la vie privée parmi les droits fondamentaux protégés au sein de l'Union. La conservation de données de connexion constitue, selon elle, une ingérence très forte dans ces droits fondamentaux. Elle doit donc être très strictement justifiée :

- elle n'est possible qu'à des fins de lutte contre la criminalité grave (§102, c'est **le** paragraphe qui rend la décision particulièrement restrictive) ;

- la conservation des données doit être limitée au strict nécessaire "en ce qui concerne les **catégories** de données à conserver, les **moyens** de communication visés, les **personnes** concernées ainsi que la **durée** de conservation retenue" (§108), ce qui s'oppose, même pour lutter contre la criminalité, à « une conservation généralisée et indifférenciée de l'ensemble des données relatives au trafic et des données de localisation de tous les abonnés et utilisateurs inscrits concernant tous les moyens de communication électronique » (§112). En revanche, la cour a précisé que la réglementation européenne ne s'oppose pas à une « conservation ciblée des données relatives au trafic et des données de localisation, à des fins de lutte contre la criminalité grave » à condition qu'elle soit limitée à ce qui est strictement nécessaire (§ 108).

Dans son traditionnel contrôle de proportionnalité, la CJUE pondère fortement le plateau "protection des droits fondamentaux" en rappelant à quel point la protection des données personnelles et donc de la vie privée est un droit fondamental ; elle se montre ensuite logiquement très exigeante sur les conditions auxquelles il est possible d'y porter atteinte. Et elle estime au terme de ce raisonnement que la législation suédoise, comme la législation britannique, sont trop attentatoires à ces droits fondamentaux.

Le Conseil constitutionnel exerce de même un contrôle de proportionnalité de l'atteinte portée à la vie privée par la conservation de données de connexion et la possibilité d'y accéder au regard de l'objectif poursuivi et des garanties prévues par la législation. Sa récente jurisprudence marque un clair resserrement de son contrôle (v. CC, 5 août 2015 n°2015-715 DC et CC, du 21 juillet 2017, n° 2017-6 46/647 QPC, ainsi que le commentaire de cette décision aux cahiers qui souligne qu'elle constitue un durcissement jurisprudentiel par rapport à la décision 2009-580 DC du 10 juin 2009 qui avait validé le système de conservation des données dans le cadre de la lutte contre le téléchargement illégal). Cependant, la contrainte constitutionnelle n'apparaît pas d'une nature différente ni plus stricte que celle qui résulte de la jurisprudence européenne, sur laquelle se concentre donc cette analyse.

2.1.3 La prise en compte de cette contrainte pour une évolution de la procédure de réponse graduée.

Ce net renforcement des exigences en matière d'accès aux données de connexion au regard de l'impératif de protection de la vie privée constitue une contrainte à prendre en compte en cas

de réforme de la procédure de réponse graduée. Les évolutions envisagées de la réponse graduée, qui continueront à s'appuyer sur un mécanisme de conservation des données de connexion par les FAI, devront respecter le test de proportionnalité au regard des articles 7 et 8 de la Charte, tel qu'il résulte des arrêts *Digital Rights* et *Tele2sverige*.

Il faut néanmoins souligner, avant d'en venir à cette analyse, que la jurisprudence de la CJUE sur ces questions est récente et repose principalement, à ce jour, sur ces deux arrêts. Plusieurs questions préjudicielles sont pendantes devant la CJUE, notamment pour définir ce que la Cour entend par criminalité grave. Elles permettront de préciser le cadre d'analyse. Des travaux sont également en cours au sein des institutions européennes et dans les États-membres pour concevoir des systèmes de conservation efficaces pour lutter contre la criminalité grave et le terrorisme qui respectent les exigences de la cour.

Il est donc impossible d'apporter ici une réponse assurée sur cette question.

Si l'on tente cependant d'analyser les exigences, au regard de l'impératif de protection de la vie privée, que ferait peser cette jurisprudence sur une évolution de la réponse graduée, il faut tout d'abord remarquer que les traitements de données personnelles envisagés dans les projets de réforme de cette procédure, comme le système actuel, sont beaucoup moins attentatoires à la vie privée que les législations censurées dans l'arrêt *Tele2sverige*. La décision de la CJUE concerne en effet une législation suédoise très extensive, qui permet de conserver les données relatives à **tous les abonnés**, concernant **tous les moyens de communication électronique**, avec un **champ des données recueillies très large** (incluant non seulement l'identité de l'abonné mais également la durée de la connexion et la localisation, par exemple d'un téléphone mobile), **de façon continue**, et un accès qui se fait **sans contrôle préalable** d'une juridiction ou d'une autorité administrative indépendante. La législation du Royaume-Uni n'a été examinée que sous l'angle du droit d'accès des autorités publiques mais étaient également en cause tant les données de trafic que de localisation. Cet accès n'était pas limité à la criminalité grave et n'était pas non plus soumis à un contrôle préalable d'une juridiction ou d'une autorité administrative indépendante.

Or le dispositif actuel de la réponse graduée s'écarte sur à peu près tous les points de ce schéma:

- l'accès aux données concernées par cette procédure est réservé à une **autorité administrative indépendante**, la Hadopi, et à l'institution judiciaire ; en outre, au sein de la Hadopi, seuls les membres de sa commission de protection des droits et des agents habilités et assermentés peuvent obtenir communication des données; enfin le décret qui fixe les catégories de données qui peuvent être conservées est pris après avis de la CNIL ;

- seuls sont concernés les abonnements à internet ;

- surtout, le champ des données nécessaires aux rappels et mises en demeure du titulaire de l'abonnement est **beaucoup plus limité** : lui sont transmis comme le prévoit l'article L.331-21 du CPI **l'identité, l'adresse postale, l'adresse électronique et les coordonnées téléphoniques de l'abonné**, soit les données qui lui permettent d'identifier et de communiquer avec l'abonné. Peuvent s'ajouter des besoins sur l'horaire de la mise à disposition ou le port source. Ne sont donc pas nécessaires à cette procédure, notamment, la conservation et la communication de données sur la localisation et des durées de connexion. Il

s'agit en réalité principalement des données mentionnées au a) de l'article R. 10-13 du code des postes et des communications électroniques: celles qui permettent d'identifier l'utilisateur.

En revanche, pour fonctionner, le système nécessite que ces données soient conservées pour l'ensemble des abonnés à internet. Il peut donc y avoir un ciblage des données (et, comme aujourd'hui, une limitation dans le temps) mais pas de ciblage des personnes.

En deuxième lieu, le paragraphe "de principe" qui semble rendre l'arrêt de la Cour particulièrement restrictif, le paragraphe 102, évoque la conservation de données relatives au trafic **et de données de localisation** pour estimer que cette conservation n'est possible que pour lutter contre la criminalité grave. Il est vrai que le délit de négligence caractérisée, qui justifie la conservation des données, ne rentre selon toute vraisemblance pas dans la catégorie de "criminalité grave" dégagée par la Cour, et qu'il n'est pas certain que le délit de contrefaçon y entre non plus, pour ses manifestations les plus courantes, seules certaines contrefaçons à grande échelle semblant se rattacher à la criminalité grave.

Mais ce paragraphe et, plus globalement, tout le raisonnement de la Cour (voir par exemple le paragraphe 112) porte sur la conservation de données de trafic **et la conservation de données de localisation**. Or cette dernière est particulièrement intrusive, puisqu'elle permet de savoir où se trouvait une personne à tel moment, et par recoupement, le cas échéant, avec qui. L'atteinte à la vie privée est donc particulièrement forte. **Cela ne préjuge pas à notre sens de ce que dirait la Cour face à une mesure de conservation des seules données relatives au trafic** et permettant d'identifier une personne pour lutter contre certaines infractions.

Enfin, on se trouve ici face à une infraction dont le rapport aux données de trafic est spécifique : **le constat de l'infraction est en quelque sorte intrinsèque à la connaissance de ces données**. En effet, alors que pour une autre infraction, sa prévention ou la découverte de son auteur peuvent se faire par d'autres moyens que la connaissance de données personnelles liées aux services de communication électronique (par exemple, filature d'un suspect, constat d'une infraction, recours à des témoignages pour découvrir l'auteur d'un vol), on se trouve ici dans une situation où la seule façon de constater la mise à disposition illégale de téléchargements est bien d'identifier à qui correspond l'adresse IP qui procède à cette mise à disposition. Il y a là une forte **nécessité** du dispositif mis en place, car on n'en voit guère d'autre qui permettrait d'atteindre le même résultat. Or on sait que la CJUE tient en général un raisonnement en trois temps: une mesure doit être adéquate (c'est-à-dire adaptée à sa finalité); nécessaire et proportionnée.⁹ En l'espèce, la nécessité pourrait donc être plus facilement reconnue.

En considération de tous ces éléments, nous pensons que la conservation des données de connexion nécessaires à la procédure de réponse graduée, encadrée par des garanties procédurales, satisferait au test de proportionnalité de la jurisprudence de la CJUE. Il est cependant difficile, en l'état d'une jurisprudence récente et appelée à être prochainement précisée, de déterminer exactement les contraintes encadrant les projets de réforme de la réponse graduée sur ce point.

⁹ La CJUE vérifie ainsi que la mesure est « adéquate » pour atteindre l'objectif poursuivi, c'est-à-dire qu'elle n'est pas inutile ; elle vérifie qu'elle est « nécessaire », c'est-à-dire qu'on ne pourrait pas atteindre le même objectif par une atteinte plus faible ; elle vérifie enfin qu'elle est proportionnée, au sens strict, c'est-à-dire qu'elle contrôle si, même nécessaire pour atteindre l'objectif visé, cette atteinte n'est pas si forte qu'il convient de renoncer à atteindre cet objectif pour protéger le droit auquel il est porté atteinte.

La conception d'une éventuelle réforme de la réponse graduée devrait être attentive aux points suivants :

En premier lieu, il est préférable, pour assurer la proportionnalité de l'atteinte à la vie privée, de conserver un lien entre la procédure de réponse graduée et la répression pénale des infractions les plus graves. Même si la dérogation prévue à l'article 15 de la directive 2002/58 concerne tant les infractions pénales que les « *utilisations non autorisées du système de communications électroniques* », le lien entre la réponse graduée et la poursuite des infractions pénales, notamment de l'infraction pénale de contrefaçon, contribue à justifier la conservation et l'utilisation de données de connexion. De ce point de vue, ce lien, qui n'apparaît qu'en partie réglementaire (art. R. 331-42 du code de la propriété intellectuelle) pourrait être explicitement inscrit dans les articles législatifs décrivant la mission de protection des œuvres de la Hadopi.

En revanche, et en deuxième lieu, la jurisprudence européenne ne paraît pas condamner l'éventuelle institution d'une sanction administrative de la négligence caractérisée à la place de la contravention. Certes, le caractère pénal de l'amende pourrait avoir pour vertu de montrer que l'infraction poursuivie est grave, et donc justifiant plus aisément une dérogation au principe d'effacement des données. Cependant cet élément ne nous semble devoir jouer qu'à la marge, voire ne pas avoir d'incidence : la Cour opère en général un contrôle *in concreto*. Que la sanction soit pénale ou administrative, ce que la Cour ira regarder c'est la gravité du manquement contre lequel on lutte – et on sera loin de toutes les façons de la catégorie de la criminalité grave.

Autrement dit, s'il est possible d'assurer les conditions d'une conservation proportionnée des données de connexion pour réprimer les « *négligences caractérisées* », ce traitement sera proportionné tant pour une contravention pénale qu'une sanction administrative : la différence entre une contravention, même de cinquième classe, et une infraction administrative plus faible ne changera pas radicalement l'examen de la proportionnalité.

En troisième lieu, dans tous les cas, la réforme pourrait s'accompagner d'une modification législative pour circonscrire, en matière de lutte contre le téléchargement illégal, la conservation des données et leur communicabilité à la Hadopi aux seules données de trafic liées à l'identification du titulaire de l'abonnement (et le cas échéant au port source en cas d'adresse IP « *Nattée* »). C'est, comme on l'a dit, la pratique, mais en droit, les articles L. 331-21 du code de la propriété intellectuelle ainsi que L. 34-1 et R. 10-13 du code des postes et des communications électroniques, sur lesquels s'appuie la réponse graduée, prévoient un champ de conservation puis de communication plus large. Cela renforcerait les chances pour le dispositif de passer l'examen de proportionnalité de la cour, même si elle ne s'est jamais prononcée dans un tel contexte.

