

QUI A GAGNÉ LA BATAILLE HADOPI ?

LE 27 OCTOBRE 2009 LA QUADRATURE DU NET

Le 22 octobre 2009, Nicolas Sarkozy jubilait dans un communiqué de presse : « Le Président de la République se réjouit de la prochaine entrée en vigueur de la loi relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet [dite Hadopi 2], après la décision du Conseil Constitutionnel qui en valide le contenu. »¹. [...]

Le 22 octobre 2009, Nicolas Sarkozy jubilait dans un communiqué de presse : « Le Président de la République se réjouit de la prochaine entrée en vigueur de la loi relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet [dite Hadopi 2], après la décision du Conseil Constitutionnel qui en valide le contenu. »¹. Alors que quatre mois et demi plus tôt, des couronnes mortuaires célébraient en liesse la mort de la loi Hadopi², la première mouture de la loi étant jugée anticonstitutionnelle. Comment deux opinions qui se sont affrontées durant près de deux ans peuvent-elle de concert clamer victoire ? Laquelle de ces parties peut de bon droit exulter ? Au final, *qui a gagné la bataille Hadopi* ? Au moment où est publié un livre retraçant cette bataille³, nous nous proposons de répondre à cette ultime question.

Une victoire législative pour Sarkozy

Pour déterminer le vainqueur de la bataille Hadopi, il convient en premier lieu de bien préciser en quoi a consisté cette bataille. Et tout d'abord, que signifie ce nom « Hadopi » ? Loin d'être le théâtre des opérations où l'affrontement s'est déroulé – Hadopi n'est ni Waterloo, ni Austerlitz⁴ – cet acronyme désigne avant tout la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet. Une autorité administrative mise en place par la loi n°2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet. Une loi elle-même communément appelée « Hadopi ». Censurée une première fois par le Conseil constitutionnel, le gouvernement a proposé dans la foulée un nouveau texte, rapidement surnommé « Hadopi 2 ». Le terme « Hadopi » désigne ainsi le corpus législatif promis par le président Sarkozy le soir de son élection à ses amis des industries du divertissement, présents lors du fameux dîner au Fouquet's.



Couronnées pendant des décennies de succès économiques, les industries du divertissement connaissent effectivement depuis une dizaine d'années une crise telle que leur survie est remise en cause. L'unique responsable de ce constat serait, selon ces industries, l'accroissement exponentiel du partage d'œuvres sans autorisation sur Internet. Si l'on ne vend plus de disques ou de films, c'est la faute au « piratage » ! Et l'ennemi est désigné : le « pirate ». Parvenu au pouvoir, le président Sarkozy promet aussitôt une loi pour éradiquer cet ennemi afin que puissent à nouveau fleurir les profits de ses amis des industries du divertissement.

L'élaboration de la loi ne fut cependant pas sans encombre. Les lois Hadopi reposent en

effet sur le rapport rédigé par une mission ad hoc chargée de légitimer les mesures législatives qui allaient être prises : la mission Olivennes, du nom de son président, Denis Olivennes, alors patron d'un des principaux revendeurs de produits de divertissement, fut mise en place dès la fin des vacances estivales, le 5 septembre 2007, et son rapport rendu le 23 novembre 2007. Mais alors que l'adoption de la loi était prévue avant l'été, le projet de loi n'est présenté en Conseil des ministres que le 18 juin 2008. Et si son adoption au Sénat se déroule sans encombre – en deux petites séances seulement, les 29 et 30 octobre 2008 – il faut attendre le 11 mars 2009 pour que le projet de loi soit examiné par les députés, le travail parlementaire étant fortement ralenti en raison de l'inflation législative. Les débats houleux en hémicycle, durant lesquels de courageux députés de tous bords martèlent les arguments juridiques et techniques⁵ qui finissent par laisser la ministre Albanel et le rapporteur Riester à court de toute réponse, ne s'achèvent que le 2 avril 2009.