Cela supposerait :

- « *d'autonomiser* » dans le code des postes et communications les dispositions concernant la lutte contre le téléchargement illégal, dans la partie législative comme réglementaire. On enlèverait ces dispositions des articles L. 34-1 et R. 10-13 et il serait précisé dans un article spécifique que, pour la recherche de l'infraction de négligence caractérisée en matière de téléchargement illégal et de contrefaçon sur internet, les FAI sont autorisés à conserver les seules données de trafic permettant l'identification de l'utilisateur. Les autres garanties (durée limitée, notamment) demeureraient bien entendu inchangées ;

- de ne plus opérer dans le L. 331-21 le renvoi au L. 34-1 du code des postes et communications mais à ces nouveaux articles spécifiques ;
- d'enlever, dans l'article L. 331-21 du code de la propriété intellectuelle, le "notamment" avant l'énumération des données que la Hadopi peut obtenir ;
- il serait également souhaitable de limiter la conservation des données par les FAI pour transmission à la Hadopi à la stricte durée nécessaire à cette procédure.

En aval, la Hadopi a également besoin de conserver certaines des données, dans le respect des mêmes exigences de proportionnalité.

2.2 Les avertissements préalables

L'une des modalités d'évolution de la procédure de réponse graduée évoquée consiste à diminuer le nombre de recommandations préalables à l'éventuelle procédure de sanction, voire à supprimer complètement ces recommandations préalables.

2.2.1 La procédure actuelle permet de faire chuter fortement le nombre de mises à disposition illégales constatées

Le déroulement actuel de la réponse graduée laisse place à plusieurs « recommandations » avant transmission éventuelle au parquet. Cela constitue la phase pédagogique de la procédure et lui vaut son appellation de « réponse graduée », préalable à l'éventuelle procédure de sanction.

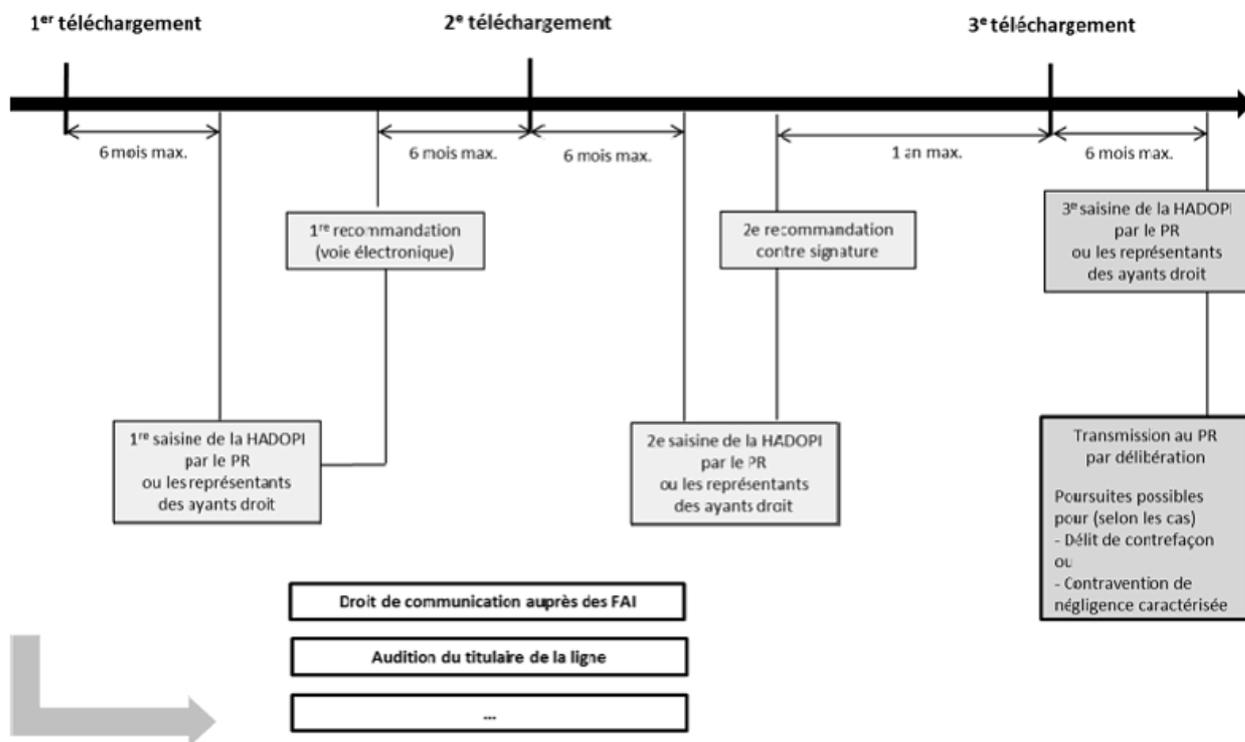
La Hadopi demande au fournisseur d'accès les coordonnées du titulaire de l'adresse IP transmise par les ayants droits et envoie une **première recommandation** à l'adresse mail transmise par le fournisseur d'accès.

En cas de nouveau constat de mise à disposition de téléchargements illégaux, elle envoie ensuite (sans que la loi ne rende cette étape obligatoire) une lettre simple qui constitue une nouvelle sensibilisation de l'internaute.

Enfin, et toujours en cas de nouveau constat (dans les six mois suivant la première recommandation), la Hadopi envoie une **deuxième recommandation** par mail et par lettre remise contre signature.

En cas de nouveau constat dans l'année qui suit la deuxième recommandation, la commission notifie à l'abonné qu'il est susceptible d'être poursuivi pour l'infraction de négligence caractérisée, et elle délibère pour décider si elle transmet ou non le dossier au parquet.

SCHEMA DU DEROULEMENT DE LA PROCEDURE DEVANT LA COMMISSION DE PROTECTION DES DROITS DE LA LOI HADOPI



Source : Rapport d'information n° 600 (2014-2015) de M. Loïc Hervé et Mme Corinne Bouchoux, fait au nom de la commission de la culture, de l'éducation et de la communication, déposé le 8 juillet 2015

Les transmissions sont rares car ces recommandations se traduisent dans la majorité des cas par l'absence de nouveau constat pour le même abonné dans les délais légaux.

Au 31 octobre 2017, les chiffres cumulés (depuis le 1^{er} octobre 2010)¹⁰ étaient les suivants :

- 9 427 718 premières recommandations (par voie électronique) ; pas de nouveau constats dans 59 % des cas ;
- pas de nouveau constat dans 67 % des cas après envoi de la « lettre de rappel », par lettre simple ;
- 846 018 secondes recommandations (lettre remise contre signature) ;
- 7 886 constats de réitération dans l'année (lettre remise contre signature) ;
- 2 146 transmissions au procureur de la République.

Au 31 novembre 2017, on comptait en cumulé 2 284 transmissions à l'autorité judiciaire, sur lesquelles 830 suites judiciaires sont connues (653 réponses pénales dont 92 condamnations et

¹⁰ Source : rapport d'activité de la Hadopi pour 2016-2017. Méthode par échantillonnage pour le chiffre des nouveaux constats.

561 mesures alternatives aux poursuites ou procédures simplifiées de poursuites, 9 relaxes, 168 classements sans suite).

Au total, parmi les personnes destinataires d'une première recommandation, près de 90 % ne font plus l'objet de constat dans les délais légaux en fin de procédure.

La loi n'impose, aux termes de l'article L. 331-25 du code de la propriété intellectuelle, que deux étapes : l'envoi d'un premier message électronique, puis d'un deuxième accompagné d'une lettre remise contre signature. C'est la commission de protection des droits qui, dans la pratique, a choisi d'ajouter l'étape d'une lettre simple pour répondre à deux difficultés :

- la moindre efficacité du premier mail, adressé sur l'adresse mail ouverte lors de l'abonnement auprès du fournisseur d'accès, qui n'est pas nécessairement l'adresse utilisée par l'abonné en pratique ; la lettre simple atteint plus systématiquement sa cible ;
- le coût de l'envoi de lettres remises contre signature ;

2.2.2 Analyse des éventuelles évolutions

a) le nombre d'avertissements :

Les trois étapes décrites ont l'intérêt de permettre la pédagogie – après chaque avertissement une forte proportion d'abonnés ne fait plus l'objet d'un constat de mise à disposition illégale – mais constituent un processus long et complexe.

En principe, *nul n'est censé ignorer la loi*, notamment la loi pénale, et il est donc possible de sanctionner une contravention sans procéder à des avertissements préalables rappelant la norme applicable. Cependant, pour la contravention de négligence caractérisée, d'un strict point de vue juridique, sans même évoquer le changement radical que cela induirait au regard de la doctrine actuelle reposant sur la primauté de la pédagogie dans la procédure de réponse graduée, il ne nous semble pas envisageable de se passer d'une ou plusieurs étapes d'avertissement avant la sanction, qu'elle soit administrative ou pénale.

En effet, la négligence caractérisée ne sanctionne pas le vol commis par l'auteur de la mise à disposition illégale, qui ne peut être identifié, mais le fait de ne pas l'avoir suffisamment prévenu. Or, l'absence de moyens de sécurisation parfaitement fiables, dont on pourrait exiger de tout abonné à internet qu'il y recoure préventivement dans tous les cas, rend juridiquement fragile une sanction qui tomberait sans avertissement préalable. Les recommandations servent à avertir l'abonné que son accès à internet est utilisé à des fins contrefaisantes et qu'il doit donc désormais faire preuve d'une diligence particulière pour sécuriser cet accès et éviter que cela ne se reproduise. Les moyens d'éviter cette réitération étant multiples, la recommandation permet en outre d'informer l'internaute sur ses obligations et les moyens dont il dispose pour ne pas commettre l'infraction de négligence caractérisée.

Cette objection est encore plus forte lorsqu'on en vient à demander à l'internaute de mettre en œuvre des moyens de sécurisation constituant une contrainte dans son accès à internet – logiciels de contrôle définissant des url interdites, des mots clés de recherche interdits, voire peut-être bloquant certains protocoles de partage pair à pair, *cf.* 1.2.2. Dès lors que ces moyens conduisent aussi à bloquer des usages légaux de l'accès à internet pour les familiers du titulaire de l'abonnement, il semble délicat d'exiger cette sécurisation de façon préventive,

avant un premier constat et une première recommandation. Une telle restriction suppose *a minima* que l'utilisateur ait été averti de la mise à disposition sur son ordinateur de fichiers de téléchargement illégal.

En revanche, rien ne s'oppose en pur droit à ce que ces étapes soient resserrées, en diminuant le nombre des recommandations. L'étape qui semble la moins efficace aujourd'hui est l'envoi d'une recommandation à l'adresse mail ouverte par l'internaute auprès de son fournisseur d'accès, certains abonnés n'utilisant pas du tout cette adresse électronique. Une première recommandation par lettre simple toucherait sans doute plus immédiatement les abonnés concernés, suivie en cas de nouveau constat dans les six mois, d'une lettre remise contre signature. Eu égard au nombre des constats, cela aurait en revanche un coût très important. Une autre solution consisterait à pouvoir demander aux fournisseurs d'accès à internet de fournir toutes les adresses électroniques de l'abonné dont ils disposent, l'abonné ayant parfois fourni, en souscrivant son abonnement, son adresse électronique usuelle. L'abonné serait ainsi plus certainement averti par la première recommandation, ce qui est son intérêt.

L'autre hypothèse, plus radicale, consisterait à ne laisser qu'un avertissement obligatoire dans la loi, celui effectué par lettre remise contre signature. Elle présenterait l'avantage d'un coût moindre et d'une plus grande rapidité de la réponse. Toutefois, il faut souligner que diminuer trop drastiquement le nombre de recommandations préalables pourrait être un gain en trompe-l'œil car, en l'état des moyens de sécurisation, la succession des recommandations et des nouveaux constats est un élément qui permet d'établir le peu de diligence de l'abonné. Si l'on devait descendre à une seule recommandation, on pourrait rendre plus difficile le travail d'appréciation de la CPD et diminuer les cas où les faits sont suffisamment établis pour justifier la saisine du parquet. Cela modifierait en outre fortement l'équilibre du dispositif actuel.

Ces modifications relèvent de la loi, puisque l'article L. 331-25 prévoit actuellement une recommandation par voie électronique et une recommandation par lettre remise contre signature. Un déclassement de ces éléments en partie réglementaire semble douteux car l'existence et le nombre de ces recommandations ont été conçus par le législateur comme des éléments essentiels de l'équilibre de la procédure. Peut-être en revanche pourrait-on déclasser la mention de la forme de la première recommandation (on préciserait qu'elle se ferait par lettre simple et plus par voie électronique).

b) le contenu de la recommandation :

Comme l'a proposé le rapport sénatorial de 2015, *La Hadopi : totem et tabou*,¹¹ il pourrait être utile pour gagner en efficacité, sans que cela pose de difficulté juridique à notre sens, de faire figurer dans la recommandation le contenu des œuvres visées par celle-ci, comme le demandent fréquemment les internautes à qui est adressée une recommandation. A l'heure actuelle, le dernier alinéa de l'article L. 331-25 prévoit que la recommandation ne doit pas donner cette indication, qui pourtant peut ensuite être demandée par l'abonné. Le législateur a craint, au moment de l'adoption de cette disposition, que l'envoi à l'abonné du nom de l'œuvre illégalement mise à disposition, potentiellement par un autre membre du foyer, ne porte une atteinte trop forte à la vie privée. L'expérience de la commission de protection des droits tend à relativiser cette crainte, d'autant plus que l'abonné peut obtenir l'information s'il

¹¹Rapport d'information n° 600 (2014-2015) de M. Loïc Hervé et Mme Corinne Bouchoux, fait au nom de la commission de la culture, de l'éducation et de la communication, déposé le 8 juillet 2015.

la demande. Cette restriction est en réalité mal comprise des abonnés qui reçoivent une recommandation sans l'information principale sur la mise à disposition illégale. Nous pensons donc que l'information pourrait figurer dans toutes les recommandations sans porter une atteinte excessive à la vie privée, dès lors que l'œuvre en cause a fait l'objet d'un acte de contrefaçon et que c'est une information importante pour permettre à l'abonné d'identifier, le cas échéant, l'auteur de la mise à disposition et sécuriser l'usage de son accès à internet.

Même si ces modifications à la marge permettraient une efficacité accrue de la phase des avertissements préalables, les hypothèses de réforme avancées se concentrent plutôt sur la phase finale, le traitement par l'autorité judiciaire des dossiers transmis, ce qui conduit à réfléchir sur la mise en place d'une autre forme de sanction, soit administrative, soit sous forme d'amende pénale forfaitaire.

3. La sanction de l'infraction

3.1. Le système actuel et les différentes évolutions envisagées

3.1.1 Dresser un bilan exact de la situation actuelle est malaisé

En effet, les suites données aux transmissions faites au parquet par la commission de protection des droits ne sont pas systématiquement connues. Si l'on s'en tient à l'échantillon des suites connues (soit 830 suites connues sur les 2 284 transmissions faites par la commission au 30 novembre 2017), les chiffres sont les suivants :

- 92 condamnations, soit 11,1 % environ, et 9 relaxes, soit 1,1% ; 5 comparutions sur reconnaissance préalable de culpabilité et 42 ordonnances pénales ; ce qui constitue un taux de poursuite de 17,8 % ;

-77 compositions pénales, soit un taux de 9,3 %

-437 mesures alternatives aux poursuites, soit 52,6 %

- 168 classements sans suite soit 20,2 % ;

Soit un taux de réponse pénale du ministère public (poursuites + mesures alternatives) de 80 % environ.

Si l'on compare ces chiffres avec la moyenne des décisions judiciaires, décrites dans les *Chiffres clés de la justice 2017* on observe les écarts suivants :

- le taux de poursuite est de 43,6% ;

- le taux de composition pénale est de 5 % ;

- le taux de mesures alternatives est de 37,5 % ;

- le taux de classement sans suite est de 14 % (le taux de classement pour l'infraction de négligence caractérisée est donc de 6 points supérieur) ;

Soit un taux de réponse pénale (poursuites + compositions pénales + mesures alternatives) de 87,8 %.

Ces chiffres sont évidemment à prendre avec précaution car la Hadopi ne dispose que d'un échantillon des suites données à ses transmissions au parquet. Ils ne semblent toutefois pas révéler une fermeté marquée de la réponse pénale face à l'infraction de négligence caractérisée, si l'on s'en tient notamment aux taux de classement plus élevé de 6 points par rapport à la moyenne générale et au taux de réponse pénale, moins élevé que la moyenne. En outre, cette réponse pénale n'intervient qu'à l'issue d'une riche procédure pédagogique. A titre d'hypothèses permettant d'expliquer ce taux de classement plus élevé on peut avancer :

- la priorité éventuelle donnée à la poursuite d'autres infractions dans un contexte d'encombrement des tribunaux ;

- la difficulté à appréhender cette infraction spécifique, notamment si le titulaire de l'abonnement met en avant des moyens de sécurisation qu'il aurait mis en place.

Par ailleurs, l'éventail des mesures alternatives n'est pas connu, alors qu'il ne traduit évidemment pas le même degré de fermeté selon que l'on parle de simple rappel à la loi ou, par exemple, d'une amende de composition.

Pour mémoire, le code de procédure pénale prévoit plusieurs cadres de mesures alternatives aux poursuites ou mesures simplifiées de poursuite :

- le rappel à la loi (article 41-1) valable pour les délits et pour les contraventions ;

- la transaction par un officier de police judiciaire (article 41-1-1) valable pour les délits et les contraventions : sur autorisation du procureur de la République, l'OPJ propose à l'auteur d'un délit ou d'une contravention qui reconnaît l'infraction le paiement d'une amende. En cas d'acceptation et si la transaction est homologuée par le président du tribunal ou son délégué, son exécution a pour effet d'éteindre l'action publique ;

- la composition pénale (articles 41-2 et 41-3) : dont le mécanisme est très proche de celui de la transaction à ceci près que le procureur de la République est ici à l'origine de la proposition et que les mesures pouvant être proposées sont plus nombreuses. Elle concerne uniquement les délits (et contraventions annexes) et doit être homologuée par le président du tribunal ou son adjoint ;

- l'ordonnance pénale (article 524 ss. pour les contraventions ; art. 495 ss pour les délits), qui est une procédure simplifiée de poursuites : elle permet la saisine d'un magistrat qui au terme d'une procédure non publique et non contradictoire prononce une peine (amende maximale de 5 000 euros). La personne concernée peut ensuite faire opposition à la décision rendue ;

- la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (articles 495-7 et suivants), uniquement pour les délits, qui est une procédure simplifiée de poursuites

Ces mesures s'appliquent au délit de contrefaçon et, pour celles qui peuvent s'appliquer seulement aux contraventions, à l'infraction de négligence caractérisée. Rien ne fait obstacle à ce qu'une **circulaire de politique pénale** demande aux parquets de durcir la réponse pénale face à la négligence caractérisée et les incite à un moindre usage du rappel à la loi et à un usage accru des autres mesures alternatives applicables en cas de contravention de négligence caractérisée et de délit de contrefaçon. Rien ne fait non plus obstacle à ce que le ministère public engage davantage d'actions en contrefaçon dans les cas où l'imputabilité de ce délit lui semble établie.

3.1.2 Différentes évolutions du mode de sanction ont été envisagées

Trois pistes peuvent être envisagées, sachant que la lettre de saisine ne porte que sur les modalités de sanction et pas sur d'éventuels mécanismes de réparation civile :

- la transformation de la sanction pénale en sanction administrative ;
- l'institution d'une amende forfaitaire pénale en application de l'article 529 du code de procédure pénale ;
- l'institution d'une transaction pénale, dont l'amende forfaitaire pénale se rapproche

Avant d'examiner la constitutionnalité de ces différentes hypothèses, il est utile de rappeler les exigences qui nous semblent découler de l'objectif de bonne administration de la justice mentionné dans la saisine :

- disposer d'une sanction crédible, qui soit dissuasive. A cet égard, ce n'est pas tant un montant élevé qui semble efficace que le caractère certain et rapide de la sanction ;
- éviter l'encombrement des tribunaux ;
- professionnaliser le prononcé de la sanction, dans un domaine technique spécifique qui réclame une expertise importante.

Dans tous les cas, la nouvelle sanction devrait préserver les garanties et les droits de la personne contrevenante et être conforme aux limites posées par la jurisprudence constitutionnelle. Dans tous les cas, il est possible d'affecter le montant des condamnations à certains fonds.

Qu'il s'agisse de la sanction administrative, de l'amende forfaitaire pénale (AFP) ou de la transaction pénale, ces propositions de réforme en matière répressive ne traitent pas de la question d'éventuelles réparations civiles.

Les solutions choisies peuvent avoir des conséquences différentes en terme d'autorité de la décision (notamment d'autorité de chose jugée) et de prise en compte en cas de récidive.

Le choix d'une évolution du mode de sanction pourra influencer sur sa volumétrie mais, à nos yeux, il résulte de la première partie que celle-ci dépend surtout des moyens de sécurisation disponible. En tout état de cause, au regard de l'objectif de bonne administration de la justice, il convient de prendre en compte que l'accroissement du contentieux pourrait se révéler difficile à gérer par les juridictions administratives ou judiciaires.

Dans les trois cas, au terme des analyses menées, il ne nous semble pas possible d'envisager une sanction prononcée dès le premier constat de mise à disposition illégale d'œuvres téléchargées, pour les raisons déjà mentionnées (cf. 2.2) : outre leur intérêt pédagogique, les recommandations permettent d'exiger de l'abonné une sécurisation plus contraignante, précisent les obligations et les moyens à la disposition de l'abonné et contribuent à faciliter la caractérisation de l'infraction.

Les évolutions envisageables se situent donc à notre sens toutes à la fin du mécanisme : au lieu de transmettre au parquet les cas où l'infraction lui semble constituée, la Hadopi serait dotée d'un pouvoir soit de sanction administrative, soit de transaction pénale, soit d'amende forfaitaire pénale.

3.2 La création d'une sanction administrative

3.2.1 Nature d'une éventuelle sanction administrative

Une hypothèse d'évolution de la sanction du manquement de négligence caractérisée consiste à passer de la sanction pénale à la sanction administrative. Elle a notamment été proposée par le rapport *L'acte 2 de l'exception culturelle* issu de la mission conduite par M. Pierre Lescuré en mai 2013 ainsi que par le rapport d'information sénatorial du 8 juillet 2015 *La Hadopi : totem et tabou*, rapporté par M. Loïc Hervé et Mme Corinne Bouchoux pour la commission sénatoriale de la culture de l'éducation et de la communication.

Une telle évolution présenterait plusieurs avantages :

- éviter l'encombrement des juridictions pénales ;
- permettre une réponse plus rapide, plus systématique et donc plus efficace lorsqu'une infraction est constatée ;
- professionnaliser le traitement de la sanction grâce à la spécialisation d'un organe chargé d'examiner les dossiers, notamment les constats, s'agissant d'une infraction dont les éléments de preuve présentent une grande technicité.

La sanction administrative, admise de façon générale dans son principe par le Conseil constitutionnel (CC, 17 janvier 1989, n° 88-248 DC ; 30 mars 2006, n° 2006-535 DC), est soumise à des contraintes communes aux sanctions pénales et administratives ainsi qu'à des contraintes spécifiques.

S'agissant des contraintes s'imposant à tout le droit répressif, le Conseil constitutionnel juge ainsi 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 dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction dans la mesure nécessaire à l'accomplissement de sa mission, dès lors que l'exercice de ce pouvoir est assorti par la loi de mesures destinées à assurer les droits et libertés constitutionnellement garantis ; qu'en particulier doivent être respectés le principe de la légalité des délits et des peines ainsi que les droits de la défense, principes applicables à toute sanction ayant le caractère d'une punition, même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non juridictionnelle* » (CC, 30 mars 2006, n° 2006-535 DC).

S'agissant des contraintes spécifiques, elles tiennent principalement à la nature de la sanction : celle-ci ne peut être privative de liberté (CC, 22 avril 1997, n° 97-389 DC). Dans sa décision Hadopi 1 (CC, 10 juin 2009, n° 2009-580 DC), le Conseil constitutionnel a censuré le principe d'une sanction privant le titulaire d'un abonnement et son foyer de son accès à internet dans la mesure où cette sanction était susceptible de toucher l'ensemble de la population et portait atteinte à la liberté d'expression et de communication, eu égard à sa « nature ». Au-delà de l'interdiction des sanctions administratives privatives de liberté, le Conseil constitutionnel estime donc qu'il y a une limite à la gravité des sanctions administratives, limite qui s'apprécie en conjuguant deux facteurs : le nombre de personnes susceptibles d'être sanctionnées (toute la population ou une catégorie particulière, notamment professionnelle) et l'atteinte à une liberté particulièrement protégée par la Constitution.