Premier véritable camouflet, le 9 avril 2009, les députés de la majorité rechignant à venir voter un texte litigieux, le texte issu de la Commission mixte paritaire – CMP, chargée d'harmoniser les divergences entre les votes du Sénat et de l'Assemblée nationale – est rejeté à la surprise générale. Une disposition de la Constitution est alors dépêchée à la rescousse pour que le texte soit représenté au plus tôt aux députés⁶, sommés cette fois-ci d'avaliser la loi sans l'amender. Ce qui fut finalement fait le 12 mai 2009. Et le texte définitif fut adopté dans la foulée par le Sénat le 13 mai 2009.



Mais la promulgation de la loi Hadopi devait encore attendre. En effet, le texte est soumis à l'examen du Conseil constitutionnel, qui, le 10 juin 2009, censure tout pouvoir de sanction à Hadopi. En moins de quinze jours, un nouveau projet de loi Hadopi 2, confiant les sanctions à l'autorité judiciaire – réduite à sa plus simple expression, nous y reviendrons –, fut donc élaboré en hâte et présenté en Conseil des ministres le 24 juin 2009 par des ministres nommés la veille. Après une adoption rapide au Sénat durant la seule séance du 9 juillet 2009, le texte est envoyé à l'Assemblée en vue d'une adoption avant la trêve parlementaire. Toutefois, craignant de ne pas bénéficier de majorité à la veille des vacances estivales, le gouvernement renvoie le vote final sur la loi Hadopi 2 au 22 septembre 2009.

Cette fois-ci le Conseil constitutionnel a validé la quasi totalité du texte. Les lois Hadopi peuvent enfin être promulguées. En cela, Nicolas Sarkozy peut en effet s'estimer vainqueur. Il a obtenu – dans la douleur et aux forceps – ce qu'il voulait : une loi réprimant le partage d'œuvres sur Internet !



Une défaite juridique pour la riposte graduée

Mais la bataille sur le plan législatif n'est pas le cœur du sujet. L'arsenal législatif n'est qu'une arme privilégiée par le pouvoir exécutif, en tant qu'initiateur des projets de loi. Certes, une loi existe. Encore faut-il que ses dispositions permettent d'atteindre l'objectif auquel la loi était censée répondre. En l'occurrence : les lois Hadopi permettent-elles d'éradiquer – ou tout au moins, endiguer – les échanges d'œuvres sans autorisation sur Internet ? Et les industries du divertissement gagneront-elles un centime de plus avec l'application de ces lois ?

Sans revenir sur les nombreuses raisons de l'inefficacité technique chronique des lois Hadopi⁷, force est de constater que la détection d'échange d'œuvres sans autorisation sur

Internet – une détection automatique que la loi Hadopi a confié à diverses sociétés de perception de droit (SACEM, SACD, etc) et aux organismes de défense professionnelle – est d'ores et déjà jugée obsolète, les moyens d'y échapper étant d'ores et déjà de notoriété publique.

Mais, c'est surtout l'amputation du principe même de la réponse imaginée par la loi, qui condamne Hadopi à demeurer inopérante. En effet, les échanges d'œuvres sans autorisation sur Internet sont une pratique de masse. Pour circonscrire cette pratique de masse, la loi Hadopi proposait une réponse reposant sur des sanctions massives : la fameuse « riposte graduée ». Le stade ultime de cette riposte consistait à suspendre jusqu'à un an la connexion Internet des citoyens présumés coupables, qui auraient auparavant été avertis par courriel, puis lettre recommandée, de la menace pesant sur eux. En confiant à une autorité administrative le soin d'appliquer chaque étape de la riposte graduée – y compris la sanction de suspension de l'accès Internet – la loi Hadopi 1 tentait d'endiguer un phénomène de masse en ne s'encombrant d'aucun obstacle.