En l'espèce, la sanction administrative serait, par construction, susceptible d'être infligée à tout abonné au réseau internet, donc à toute la population. Il faut souligner que la jurisprudence du Conseil constitutionnel n'est pas totalement définie sur la possibilité d'une telle sanction administrative susceptible de toucher toute la population. Il est par conséquent d'autant plus nécessaire que l'atteinte aux droits et libertés fondamentaux soit faible. De ce point de vue, une sanction pécuniaire, d'un montant limité, semble admissible dans son principe, sous réserve des autres difficultés exposées ci-après.

3.2.2 Possibilité de fonder la sanction administrative sur les constats de mise à disposition illégale des œuvres sur internet opérés par les ayants droit

a) La difficulté constitutionnelle.

L'obstacle constitutionnel fréquemment soulevé à l'encontre de l'institution d'une sanction administrative porte sur la possibilité ou non de faire collecter les adresses IP par des personnes privées (les ayants droits et leur prestataire).

Il est en effet désormais admis que l'adresse IP d'un ordinateur, fixe voire « nattée », bien qu'elle ne soit pas nominative, constitue une donnée personnelle dès lors qu'elle peut être reliée (le cas échéant en lien avec le jour et l'heure de connexion) à l'abonnement utilisé par l'ordinateur pour accéder au réseau internet et donc au nom de la personne physique titulaire de cet abonnement (Cass. civ. 1^{ère}, 3 nov. 2016, n° 15-22.595). La réglementation limitant et encadrant tout traitement de données personnelles est fixée au niveau européen (directive n° 95/46/CE du 24 octobre 1995 et bientôt règlement n° 2016/679 du 27 avril 2016) et national (loi n° 78-17 du 6 janvier 1978). Ces réglementations s'inscrivent dans un cadre constitutionnel, le Conseil constitutionnel ayant déduit de la protection générale de la liberté, inscrite à l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, la nécessité d'une protection de la vie privée. Cette protection passe notamment par la réglementation des traitements de données personnelles.

En l'espèce, la réponse graduée repose sur des constats de mises à disposition illégales d'œuvres protégées sur internet. Ces constats sont opérés par les ayants droit ou le prestataire qui agit pour leur compte. Il faut souligner que la technique de constat est relativement peu attentatoire à la vie privée : les ayants droit se contentent de procéder eux-mêmes au téléchargement de leurs œuvres en pair à pair et de relever les adresses IP d'où proviennent les œuvres illégalement mises à disposition, sans moyen d'intrusion particulier, comme peut le faire tout un chacun depuis un ordinateur. On notera d'ailleurs qu'il ne serait pas possible de constater ainsi qu'un internaute consulte en *streaming* une œuvre contrefaite sur un site internet : un tel constat, à le supposer faisable, nécessiterait des moyens de surveillance bien plus intrusifs. Indépendamment de la question délicate de la qualification pénale d'un acte de *streaming* à partir d'une source illicite, il ne serait donc pas envisageable, en l'état des techniques, d'étendre à ces pratiques le dispositif de la réponse graduée.

Les articles L. 331-2 et L. 331-24 du code de la propriété intellectuelle prévoient que les personnes qui effectuent les constats sont assermentées et agréées. Elles restent cependant désignées et employées par des personnes privées qui n'agissent pas sous le contrôle d'une personne publique, et n'exercent pas leur activité dans le cadre d'une mission de service public. La collecte de l'adresse IP de la connexion internet utilisée pour mettre illégalement

l'œuvre à disposition, sa mise en forme dans un constat et sa transmission à la Hadopi constituent des traitements privés de données personnelles relatives à des infractions. Ces traitements sont dans le champ d'application de la loi du 6 janvier 1978, qui les autorise, et soumis au contrôle de la CNIL.

Or la jurisprudence constitutionnelle exige de la loi qu'elle encadre la possibilité de tels traitements, en dehors des services publics. Le Conseil constitutionnel a ainsi jugé que la disposition de la loi n° 2004-801 du 6 août 2004 qui introduisait dans l'article 9 de la loi du 6 janvier 1978 une disposition autorisant de façon générale les mandataires de victimes d'infraction à mettre en œuvre de tels traitements n'encadrerait pas cette faculté de façon suffisante et a, en l'espèce, censuré cette disposition pour incompétence négative (CC, 29 juillet 2004, n° 2004-499 DC).

Le Conseil constitutionnel a en revanche estimé que la disposition qui donne notamment aux sociétés de perception et de gestion des droits d'auteur et de droits voisins la possibilité de mettre en œuvre de tels traitements était constitutionnelle eu égard à quatre considérations :

- l'existence d'un fort intérêt général : la sauvegarde de la propriété intellectuelle et de la création artistique ;
- le fait que les données recueillies ne pourraient acquérir un caractère nominatif que dans le cadre d'une procédure judiciaire ;
- la limitation de la durée de conservation des informations à un an ;
- la nécessité d'une autorisation de la CNIL pour la création de ces traitements ;

Il a enfin, à cette occasion, formulé une réserve d'interprétation sur l'article 9 de la loi du 6 janvier 1978 qui interdit, sauf exception, les traitements de données personnelles relatives à des infractions, condamnations et mesures de sûreté. Selon cette réserve, cet article « *ne saurait être interprété comme privant 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* », Appliquant cette réserve, le Conseil d'État a jugé que les dispositions de l'article 9 de la loi du 6 janvier 1978 « *ne font pas obstacle à la mise en œuvre de traitements de données à caractère personnel relatives à des infractions par les personnes qui en ont été victimes ou sont susceptibles de l'être* », sans reprendre explicitement dans cette décision l'exigence d'un recours juridictionnel (CE, 11 mai 2015, *Sté Renault Trucks*, n° 375669, Rec.).

Cette décision du Conseil constitutionnel a pu être lue par une partie de la doctrine comme n'autorisant les traitements privés de données personnelles relatives à des infractions qu'en vue de l'exercice d'un recours juridictionnel par la victime elle-même. Le considérant relatif à la possibilité pour les ayants droits, par exception à la règle commune, d'effectuer ce traitement de données personnelles, relève lui aussi l'existence d'une procédure judiciaire pour mentionner que les données n'acquièrent un caractère nominatif qu'à ce stade.

La décision Hadopi 1 de 2009 semble aller dans le même sens. Le Conseil constitutionnel y écarte le grief d'atteinte disproportionnée au respect de la vie privée par les traitements mis en œuvre par les ayants droits pour la procédure de réponse graduée. Il réaffirme que de tels traitements privés de données personnelles relatives à des infractions « *ne saurai[en]t, sans porter une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée, avoir d'autres finalités que de permettre aux titulaires du droit d'auteur et de droits voisins d'exercer les recours juridictionnels dont dispose toute personne physique ou morale s'agissant des infractions dont elle a été victime* » (ct 27). Le considérant suivant de la décision décrit la

procédure de réponse graduée telle qu'elle résulte de la censure de la faculté d'infliger une sanction administrative de suspension de l'abonnement internet : la commission de protection des droits n'a plus qu'un « *rôle préalable à une procédure judiciaire* », pour limiter, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, le nombre de saisines du parquet. Il en résulte que les traitements de données personnelles relatives à des infractions mis en œuvre par des personnes privées, qui seront soumis aux exigences de la loi du 6 janvier 1978 et au contrôle de la CNIL, « *s'inscrivent dans un processus de saisine des juridictions compétentes* ». De cet ensemble de constats, le Conseil constitutionnel déduit l'absence d'atteinte disproportionnée.

La décision de 2009, tout en confirmant le cadre de la validation de 2004, marque un assouplissement : le Conseil constitutionnel a admis que de tels traitements privés relatifs à des infractions soient mis en œuvre en vue d'une réponse de nature pénale, puisque la commission de protection des droits saisit le parquet, alors qu'en 2004 étaient en cause les actions civiles des victimes. En outre, il a admis le dispositif alors que, contrairement à 2004, les données personnelles (adresses IP) n'acquièrent plus un caractère nominatif pendant une procédure juridictionnelle mais pendant la phase administrative qui la précède. La décision souligne qu'en égard au nombre potentiel de procédures, ce phasage est dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice.

La lecture de la décision peut en revanche laisser penser que l'absence de caractère disproportionné de l'atteinte est subordonnée au caractère juridictionnel de la voie de droit finalement empruntée : autrement dit un fichier privé de données relatives à des infractions serait admissible si les éléments de preuves issus de ce fichier sont, dans le cadre des recours intentés, examinés par un juge et non par une autorité administrative, fût-elle dotée d'un pouvoir de sanction. En ce sens, les deux décisions, de 2004 et de 2009, relèvent systématiquement le caractère juridictionnel du recours. Le commentaire aux *Cahiers du Conseil constitutionnel* de la décision Hadopi 1 de 2009 peut également venir au soutien de cette interprétation puisqu'il souligne que le fait que les données n'acquerraient plus de caractère nominatif dans le cadre d'une procédure judiciaire, comme l'avait relevé le Conseil constitutionnel en 2004, mais dans le cadre de la procédure administrative de réponse graduée « *posait une difficulté de nature à conduire le Conseil constitutionnel à la constater la contrariété à la Constitution* » et constate que le grief est écarté au bénéfice de ce que « *la saisine de la HADOPI, pour la mise en œuvre de cette phase préalable, s'insérerait dans un processus de saisine des juridictions compétentes* ».

Cette interprétation repose donc sur de forts arguments. Elle a conduit le rapport sénatorial déjà cité de 2015 à subordonner la création d'une sanction administrative à l'internalisation par la Hadopi des constats de mise à disposition illégale d'œuvres protégées sur internet. Le rapport souligne également les avantages de cette internalisation. Cette dernière pose cependant trois difficultés : elle a un coût important ; elle suppose ensuite que la Hadopi puisse statuer elle-même sur le caractère illégal ou non de la mise à disposition, c'est-à-dire sur la protection de l'œuvre par le droit d'auteur, l'identification des titulaires de droits et l'étendue de ces droits ; elle priverait enfin les sociétés de perception et de répartition des droits de cette forme de défense des droits qu'elles assurent aujourd'hui. C'est une solution qui ne pose pas de difficulté juridique, mais qui conduirait à un élargissement considérable du rôle et du budget actuels de la Hadopi et à une réduction du rôle des ayants droits dans la défense de leurs catalogues, auquel ils sont très attachés.

Cependant, une autre lecture de ces décisions du Conseil constitutionnel nous semble défendable, susceptible d'ouvrir la voie à la création d'une sanction administrative fondée sur des constats qui continueraient à être faits par les ayants droit et leurs prestataires.

b) Appréciation des rapporteurs sur cette difficulté

La rareté de la jurisprudence constitutionnelle en la matière empêche d'avoir des certitudes et les deux décisions de 2004 et 2009 incitent à la prudence. Cependant, un certain nombre d'éléments plaident pour ne pas surestimer la contrainte constitutionnelle.

En premier lieu, la méthode d'interprétation sur laquelle repose l'existence de cette contrainte est délicate à manier. Elle repose sur un *a contrario* : le terme « juridictionnel » impliquerait qu'il serait impossible d'utiliser des données personnelles d'infractions recueillies par les victimes ou ceux qui les défendent pour une sanction administrative ou une action d'une autre nature tendant à la protection des intérêts des victimes.