Mais il n'a pas échappé au Conseil constitutionnel que ce qui était vu comme obstacles à l'application de sanctions massives ne constituait ni plus ni moins que le respect de droits et libertés fondamentaux : séparation des pouvoirs, droit à un procès équitable, droits de la défense, respect du contradictoire, présomption d'innocence et nécessaire arbitrage entre droit d'auteur et liberté d'expression et de communication. Ainsi sa décision du 10 juin 2009 a porté un coup fatal à l'efficacité de la riposte graduée : les sanctions devant être prononcées par un juge, il n'est plus question qu'elles soient massives.

La loi Hadopi 2 tente bien de limiter ces contraintes en réduisant l'intervention du juge à sa portion congrue : recours aux ordonnances pénales et au juge unique, peine complémentaire de suspension de l'accès Internet et contravention pour « négligence caractérisée ». Mais ces artifices de procédure peuvent – et comment imaginer qu'il en soit autrement devant l'absence de preuve des constats établis par la Hadopi ? – être récusés par le juge et en dernier lieu contestés par le prévenu qui peut demander à bénéficier d'un procès en bonne et due forme.

Et, s'il n'a pas voulu infliger à nouveau une censure cinglante à la loi Hadopi 2, le Conseil constitutionnel n'a pas manqué de rappeler tout au long de sa décision ce rôle central du juge : c'est au juge de décider de la suffisance ou non des éléments de preuves⁸, de refuser le prononcé d'ordonnances pénales en cas d'incertitude, de prendre en compte toutes les circonstances empêchant éventuellement qu'une peine soit applicable, de décider d'appliquer ou non une peine complémentaire et de contrôler – pour ce qui est des juges du Conseil d'État qui auront à contrôler la légalité des décrets d'application – les éléments pouvant constituer une « négligence caractérisée ».

Enfin la loi Hadopi 2 elle-même souligne le pouvoir d'appréciation du juge, qui « *pour prononcer la peine de suspension [de l'accès à Internet] et en déterminer la durée, la juridiction prend en compte les circonstances et la gravité de l'infraction ainsi que la personnalité de son auteur, et notamment l'activité professionnelle ou sociale de celui-ci, ainsi que sa situation socio-économique. La durée de la peine prononcée doit concilier la protection des droits de la propriété intellectuelle et le respect du droit de s'exprimer et de communiquer librement, notamment depuis son domicile* ».

Ainsi, devant autant d'obstacles à franchir, l'application de sanctions massives devient illusoire et tout espoir d'efficacité de la riposte graduée s'en trouve neutralisé. Et si l'on considère que « Hadopi » désigne le dispositif destiné à endiguer le partage d'œuvres sans autorisation sur Internet, les opposants à la loi sont donc pleinement justifiés lorsqu'ils célèbrent leur victoire.

Une victoire idéologique des opposants à Hadopi

Qu'une loi promulguée soit en réalité inappliquée – car inapplicable – n'est hélas pas une exception. Il est une autre facette de la bataille dont l'importance semble primordiale – tout au moins pour l'actuel chef de l'État : que l'opinion soit convaincue de la nécessité des mesures instaurées par la loi. Ainsi, Hadopi a constitué – avant tout ? – une bataille idéologique.

La ministre de la culture chargée du projet de loi Hadopi 1 l'avait avoué en hémicycle : « *l'important est surtout de créer [...] un cadre psychologique qui permettent de juguler le milliard de téléchargements illégaux qui s'effectuent chaque année, essentiellement sur les sites de peer-to-peer* ». Et la même ministre de la Culture de l'époque était allée jusqu'à préciser en quoi consistait ce « cadre psychologique » : « *J'ai le sentiment que l'on crée, grâce à cette loi, un cadre juridique intéressant, mais aussi un cadre psychologique porteur du message selon lequel les créateurs, les artistes, les cinéastes, les musiciens ont le droit d'être rémunérés pour ce qu'il font. Il est important de dire à tous nos concitoyens, et notamment à*

tous les jeunes, que, s'il ne leur semble pas très grave de télécharger illégalement tel ou tel morceau de musique, cet acte n'est pas anodin puisqu'il produit des catastrophes en amont dans la profession. ».

Ainsi, le but – fondamental ? – d'Hadopi aurait été de convaincre l'opinion publique du bien-fondé du postulat, émis par les industries du divertissement et avalisé par le président de la République, à l'origine des lois Hadopi : les échanges d'œuvres sans autorisation sur Internet seraient responsables de la crise des industries du divertissement et il serait impératif de lutter contre cette pratique. Sur ce plan, il est assez simple de déterminer qui a remporté et qui a perdu la bataille : il suffit de constater si le message est passé ou non.

Les instruments traditionnels de mesure de l'opinion que sont les sondages n'ont pas été nombreux sur le sujet – peut-être parce que les commanditaires habituels des sondages se situent plus du côté des promoteurs d'Hadopi et que les résultats d'enquête d'opinion auraient été contraires à leurs intérêts ? Cependant les quelques enquêtes ayant mesuré l'impact d'Hadopi sur l'opinion sont sans appel. Ainsi, un sondage pour O1.net réalisé le 3 mars 2009 auprès de 10000 internautes indique notamment qu'à une très large majorité la loi Hadopi est jugée totalement inacceptable, que les avertissements envoyés par courriel n'ont pas d'incidence sur les habitudes de téléchargement, qu'il n'est pas nécessaire de mettre en place des sanctions pour lutter massivement contre le « téléchargement illégal » et que ce dernier n'est absolument pas la principale cause du déclin du marché du disque⁹. De même, selon un sondage réalisé par BVA pour BFM et La Tribune, les 12 et 13 juin 2009, auprès d'un échantillon de 1.006 personnes, représentatif de la population française âgée de 15 ans et plus¹⁰, 60% des Français approuvent la censure de la loi Hadopi 1 par le Conseil constitutionnel.

Il est encore plus révélateur de considérer l'impact médiatique des opinions sur la bataille Hadopi. Alors que les moyens mis en œuvre par Nicolas Sarkozy et son gouvernement pour influencer l'opinion publique étaient conséquents, ce sont les critiques et les doutes sur les lois Hadopi qui ont trouvé le meilleur écho dans la presse. Chaque prise de parole contre Hadopi a été abondamment relayée¹¹. Les divers revers des lois Hadopi – le rejet du texte de la CMP par les députés, la censure du Conseil constitutionnel ou les votes à répétition du Parlement européen d'un amendement condamnant la riposte graduée – ont fait les unes des quotidiens, journaux télévisés et radiophoniques.

À l'inverse, le site de propagande mis en place par le ministère de la Culture a davantage fait parler de lui lorsqu'il a dû être coupé suite à des attaques informatiques¹² ou lorsque son principal objet – une pétition de soit-disant 10000 artistes soutenant le projet de loi – a été démonté¹³. Et la communication officielle du ministère de la Culture s'est surtout illustrée dans la presse ou sur Internet par les railleries sur ses maladroites, par exemple lorsque qu'une dépêche AFP a tenté de décrédibiliser les opposants de la Quadrature du Net en les qualifiant de « cinq gus dans un garage », ou quand la ministre de la Culture a étalé son incompétence technique en évoquant les « pare-feux d'OpenOffice », etc. Alors que les opposants à Hadopi ont multiplié les créations originales en tout genre¹⁴ pour soutenir dans le fond et la forme leurs points de vue.

De même, pressentant l'incompatibilité des lois Hadopi avec les engagements communautaires de la France, les industries du divertissement et le président Sarkozy ont tenté d'introduire une légalisation de leurs plans au niveau de l'Union européenne. Bien mal leur en a pris, puisque le Parlement européen a, par cinq fois, affirmé sa ferme opposition à une régulation d'Internet mettant à mal les droits et libertés fondamentaux. Ce que la presse n'a d'ailleurs pas manqué de relayer.

Au-delà, l'échec le plus patent sur le plan idéologique des promoteurs d'Hadopi est sans doute l'émergence dans le débat public de propositions constructives imaginant des financements alternatifs pour les biens culturels en ligne¹⁵. Preuve que le message selon lequel les sanctions des lois Hadopi seraient indispensables pour financer la création n'est pas passé.