Or les techniques de rédaction du Conseil constitutionnel se prêtent mal aux interprétations *a contrario* : la volonté de ne pas figer sa position pour l'avenir le pousse souvent à ne valider ou censurer que le dispositif précis qui lui est soumis sans tracer par avance les frontières du possible et de l'impossible. Les censures ou le rejet des griefs sont souvent fondés sur un ensemble de constatations d'espèce : il est toujours délicat de dire que l'une de ces constatations constitue une condition nécessaire de la solution retenue. Chaque examen est affaire d'équilibre entre l'objectif poursuivi, ses moyens, les atteintes portées à d'autres objectifs ou libertés et les garanties apportées pour éviter des atteintes excessives. Il en va d'autant plus ainsi que le Conseil constitutionnel se limite à un contrôle restreint lorsqu'il examine l'atteinte portée par un dispositif à la vie privée au regard de l'objectif poursuivi : il ne censure que les cas où le législateur opère une « conciliation qui est manifestement déséquilibrée » (CC, 29 juillet 2004, n° 2004-499 DC ; 16 septembre 2010, n° 2010-25 QPC ; 2 décembre 2016, n° 2016-600). La décision du Conseil constitutionnel peut se lire comme validant la réforme de 2009 au motif que l'équilibre n'était pas substantiellement différent de celui de 2004, puisque si les données pouvaient acquérir un caractère nominatif dès la phase administrative, celle-ci était, en l'espèce, conçue comme un préalable à une procédure juridictionnelle.

En outre, dans ces décisions, la précision de la nature juridictionnelle du recours n'a pas été faite par le Conseil constitutionnel dans un considérant de principe mais dans les réponses aux griefs formulés contre un dispositif législatif particulier, qu'il décrit, et dans une réserve d'interprétation de portée générale, où l'hypothèse d'une sanction administrative, par définition spécifique, ne se posait pas.

En deuxième lieu, la jurisprudence constitutionnelle sur cette question est rare. Il n'est pas sûr qu'on puisse inférer des deux décisions de 2004 et 2009 une contrainte constitutionnelle aussi forte pesant sur les sanctions administratives. On soulignera que les décisions de principe du Conseil constitutionnel relatives aux règles et aux principes encadrant les sanctions administratives n'ont jamais fait mention d'une telle contrainte.

En outre, une décision récente du Conseil constitutionnel (CC, 16 juin 2017, n° 2017-637 QPC) incite également à ne pas privilégier les interprétations les plus contraignantes des décisions de 2004 et 2009. Était en cause dans cette décision de 2017 l'autorisation donnée par l'article L. 332-1 du code du sport aux organisateurs de manifestations sportives à but

lucratif « *d'établir un traitement automatisé de données à caractère personnel relatives aux manquements* » « *aux dispositions des conditions générales de vente ou du règlement intérieur relatives à la sécurité de ces manifestations* ». Il était reproché à ces dispositions de confier des pouvoirs de police à une personne privée en méconnaissance de l'article 12 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et d'autoriser la création d'un fichier privé d'infraction dans des conditions contraires au respect de la vie privée des intéressés.

Le fichier privé d'infractions n'était pas, dans cette hypothèse, institué en vue de l'exercice d'un recours juridictionnel par les victimes des infractions ou d'autres personnes intéressées. Il n'était même pas institué en vue d'une sanction administrative mais d'une mesure privée de refus de vendre des billets ou d'annulation des billets des personnes ayant contrevenu aux règles de sécurité et d'ordre dans les stades. Or le Conseil constitutionnel, dont la décision figure dans ses tables à côté des décisions de 2004 et de 2009 déjà relatives à des « fichiers privés d'infractions », a validé l'institution d'un tel fichier indépendamment du fait qu'il n'était pas orienté vers l'exercice d'actions juridictionnelles. Il a opéré un contrôle classique de la proportionnalité de l'atteinte à la vie privée des personnes fichées au regard de l'objectif d'intérêt général poursuivi, à savoir « *renforcer la sécurité des manifestations sportives à but lucratif, en permettant à leurs organisateurs d'identifier les personnes susceptibles d'en compromettre la sécurité* ». Le juge relève que seules pouvaient être fichées les personnes ayant déjà contrevenu aux règles et à seule fin de leur refuser l'accès au stade. La décision précise que ces refus doivent être proportionnés aux manquements antérieurs (au regard de la gravité du manquement, du risque de renouvellement et du temps écoulé depuis). Le dispositif est soumis au contrôle de la CNIL, pour la mise en œuvre des fichiers, et du juge, qui peut également contrôler la proportionnalité des refus fondés sur les données conservées dans le fichier.

Dans certains cas, des fichiers privés d'infraction peuvent donc être institués dans un but d'intérêt général indépendamment de l'exercice d'une action juridictionnelle. Il ne semble pas exclu par principe qu'entre le fichier privé d'infraction servant à prendre des mesures de droit privé (refus de vente d'un billet, annulation d'un billet pour une manifestation sportive) et le fichier destiné à l'exercice de recours juridictionnel, il soit possible d'instituer un tel fichier en vue de sanctions administratives, à condition d'entourer l'institution et l'utilisation de ce fichier de garanties appropriées.

En troisième lieu, la systématisation des prémisses qui sous-tendraient une telle contrainte poserait des difficultés. Une lecture *a contrario* des décisions impliquerait qu'une sanction administrative ne peut pas être fondée sur des données personnelles relatives à des infractions recueillies par les victimes des infractions, à tout le moins dans le cadre de fichiers ou traitement automatisés.

Dans sa décision de 2004, le Conseil constitutionnel a rappelé que, nonobstant l'interdiction de principe par la loi du 6 janvier 1978 de procéder à des traitements automatisés ou à des fichiers de données personnelles relatives à des infractions, toute personne victime d'infractions doit pouvoir mettre en œuvre son droit à exercer un recours juridictionnel (v. aussi CE, 11 mai 2015, *Sté Renault Trucks*, n° 375669, Rec.). Dès lors qu'il a admis ce traitement pour une finalité répressive, que cette répression soit de nature pénale ou administrative ne nous paraît pas changer fondamentalement les choses. Il est simplement nécessaire que l'autorité appelée à prononcer une éventuelle sanction soit en mesure d'apprécier la valeur des données personnelles recueillies par la victime, données sur lesquelles elle pourrait être appelée à se fonder. Une juridiction est toujours en situation de

procéder à de telles vérifications, par les pouvoirs d'instruction dont elle dispose. Mais une autorité administrative peut également se voir confier les moyens de contrôler efficacement la valeur des données. En amont, certains dispositifs d'agrément et de contrôle des personnes privées collectant les données peuvent aider à sécuriser la véracité des données. Des garanties appropriées peuvent être apportées que les données seront vérifiées et utilisées à bon escient.

À l'inverse, l'interdiction de fonder une sanction administrative sur des données relatives à l'infraction collectées et transmises par une personne privée pourrait mettre en cause des sanctions administratives existantes, y compris si on restreint cette interdiction aux seuls cas où il y a fichier ou traitement automatisé. Ainsi :

- des autorités telles l'AMF, l'ACPR, l'Autorité de la concurrence prononcent potentiellement des sanctions à partir de telles données. Ces autorités reçoivent des plaintes de tiers qui s'estiment généralement victimes de l'infraction et qui peuvent contenir des données personnelles. Le recueil de ces données n'est toutefois pas organisé par un dispositif légal, comme dans le cas de la Hadopi ;

- dans le cas de la lutte contre le blanchiment et le terrorisme, un très grand nombre de personnes privées sont appelées à collaborer à cette lutte en collectant des données et en opérant des signalements. Ces données peuvent être relatives à des infractions ou à des soupçons d'infractions, infractions dont d'ailleurs les personnes qui les collectent ne sont souvent pas les victimes. Elles sont transmises le plus souvent à des organismes de nature juridictionnelle ou en vue d'une sanction juridictionnelle mais l'article L. 561-31 du code monétaire et financier autorise également leur transmission à des autorités administratives investies, le cas échéant, d'un pouvoir de sanction : ACPR, AMF, Haute autorité pour la transparence de la vie publique, services de l'État chargés de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes.

En conclusion, malgré des incertitudes sur ce que jugerait le Conseil constitutionnel, il ne nous semble pas contraire à la Constitution de permettre aux ayants droit et aux organismes les défendant ou gérant leurs droits de recueillir les adresses IP contrefaisantes en vue d'une sanction administrative, à condition que celle-ci soit encadrée par des garanties appropriées.

L'atteinte à la vie privée causée par le recueil et la conservation des adresses IP pour les besoins de la procédure doit en effet demeurer proportionnée. L'adresse IP constituant une donnée personnelle mais non nominative, et qui est recueillie sans intrusion particulière, en vue d'un objectif d'intérêt général de lutte contre la contrefaçon, l'atteinte semble proportionnée à condition de prévoir des garanties appropriées. La proportionnalité de l'atteinte passe d'abord par la limitation de la collecte et la conservation des données à ce qui est nécessaire. S'agissant des garanties, l'autorité administrative devra notamment avoir les moyens de contrôler la véracité des données transmises et la fiabilité des systèmes utilisés, ainsi que des pouvoirs d'instruction lui permettant de compléter les éléments du dossier.

3.2.3 Conséquences de l'éventuelle institution d'une sanction administrative pour la Hadopi.

Le Conseil constitutionnel a admis que la séparation des pouvoirs ne fait pas obstacle à ce qu'une sanction soit prononcée par une autorité administrative, lorsque cela est justifié et pour un objet limité. Il a en particulier admis que l'on confie un tel pouvoir de sanction à des

autorités administratives indépendantes. Ces sanctions sont, comme toute sanction ayant le caractère d'une punition, soumises à un certain nombre de principes constitutionnels (légalité des délits, légalité des peines, droits de la défense,...).

L'indépendance de l'autorité qui prononce la sanction vis-à-vis du gouvernement la rend plus proche d'une juridiction que lorsque la sanction est prononcée par le préfet, l'administration fiscale ou de la direction générale de la consommation, de la concurrence et de la répression des fraudes. La jurisprudence du Conseil constitutionnel a progressivement transposé aux sanctions prononcées par les autorités administratives indépendantes l'exigence de séparation des fonctions de poursuite et d'instruction, d'une part, et des pouvoirs de sanction, d'autre part, qui s'applique aux juridictions qui prononcent des sanctions (CC, 12 octobre 2012, 2012-280 QPC pour l'autorité de la concurrence ; CC, 13 décembre 2013, n° 2013-359 QPC pour le Conseil supérieur de l'audiovisuel ; CC, 9 mars 2017, n° 2016-616/617, pour la commission nationale des sanctions, qui « *n'est pas soumise au pouvoir hiérarchique* »).

Cette exigence s'appliquerait à une sanction administrative prononcée par la Hadopi : il serait alors nécessaire de prévoir deux entités autonomes au sein de l'institution, l'une chargée des poursuites et de l'instruction, l'autre des sanctions. Une dyarchie existe d'ailleurs déjà au sein de la Hadopi entre la commission de protection des droits et le collège. Il faut préciser :

- que la conduite de la phase pédagogique n'apparaît pas inconciliable avec les fonctions de poursuite et d'instruction ; en revanche, il semble délicat que l'autorité qui sanctionne ait eu à conduire une phase pédagogique préalable ;
- qu'il faut garantir à l'autorité de sanction l'impartialité et l'indépendance ; de ce point de vue, il est plus courant et plus facile de faire confier la politique générale de l'institution, la compétence de gestion et d'organisation des services et les autres missions confiées à l'institution à l'autorité en charge des poursuites et de l'instruction ou à des personnes qui en dépendent ; cela permet de conserver structurellement l'indépendance et l'impartialité de l'autorité qui sanctionne, qui doivent sinon être garanties par des mécanismes *ad hoc* lorsque le traitement d'une affaire au titre de ces autres attributions peut induire une obligation de déport dans un dossier de sanction. Il faudrait également tenir compte des autres missions confiées à l'institution : l'exercice de ces autres missions peut créer un problème de partialité objective ou peut nuire à l'efficacité de l'action. Plusieurs configurations sont cependant envisageables : il arrive que le collège en charge des sanctions soit une émanation restreinte du collège qui administre l'institution ; il est également possible de ne plus confier la phase pédagogique et l'instruction à un organe collégial mais à un service sous l'autorité d'un directeur ou du secrétaire général et agissant, en cette matière, indépendamment du collège.

Confier un pouvoir de sanction à la Hadopi implique donc d'en modifier l'organisation. L'actuelle répartition des fonctions entre le collège et la commission de protection des droits devrait, dans toutes les hypothèses, être révisée.

En revanche, cela n'a aucune incidence sur le régime du personnel de la Hadopi : l'emploi d'agents publics contractuels soumis au décret n° 86-83 du 17 janvier 1986 ne pose pas de difficulté et les règles encadrant les mandats des membres du collège et de la CPD apparaissent déjà de nature à garantir leur indépendance. Les dispositions financières et comptables ne seraient pas non plus affectées par cette réforme.

3.2.4 Autres contraintes constitutionnelles

L'ensemble des exigences du Conseil constitutionnel en matière de « sanctions ayant le caractère d'une punition » doivent être respectées. Cinq points ont retenu notre attention :

Règle du non bis in idem : Afin d'éviter les difficultés liées au cumul de sanctions pénale et administrative, la sanction administrative de négligence caractérisée devrait remplacer la sanction pénale. En revanche, la commission de protection des droits, ou l'organe qui s'y substituerait, demeurerait compétente pour transmettre au parquet des dossiers où l'imputabilité du délit de contrefaçon à l'abonné ou à tiers semble établie, en vue de poursuites pénales.

Nécessité et proportionnalité de la sanction : eu égard au fait qu'on ne sanctionne qu'une négligence, pour des faits susceptibles de se reproduire, il semble plus adapté et plus proportionné de prévoir une sanction d'un montant limité.

Le montant de la sanction doit aussi dépendre des moyens de sécurisation à disposition des internautes : en l'absence de moyen simple et efficace à l'intérieur du foyer, l'établissement de la négligence caractérisée nécessite, comme on l'a vu, un travail d'instruction important ; les sanctions prononcées ne concerneront donc, comme aujourd'hui, que les cas les plus graves. Le montant de la sanction administrative devra en tenir compte. Même transformées en sanctions administratives, le volume des sanctions sera proche de celui des transmissions actuelles au parquet, et non pas du nombre de constats initiaux et de premières recommandations.

Si les conditions de nature à faciliter l'identification de l'infraction étaient réunies, ce qui passe selon nous par le développement de moyens de sécurisation logiciels simples et efficaces, le nombre des sanctions pourrait être bien plus important, et il pourrait être préférable de diminuer le montant d'une sanction qui sera prononcée plus souvent et est susceptible de l'être plusieurs fois. Le rapport conduit par la mission Lescure de 2013 avait ainsi proposé un montant de 60 euros, montant qui conserve un effet dissuasif. Dans une telle hypothèse, il faudrait veiller à ce que la réponse répressive ne s'avère pas excessive. Cette exigence de proportionnalité vaut particulièrement pour une sanction administrative qui serait susceptible de toucher toute la population.

La sanction ne peut pas revêtir un caractère automatique, en application du principe de la personnalisation des sanctions. L'autorité administrative doit pouvoir, en principe, adapter le montant de la sanction aux faits de l'espèce ou choisir de ne pas prononcer de sanction. Le Conseil constitutionnel admet cependant qu'une sanction puisse avoir un montant forfaitaire, généralement faible, à condition que le juge garde la faculté de la prononcer ou non « *en tenant compte des circonstances propres à chaque espèce* (CC, 29 sept. 2010, n° 2010-41 QPC).

La sanction sera susceptible d'un recours devant le juge administratif, qui exercera un office de plein contentieux, eu égard aux principes régissant la matière pénale (CE, Ass., 16 février 2009, *ATOM*, n° 274000 Rec.).

Le respect des droits de la défense impliquera l'organisation d'une phase contradictoire postérieure à la phase pédagogique, à compter de l'ouverture de la poursuite.

3.2.5 Nécessité d'une disposition législative.

Il serait nécessaire de recourir à la loi pour instituer une telle sanction administrative et modifier en conséquence substantiellement l'organisation de la Hadopi.

3.3. Les pistes pénales : amende forfaitaire ou transaction pénale par une autorité administrative

Deux pistes de réforme doivent être étudiées : l'amende forfaitaire « classique » ou le dispositif spécifique de la transaction pénale.

3.3.1 L'amende forfaitaire pénale

a) Présentation

La création d'un mécanisme d'amende forfaitaire dont le paiement éteint l'action publique, avec l'accord du mis en cause, tel qu'elle existe notamment pour les infractions routières, a été évoquée comme une piste d'évolution de la procédure de réponse graduée.

On rappellera que le paiement volontaire de l'amende forfaitaire pénale, prévue par les articles 529 et R. 48-1 du code de procédure pénale et qui peut être analysée comme une forme de transaction (cf. F. Desportes et L. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, Economica, 4^e ed., n° 1054), emporte l'extinction de l'action publique. Selon l'article 529-1 du code de procédure pénale l'agent verbalisateur qui constate l'infraction établit un avis de contravention. Si, au vu de cet avis, le contrevenant accepte de régler l'amende forfaitaire afférente à la contravention constatée, aucune poursuite n'est exercée.

A défaut de paiement de l'amende forfaitaire et de requête en exonération dans le délai imparti par la loi, le montant de l'amende est automatiquement majoré et l'amende forfaitaire majorée (AMF) peut faire l'objet d'un recouvrement forcé en vertu d'un titre rendu exécutoire par le ministre public et ayant donc la force d'un jugement de condamnation. Ces amendes acceptées ne constituent pas, au sens de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, des « sanctions ayant le caractère d'une punition » (pour la transaction pénale, v. CC, 26 septembre 2014, n° 2014-416 QPC).

En cas de paiement de l'amende, l'action publique s'éteint sans intervention du ministère public. Mais le contrevenant peut exercer un recours : soit une requête en exonération contre l'avis de contravention, soit une réclamation contre l'amende majorée, qui constitue un titre exécutoire émis cette fois par le ministère public. Ces recours se font devant un officier du ministère public, qui, si le recours est recevable, est tenu de saisir le tribunal de police ; le juge unique se prononce alors. Le recours met fin à l'amende de l'avis de contravention (art. 529-2) ou annule le titre exécutoire fixant l'amende majorée (art. 530).

La procédure d'amende forfaitaire donne donc à l'agent verbalisateur le pouvoir de proposer l'amende et d'éteindre seul l'action publique en cas de paiement, sans intervention du

ministère public. Quoique cette contrainte n'ait pas été explicitement formulée par le Conseil constitutionnel, il apparaît donc préférable de réserver cette procédure à des cas où, au vu du simple constat effectué par l'agent verbalisateur, l'infraction et son imputabilité à la personne mise en cause présentent un degré de vraisemblance voire d'évidence élevé, atteint par les moyens de l'enquête ayant précédé tout engagement de l'action publique (souvent limitée au simple constat de l'infraction par procès-verbal), sans qu'on estime avoir besoin d'une instruction supplémentaire menée après engagement de l'action publique.

Ce système existe notamment pour les infractions au code de la route. Il permet un traitement adapté à un contentieux de masse.

Le champ actuel de l'amende forfaitaire concerne une longue liste de contraventions fixée par l'article R. 48-1 du code de procédure pénale : les infractions routières bien sûr, mais aussi les infractions dans les transports, celles liées à la protection de l'environnement (abandon de déchets, lutte contre les incendies de forêt) et des animaux, certaines en matière de santé publique, de port d'armes, de bruits de voisinage etc.

Cette amende forfaitaire ne s'applique aujourd'hui, en vertu de l'article R. 48-1 du code de procédure pénale, qu'à des contraventions des quatre premières classes, mais depuis 2011 la loi permet qu'elle soit étendue par la voie réglementaire à des contraventions de cinquième classe. Il serait donc possible soit de prévoir une amende forfaitaire pénale pour la contravention de négligence caractérisée de cinquième classe qui existe aujourd'hui, soit de déclasser cette infraction en contravention de quatrième classe en modifiant l'article R. 335-5 du code de la propriété intellectuelle puis en introduisant dans l'article R. 48-1 du code de procédure pénale cette infraction dans la liste des infractions qui peuvent se voir appliquer une amende forfaitaire. Dans les deux cas, la modification serait possible par voie réglementaire.

L'amende ne doit être proposée que lorsque l'infraction a été constatée. Il n'est donc pas possible de prévoir l'intervention d'une amende forfaitaire pénale systématique à partir du 2^e ou du 3^e constat de contrefaçon effectué par les agents assermentés des ayants droit. En effet, ainsi qu'il a été indiqué plus haut, ces constats établissent l'existence de délits de contrefaçon, sans en déterminer l'auteur ; ils ne constatent pas une négligence caractérisée, même par leur simple répétition. C'est tout l'office et le travail de la commission de protection des droits que de procéder à cette appréciation.

C'est donc uniquement lorsque la commission de protection des droits estimerait que la négligence caractérisée est établie au regard du dossier dont elle dispose, sans justifier une instruction pénale supplémentaire, que s'ouvrirait la procédure d'amende forfaitaire pénale.

b) Difficultés

Ainsi précisée, une telle procédure perd une grande part de son intérêt : elle a été conçue comme une réponse rapide et efficace à des manquements élémentaires, faciles à constater pour lesquels il n'y a pas d'inconvénient à ce que l'agent verbalisateur « propose » de payer une amende, l'intervention du ministère public ou des investigations supplémentaires apparaissant dès l'origine sans enjeu et inutiles.

Cette solution ne se heurte en revanche pas à un obstacle constitutionnel évident.

En premier lieu, en effet, la jurisprudence constitutionnelle a admis ce mode particulier d'extinction des poursuites en cas d'accord du mis en cause. Si le Conseil constitutionnel n'a pas, à notre connaissance, eu à se prononcer sur le principe même de l'extinction de l'action publique par le paiement d'une amende forfaitaire, il l'a fait implicitement en formulant des réserves sur le fait qu'à tout stade le mis en cause doit pouvoir exercer un recours juridictionnel contre la décision du ministère public de ne pas admettre sa réclamation, y compris lorsqu'il estime la réclamation irrecevable (CC, 29 septembre 2010, n° 2010-38 QPC ; CC, 7 mai 2015, 2015-467 QPC). Et il a déjà estimé que **le caractère forfaitaire d'une sanction n'est pas contraire au principe constitutionnel d'individualisation des peines**, à partir du moment où cette forme de sanction est liée à la nature de l'infraction (CC, 17 septembre 2015, 2015-481 QPC ; CC, 16 mars 2017, 2016-618 QPC), où son montant est proportionné (*ibid.*) et où le juge demeure libre de contrôler les faits et la qualification juridique pour décider, espèce par espèce, de prononcer l'amende ou d'en décharger le redevable (CC, 16 mars 2017, 2016-618 QPC). *A fortiori* en va-t-il de même pour l'institution d'une mesure d'extinction des poursuites par le paiement d'une somme forfaitaire.

En deuxième lieu, rien ne fait obstacle à ce que des agents « chargés de certaines fonctions de police judiciaire » soient employés au sein d'une autorité administrative distincte de l'autorité judiciaire, y compris une autorité administrative indépendante. De nombreuses lois spécifiques donnent ainsi à des fonctionnaires ou agents chargés de fonctions de police judiciaire la charge de constater des infractions et, lorsque celles-ci font l'objet d'une procédure d'amende forfaitaire, la possibilité de dresser un avis de contravention (v. par ex. les articles 22 ss du code de procédure pénale, ou les agents des collectivités territoriales assermentés habilités par l'article L. 1312-1 du code de la santé publique). Ces agents restent en principe soumis à une forme de contrôle de l'autorité judiciaire. Un tel dispositif, où un service de la Hadopi comprendrait des agents chargés de ces fonctions de police judiciaire pour dresser les procès-verbaux et avis de contravention, poserait la question de l'intérêt de l'existence même de la commission de protection des droits.

Une autre solution pourrait donc être envisagée : elle consisterait à charger la commission de protection des droits de constater elle-même les contraventions, après instruction, et de proposer le paiement d'une amende.

Il y a en principe une certaine antinomie à charger une autorité administrative indépendante d'actes qui relèvent de la police judiciaire (puisque le manquement de négligence caractérisée demeurerait une infraction pénale et non un manquement administratif). En vertu de l'article 15 du code de procédure pénale, tous les fonctionnaires et agents « auxquels sont attribuées par la loi certaines fonctions de police judiciaire » font partie de la police judiciaire soumise à certaines formes de contrôle du ministère public et de la chambre de l'instruction. Toutefois, ce contrôle varie en fonctions des pouvoirs qui leur sont confiés et peut s'avérer, en pratique, distant. Même minime, il est cependant incompatible avec la qualité même de collègue d'une autorité administrative indépendante.

Le Conseil constitutionnel a accepté que la Halde puis le Défenseur des droits soient investis d'un pouvoir de transaction pénale en matière de délit de discrimination, donc d'un pouvoir de police judiciaire, tout en conservant leur statut d'autorités administratives indépendantes tant du pouvoir exécutif que de l'autorité judiciaire (voir 3.2.2 ; décision n° 2011-626 DC du 29 mars 2011). Dans un tel cas, le contrôle de l'autorité judiciaire passe par l'homologation de la transaction par le procureur.