Bref, la bataille médiatique et idéologique a sans conteste été remportée par les opposants à Hadopi. Et le lancement du livre « La bataille Hadopi » au Fouquet's le 29 octobre 2009 vient clôturer en pied de nez leur victoire dans cette bataille.

Bilan : un grand perdant, l'État de droit

Ainsi, après analyse, le seul point où les partisans d'Hadopi – et en premier chef, le président Sarkozy – n'ont pas connu de défaite, est d'avoir obtenu une loi – et même deux ! Maigre consolation qui cache le fait que les objectifs initiaux de cette loi ont été neutralisés et que la véritable victoire appartient bel et bien aux opposants.

Il serait cependant réducteur de conclure que les lois Hadopi n'auraient rien changé, ni que

la bataille Hadopi n'occasionnerait aucun dommage collatéral. Car ce qui a été mis en lumière durant cette bataille est particulièrement préoccupant quant aux principes fondamentaux de l'État de droit.

On a pu en effet observer durant cette bataille Hadopi que la loi pouvait servir de prétexte à un chef d'État capricieux, dédaigneux de toute opinion contraire. Qu'importe que de telles opinions proviennent des autorités de référence du domaine telles que l'ARCEP et la CNIL ou de représentants des citoyens comme le Parlement européen. Qu'importe si le prix à payer est le sacrifice de principes constitutionnels tels que la séparation des pouvoirs, la liberté d'expression et de communication ou la présomption d'innocence. Le chef de l'État insiste à tout prix pour obtenir l'objet de ses caprices.

Le pire, c'est que ces caprices révèlent en creux une volonté qui est loin d'être innocente : celle d'affaiblir ou d'asservir tout contre-pouvoir à l'omnipotence présidentielle. Pour l'Élysée, l'espace d'expression que constitue Internet doit coûte que coûte être muselé. Le pouvoir législatif doit suivre scrupuleusement les instructions de l'exécutif. L'autorité judiciaire doit être contournée par tous les moyens...

Au final, le risque est grand que la Loi – avec une majuscule et pas seulement les minuscules lois Hadopi – soit décrédibilisée. Certes, il est probable qu'en l'occurrence nul juge n'applique jamais la peine de suspension de l'accès Internet sur la base des accusations de l'Hadopi. Mais que penser lorsque l'on peut, après des siècles de civilisation, réintroduire dans le droit les principes ancestraux du Talion: qui a volé par la main gauche se verra couper la main gauche, qui a « volé »¹⁶ par Internet se verra couper Internet ? De même, il est vraisemblable qu'aucune condamnation ne soit prononcée pour contrefaçon ou « négligence caractérisée » par le biais d'ordonnances pénales, puisque celles-ci pourront être contestées par le Parquet, le juge ou le prévenu. Mais comment comprendre qu'on puisse trouver légitime d'appliquer une justice expéditive à tout délit, simplement au vu de l'ampleur quantitative des infractions ?

Ainsi, malgré l'inapplicabilité des lois qui en ont découlé, il faudra retenir de la bataille Hadopi qu'elle aura été le théâtre d'un recul de l'État de droit. Ce recul se poursuivra-t-il jusqu'à la bascule ? Ou parviendra-t-on à inverser le mouvement ? Rendez-vous aux prochaines batailles !

—
» **Article initialement publié sur La Quadrature du Net**

1 ping

Les tweets qui mentionnent Qui a gagné la bataille Hadopi ? | Owni.fr --
Topsy.com le 28 octobre 2009 - 9:04

[...] Ce billet était mentionné sur Twitter par Donjipez, imath, Owni, baxxx, Antoine Msika et des autres. Antoine Msika a dit: "Qui a volé par la main gauche se verra couper la main gauche, qui a « volé » par Internet se verra couper Internet" <http://bit.ly/3MBLFL>
[...]