Il n'y a pas, à notre connaissance, de précédent similaire pour une procédure d'amende forfaitaire pénale. Il s'agirait donc d'une innovation.

Dresser un avis de contravention pour une amende forfaitaire de contravention représente certes un acte de police judiciaire moins lourd qu'une transaction pénale pour un délit. Et l'indépendance vis-à-vis de l'autorité judiciaire apparaît, de ce point de vue, plus facilement admissible.

Cependant, il faut aussi souligner que la procédure de transaction pénale (on y reviendra plus loin dans la présente étude) se traduit par une intervention systématique du procureur, qui peut l'accepter ou la refuser. Dans la procédure de l'amende forfaitaire en revanche, le paiement de l'amende éteint l'action publique sans aucune intervention du ministère public. Le contrôle de l'autorité judiciaire passe par la nécessité que l'amende majorée soit établie par un titre « *rendu exécutoire par le ministère public* » (art. 529-2 du code de procédure pénale) et par la possibilité de contester tant l'avis de contravention que ce titre exécutoire auprès du tribunal de police.

Il est difficile d'avoir des certitudes face à une configuration qui semble sans précédent mais la jurisprudence sur la Halde et le Défenseur des droits (voir 3.3.2 ci-dessous) nous conduit à estimer qu'il ne serait pas inconstitutionnel que la commission de protection des droits soit chargée de constater l'infraction et de proposer le paiement de l'amende selon la procédure de l'amende forfaitaire.

En troisième lieu, le montant élevé de la contravention a parfois été évoqué comme un obstacle mais n'en est pas un : le montant de l'amende forfaitaire, fixé à l'article R. 49 du code de procédure pénale, dépend de la classe de la contravention et du maximum légal prévue pour cette classe : ainsi, la contravention de 1^{ère} classe est punie de 11 euros et de 33 euros en cas de retard (le maximum de droit commun fixé par l'article 131-13 du code pénal étant de 38 euros), de 2^e classe de 35 euros et 75 euros en cas de retard (maximum de 15 euros), de 3^e classe de 68 euros et 180 euros en cas de retard (maximum de 450 euros), de 4^e classe, de 135 euros en cas de paiement volontaire, et 375 euros en cas de retard (maximum de 750 euros). Si la contravention était maintenue à la 5^e classe, il faudrait fixer le niveau de l'amende forfaitaire pénale, simple et majorée, au niveau souhaité. Il est également possible de déclasser (par la voie règlementaire) cette infraction au niveau d'amende que l'on souhaite lui appliquer.

Il faudrait passer par la loi pour habilitier les membres de la commission de protection des droits à exercer cette fonction dès lors que relève du domaine de la loi « la désignation des agents habilités à rechercher et constater des infractions pénales » (voir CC, 29 décembre 1992, n° 92-172 L). Or à ce jour les articles L. 331-25 et R. 331-40 du code de la propriété intellectuelle ne donnent compétence à la commission de protection des droits que pour constater que des faits sont « *susceptibles de constituer une négligence caractérisée* ».

En conclusion, l'hypothèse de l'amende forfaitaire pénale ne paraît pas se heurter à un obstacle constitutionnel définitif. Cependant, en l'état des moyens de sécurisation, elle conduit à utiliser un outil d'abord conçu pour des contraventions facilement constatables à une infraction particulièrement complexe. En outre, elle conduirait probablement à confier à une autorité administrative indépendante un pouvoir de police judiciaire pour une procédure d'amende forfaitaire. Cela constituerait un précédent nouveau, qui troublerait encore un peu plus la ligne de partage entre sanction pénale et sanction administrative, d'autant que le juge

judiciaire serait alors compétent pour se prononcer sur une décision prise par une autorité administrative indépendante.

3.3.2. La transaction pénale à l'initiative d'une autorité administrative indépendante (AAI), en s'inspirant de la Halde et du Défenseur des droits

Une transaction pénale peut être mise en œuvre, soit par l'officier de police judiciaire sous l'autorisation et le contrôle du procureur de la République, soit par le procureur de la République lui-même dans les conditions prévues aux articles 41-1-1 à 41-3 du code de procédure pénale. Dans tous les cas, selon les dispositifs institués par ces articles, la transaction doit être homologuée par le président du tribunal de grande instance ou le juge désigné par lui. Si un accord est trouvé, le ministère public, en l'endossant, consent à ne pas engager les poursuites en échange de l'engagement du mis en cause de s'acquitter de certaines obligations (paiement d'une somme, remises d'objet, suivi d'un stage,...).

Un tel pouvoir de transaction peut également être confié à des autorités administratives, à condition que le ministère public, autorité de poursuite, homologue la transaction (sauf dans le cas où l'autorité administrative dispose elle-même de la capacité à engager l'action publique)¹². Le Conseil constitutionnel a jugé, à propos de la transaction pénale en matière d'environnement prévue à l'article L. 173-12 du code de l'environnement que « *le principe selon lequel nul n'est tenu de s'accuser, qui découle de l'article 9 de la Déclaration de 1789, ne fait pas obstacle à ce qu'une personne suspectée d'avoir commis une infraction reconnaisse librement sa culpabilité et consente à exécuter une peine ou des mesures de nature à faire cesser l'infraction ou en réparer les conséquences* » (CC, 26 septembre 2014, n° 2014-416 QPC). Le Conseil constitutionnel a de même validé les transactions pénales conduites par les officiers de police judiciaire (CC, 23 septembre 2016, n° 2016-569 QPC).

Le Conseil constitutionnel a accepté qu'un pouvoir de transaction soit confié à des autorités administratives distinctes du parquet, sans que cela méconnaisse la séparation des pouvoirs, à condition que l'autorité de poursuite compétente puisse choisir d'exercer ou non les poursuites, d'homologuer ou non la transaction. Ainsi, dans sa décision n° 2006-535 DC du 30 mars 2006, *loi pour l'égalité des chances*, le Conseil constitutionnel valide l'article qui donne compétence au maire d'une commune pour proposer à l'auteur de certaines contraventions ayant causé un préjudice à la commune une transaction de nature à éteindre l'action publique. Pour accepter cette possibilité, le Conseil constitutionnel retient notamment le fait que la transaction n'est initiée que si l'action publique n'a pas été engagée et le fait que l'homologation du procureur est requise et peut être refusée. A l'inverse, confronté à un règlement prévoyant qu'une transaction peut intervenir alors que l'action publique a été mise en mouvement, voire alors qu'une juridiction pénale est saisie, et qui ne précisait pas par ailleurs la nature des mesures sur lesquelles il est possible de transiger, le Conseil d'État a jugé qu'un tel dispositif ne satisfaisait pas aux exigences posées par la jurisprudence constitutionnelle (CE, 7 juillet 2006, Ass., n° 283178 *France nature environnement*, pour un pouvoir de transaction donné à l'autorité administrative en matière d'infractions concernant les eaux et milieux aquatiques)

En matière de garanties procédurales, le Conseil constitutionnel vérifie notamment que la personne concernée peut acquiescer à la proposition de façon libre et non équivoque (CC, 26 septembre 2014, n° 2014-416 QPC). Le Conseil d'État juge contraire à l'article 6 de la

¹² F. Desportes et L. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, Economica, Desportes. n° 1060ss, p. 753, 4^e ed..

convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) un dispositif de transaction pénale qui ne prévoit pas que la personne à qui est proposée la transaction est dûment informée de la nature des faits reprochés ainsi que de leur qualification juridique (CE, 24 mai 2017, *Syndicat de la magistrature e.a.*, n° 395321 395509, T.).

En revanche, dès lors que la personne reconnaît ainsi sa culpabilité et accepte librement les mesures proposées, la transaction pénale n'a pas la nature d'un procès et il n'y a pas lieu d'organiser une procédure contradictoire selon les exigences du procès équitable ou de la procédure pénale (*ibid.*). Plus généralement, les mesures acceptées dans la transaction ne constituent pas des punitions au sens de la Constitution : le droit constitutionnel de la répression ne leur est donc pas applicable (CC, 26 septembre 2014, n° 2014-416 QPC). Il en résulte qu'un grand nombre de garanties du droit répressif ne s'appliquent pas. L'admissibilité de principe de ces mécanismes doit donc tenir compte de cette absence de garanties procédurales. Les sections administratives du Conseil d'État tiennent ainsi compte, pour apprécier l'admissibilité de telles procédures, de la pression que fait peser sur la personne soupçonnée d'infraction la menace de la peine encourue en cas de refus de la transaction (CE, Ass. Gen., 22 décembre 2011, n° 385707).

Cette capacité de conclure une transaction pénale a **été également reconnue à une autorité administrative indépendante** : la Halde puis le Défenseur des droits **pour les faits de discrimination**. En effet, l'article 28 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits confère à ce dernier le pouvoir, s'il constate des faits de discrimination, de proposer à l'auteur des faits une transaction consistant dans le versement d'une amende transactionnelle dont le montant ne peut excéder 3 000 € s'il s'agit d'une personne physique et 15 000 € s'il s'agit d'une personne morale. **L'amende n'est pas forfaitaire**. La transaction doit être **acceptée par l'auteur des faits** (ainsi que, s'il y a lieu, par la victime) et doit être **homologuée** par le procureur de la République. Le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2011-626 DC du 29 mars 2011 a validé ce dispositif (même s'il ne répond pas explicitement sur ce point, il l'englobe dans ses considérants 15 à 17). C'était un pouvoir qui du reste avait déjà été reconnu à la Halde – les parlementaires n'avaient pas souhaité lui donner un réel pouvoir de sanction en la matière, par crainte d'en faire un démembrement de l'autorité judiciaire, et avaient préféré lui octroyer ce pouvoir de transaction-, et pour lequel le Conseil constitutionnel, qui n'avait pas été saisi de griefs sur ce point, n'avait pas soulevé d'office d'inconstitutionnalité dans sa décision n° 2006-535 DC du 30 mars 2006 -loi pour l'égalité des chances, déjà citée.

Il pourrait donc être envisagé de donner le même pouvoir à la Hadopi, qui se verrait reconnaître la capacité de proposer des transactions pénales aux personnes dont la commission de protection des droits constaterait qu'elles ont commis l'infraction de négligence caractérisée. Il faut souligner que cette transposition concernerait une simple contravention, susceptible d'être prononcée un grand nombre de fois, et non plus le délit de discrimination dont la qualification dépend des particularités de chaque espèce. La faculté de transaction pénale donnée à la Hadopi constituerait un changement d'échelle.

Il faudrait bien sûr respecter les garanties prévues par la jurisprudence constitutionnelle :

- ce pouvoir serait ouvert seulement avant que l'action publique ait été engagée ;
- il y aurait une homologation par le parquet, qui resterait libre de la refuser.

Cette solution constitue une voie médiane. Comme l'amende forfaitaire, elle présente l'inconvénient de mêler les formes de la répression administrative et de la répression pénale.

En revanche, au regard de la bonne administration de la justice, les avantages de cette solution sont les suivants :

- tout d'abord, elle permettrait à la Hadopi de réagir elle-même, rapidement, renforçant donc l'efficacité de la répression. La personne contrevenante, soit sait qu'elle a été négligente (voire qu'elle est l'auteur de la mise à disposition illégale) et peut accepter de transiger et de payer la somme demandée. Soit elle s'estime innocente et elle la refusera. Pour le « tout-venant » de la négligence caractérisée, cela permet d'avoir une procédure rapide, fondée sur une forme de reconnaissance par la personne de sa culpabilité ;

- par rapport à l'amende forfaitaire, ce dispositif préserve davantage une appréciation « au cas par cas » de la sanction et un contrôle du ministère public, ce qui apparaît préférable pour une infraction complexe à appréhender. D'ailleurs, **le Défenseur des droits s'est vu reconnaître ce pouvoir pour une infraction au moins aussi complexe** : la discrimination ;

- par rapport à la sanction administrative, enfin, cette solution préserve le caractère pénal de l'infraction. Le contrôle du parquet demeure, même s'il intervient en aval. C'est un facteur dont on a vu qu'il pouvait avoir une utilité même relative au regard de la jurisprudence récente de la CJUE. Il évite, en outre, d'avoir à réformer profondément l'organisation de la Hadopi.

Conclusion

La lettre de saisine nous a conduits à aborder de nombreuses questions. Sa portée bien délimitée appelait une analyse juridique, n'ayant pas vocation à préconiser telle ou telle solution, mais à identifier les obstacles juridiques auxquels chacune est susceptible de se heurter et de dessiner ainsi le champ des possibles. Cette analyse a toutefois permis de tirer un certain nombre d'enseignements.

En premier lieu, il nous semble difficile, en l'état des technologies et à l'issue de cette réflexion, de modifier profondément l'équilibre actuel de la loi. La loi a posé une obligation spécifique de sécurisation de l'accès à internet, sur laquelle s'appuie une infraction de négligence dans cette sécurisation. En plus de la contrefaçon, dont l'existence est prouvée mais dont l'imputabilité n'est généralement pas établie, il est donc possible de sanctionner la négligence de l'abonné à éviter l'usage contrefaisant de son accès à internet. En revanche, n'est sanctionnée que la négligence dans l'usage des moyens de sécurisation qu'il avait à sa disposition. Dans le champ répressif, il ne nous semble pas possible de revenir sur cet équilibre sauf à créer une responsabilité pénale pour autrui ou à recourir à des moyens de surveillance intrusif, solutions toutes deux également inenvisageables.

En deuxième lieu, les évolutions possibles sont nombreuses et d'importance variée : les contraintes constitutionnelles et conventionnelles ne dessinent pas une voie unique. Ces différentes voies supposent des réformes d'importance inégale : de l'approfondissement de moyens de sécurisation efficaces à droit constant et d'un ajustement marginal du nombre et du contenu des recommandations jusqu'à des changements de plus grande ampleur, consistant à confier à l'Hadopi un rôle dans la procédure pénale (émission d'une amende forfaitaire pénale ou pouvoir de transaction pénale) voire à la réformer pour revenir au schéma initial d'une sanction administrative, mais uniquement pécuniaire.

En troisième lieu, certaines contraintes juridiques qui avaient pu être présentées comme limitant fortement toute possibilité d'évolution nous semblent pouvoir être relativisées. Ainsi, il nous semble, sous toutes les réserves indiquées et les suggestions formulées dans le document, que ces projets de réforme peuvent être conformes au test de proportionnalité sévère de la jurisprudence dite *Tele2 Sverige AB* (CJUE, 21 décembre 2016, *Tele2 Sverige AB*, C-203/15). De même, la jurisprudence constitutionnelle ne nous semble pas condamner irrévocablement l'institution d'une sanction administrative, y compris en conservant aux ayants droit la charge de procéder aux constats de contrefaçon, si elle est assortie de garanties appropriées.

Annexe : lettre de mission



*Christian Phéline
Président*

M. Louis Dutheillet de Lamothe,
Maître des requêtes

Conseil d'État
1 Place du Palais Royal,
75001 Paris

Paris, le 24 août 2017

Monsieur,

La Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet (Hadopi), instituée par les lois n° 2009-669 du 12 juin 2009 (dite Hadopi I) et n° 2009-1311 du 28 octobre 2009 (dite Hadopi II), est une autorité publique indépendante (API) en charge notamment d'une mission de protection des droits d'auteur et droits voisins sur internet, en particulier à travers une procédure par étapes d'avertissements puis d'éventuelle sanction, dite de réponse graduée.

La loi dite Hadopi I du 12 juin 2009 a créé l'article L. 331-24 du code de la propriété intellectuelle (CPI) permettant aux ayants droit qui constatent des faits de contrefaçon sur les réseaux de pair à pair de saisir non plus seulement la justice sur le fondement du délit de contrefaçon, mais également l'Hadopi pour mise en œuvre de la réponse graduée. Pour ce faire, la loi a complété le point III de l'article L. 34-1 du code des postes et télécommunications afin de permettre à la commission de protection des droits (CPD) de l'Hadopi, à la réception de constats transmis par les ayants droit, d'obtenir auprès des fournisseurs d'accès à internet (FAI), sans intervention du juge, l'identité et l'adresse électronique de l'abonné correspondant à l'adresse IP à partir de laquelle a eu lieu une mise à disposition illicite d'œuvres protégées (article L. 331-21 du CPI).

Cette formule a été conçue par le législateur en vue de privilégier d'autres voies que les poursuites devant les tribunaux correctionnels sur le fondement du délit de contrefaçon (passible des peines de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende) dans le cas de piratage individuel dit « ordinaire » en escomptant que l'envoi préalable de messages d'avertissement serait de nature à modifier un grand nombre des comportements irréguliers.

Le texte voté de la loi dite Hadopi I prévoyait un pouvoir de sanction administrative exercé par la Haute Autorité elle-même qui pouvait prononcer une peine de suspension de la connexion à internet. Le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 2009-580 du 10 juin 2009, a censuré cette disposition au motif que seul le juge judiciaire pouvait prononcer une telle mesure restrictive de la liberté d'expression et de communication.

Dans le prolongement de sa décision n° 2004-499 du 29 juillet 2004, il a en revanche admis qu'à la suite de cette censure, les ayants droit pouvaient traiter des données à caractère personnel relatives à des infractions et les transmettre à la CPD dès lors que les missions de celle-ci « s'inscrivent dans un processus de saisine des juridictions compétentes ».

La loi dite Hadopi II est venue tirer les conséquences de cette décision en confiant au juge pénal la sanction d'une nouvelle contravention de 5^e classe dite de « négligence caractérisée » passible d'une amende d'un montant maximum de 1 500 euros (7 500 euros pour une personne morale) ainsi que de l'éventuelle suspension de l'abonnement à internet (articles L. 335-7, L. 335-7-1 et R. 335-5 du CPI). Cette infraction réside, pour un titulaire à internet qui a déjà reçu un avertissement de la CPD, dans le fait de ne pas avoir suffisamment sécurisé son accès à internet, permettant ainsi que celui-ci soit à nouveau utilisé à des fins de contrefaçon.

En application de la loi dite Hadopi II, la CPD est donc chargée d'une action pédagogique pré-pénale. La saisine par elle de l'autorité judiciaire n'intervient qu'en dernier ressort, lorsqu'ont été constatés, nonobstant des avertissements successifs, des manquements répétés du titulaire d'une connexion à l'obligation de surveillance de son accès à internet posée par l'article L. 336-3 du CPI.

Dans cette formule, la CPD ne prononce donc pas elle-même de sanction mais a l'initiative de transmettre les dossiers au parquet, cette transmission ne présentant pas de caractère automatique et résultant d'un examen des cas individuels. La commission peut également constater que les faits sont assez graves pour qu'elle décide de saisir l'autorité judiciaire sur le fondement du délit de contrefaçon.

Par ailleurs, le décret n° 2013-596 du 8 juillet 2013 a abrogé la peine complémentaire de suspension de l'accès à internet de l'abonné en supprimant les modalités d'application prévues au point III de l'article R. 335-5 du CPI.

Enfin, bien que la loi dite Hadopi II n'établisse plus de lien entre la procédure de réponse graduée et l'article L. 331-26 du CPI qui charge la Haute Autorité de labelliser les moyens de sécurisation des accès à internet (« La contravention de négligence caractérisée à la lumière de la mise en œuvre de la procédure de réponse graduée », Mireille Imbert-Quaretta, Jean-Yves Montfort, Jean-Baptiste Carpentier, *Semaine Juridique*, Édition Générale n° 19, 7 mai 2012), il est à signaler que des difficultés de mise en œuvre de cette dernière mission n'ont pas permis qu'elle trouve, à ce jour, d'application effective.

À l'issue des premières années de mise en œuvre de la réponse graduée, des organisations représentatives des intérêts des ayants droits ainsi qu'une mission d'information parlementaire (*La Hadopi : totem et tabou*, rapport d'information des sénateurs Loïc Hervé et Corinne Bouchoux, 2015) ont formulé diverses

propositions visant à renforcer le caractère dissuasif des sanctions de la négligence caractérisée.

Dans cette voie, diverses formules ont pu être suggérées qui posent des questions significativement différentes, d'un point de vue juridique, au regard de leur degré répressif et quant à leurs conséquences pour l'institution, selon que :

- la sanction demeure pénale sous la forme d'une « amende forfaitaire », obéissant à l'article 529 du code de procédure pénale, comme en matière d'infractions routières, ou est transformée en sanction administrative pécuniaire ;
- la définition de la négligence caractérisée reste inchangée ou évolue eu égard aux difficultés de caractérisation de l'infraction, dans l'esprit de ce qu'a jugé le Conseil constitutionnel en matière de présomption de culpabilité (décision n° 99-411 DC du 16 juin 1999 ; décision n° 2009-580 du 10 juin 2009) ;
- la sanction n'intervient qu'à l'issue de l'actuel mécanisme d'avertissements ou dès le premier constat assorti d'une identification de l'abonné ;
- les constats d'infraction restent de la responsabilité des ayants droit ou sont opérés par l'Hadopi.

Dans le cas de l'amende forfaitaire pénale, tout abonné contrevenant identifié se verrait proposer le paiement d'une amende pour éteindre l'action publique, qu'il pourrait contester devant le juge pénal. Dans le cas d'une sanction administrative pécuniaire, celle-ci serait prononcée directement par l'Hadopi elle-même, dans le respect des exigences de séparation des autorités de poursuite et de sanction et du principe du contradictoire, le contrôle du juge n'intervenant qu'a posteriori.

Afin d'éclairer les termes de ce débat, l'Hadopi souhaiterait recueillir votre analyse et celle de Madame Bethânia Gaschet sur les contraintes juridiques s'imposant aux diverses formules ainsi avancées au regard tant des principes constitutionnels que de la jurisprudence européenne relative notamment aux conditions de conservation des données personnelles par les FAI et de leur communication aux autorités publiques.

Nous souhaiterions être notamment éclairés sur les questions suivantes :

- une sanction administrative pourrait-elle être fondée sur les constats de personnes privées, à savoir les ayants droit ?
- Une automatisation des sanctions supposerait-elle l'institution de la présomption de culpabilité à partir de constats matériels, et celle-ci vous paraît-elle juridiquement possible en l'espèce ?
- Dans quelles limites et conditions, l'objectif de renforcement de la dissuasion pourrait-il être plutôt atteint par un recours accru aux procédures et décisions simplifiées, telles la composition pénale ou l'ordonnance pénale, et dans les cas les plus graves par des actions en contrefaçon ?

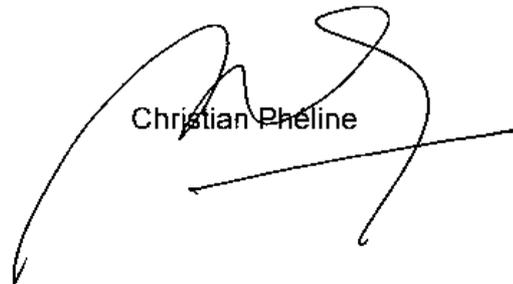
Nous vous serions également reconnaissants de nous indiquer, pour chacune des hypothèses en présence, ce qui dans leur mise en œuvre pourrait relever du domaine de la loi ou du décret, l'incidence éventuelle de ces propositions sur l'actuel statut d'API de l'institution, sur le rôle respectif de ses divers organes et sur le statut des agents en charge de la procédure concernée. Nous souhaiterions enfin que vous évaluiez ces différentes propositions au regard des exigences de bonne administration des juridictions concernées.

Pour mener à bien cette expertise vous pourrez vous appuyer sur les services de l'Hadopi, qui mettront à votre disposition les rapports et articles déjà publiés sur ces questions ainsi que l'ensemble des éléments d'informations que vous jugerez utiles relatifs au dispositif de la réponse graduée ou au cadre légal et réglementaire propre à l'Hadopi en tant qu'API.

Les diverses propositions soumises à cette expertise pouvant être adressées à nouveau aux pouvoirs publics en ce début de législature, je vous serais reconnaissant de me faire part de vos analyses d'ici la fin du mois de novembre.

Je vous précise par ailleurs que la présente demande de consultation visant à éclairer les pouvoirs publics, il est souhaité lui conserver, à ce stade, un caractère confidentiel.

Dans cette attente et me tenant à votre disposition pour toutes autres précisions, je vous prie de recevoir, Monsieur, l'expression de toute ma considération.


Christian Phéline