

L'apparition de l'agence HADOPI à travers les décrets d'application de la loi

Huit décrets en Conseil d'État sont annoncés dans le corps de la loi HADOPI 2⁴³. Les décrets en Conseil d'État sont des textes fondamentaux du pouvoir réglementaire. Dans la hiérarchie des normes, ils se situent entre la loi et l'arrêté. En nous intéressant aux décrets en Conseil d'État des lois HADOPI, et à leurs recours, nous voyons apparaître concrètement l'agencement des textes de loi avec le réel et la matérialité mouvante des échanges numériques, ainsi que la résistance qu'ils ont suscitée. Ces petits textes très limités matériellement permettent de mieux saisir l'absence d'extériorité du droit et le caractère performatif de ses opérations. Le droit n'apparaît donc plus comme une technique et un ensemble d'énoncés de règles. Les décrets permettent réellement d'effectuer le passage du texte de loi dans le réel, de traduire le geste législatif dans le monde, de procéder à son « épiphanie ». Nous proposons ici

²⁴³ « Art.L. 331-21.-Pour l'exercice, par la commission de protection des droits, de ses attributions, la Haute Autorité dispose d'agents publics assermentés habilités par le président de la Haute Autorité dans des conditions fixées par un décret en Conseil d'Etat. Cette habilitation ne dispense pas de l'application des dispositions définissant les procédures autorisant l'accès aux secrets protégés par la loi.

« Les agents doivent en outre remplir les conditions de moralité et observer les règles déontologiques définies par décret en Conseil d'Etat.

« Dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, la Haute Autorité attribue aux offres proposées par des personnes dont l'activité est d'offrir un service de communication au public en ligne un label permettant aux usagers de ce service d'identifier clairement le caractère légal de ces offres. Cette labellisation est revue périodiquement.

« Un décret en Conseil d'Etat précise la procédure d'évaluation et de labellisation de ces moyens de sécurisation.

« Un décret en Conseil d'Etat, pris après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, fixe les modalités d'application du présent article. Il précise notamment :

« — les catégories de données enregistrées et leur durée de conservation ;

« — les destinataires habilités à recevoir communication de ces données, notamment les personnes dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public en ligne ;

« — les conditions dans lesquelles les personnes intéressées peuvent exercer, auprès de la Haute Autorité, leur droit d'accès aux données les concernant conformément à la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

« Art.L. 331-38.-Un décret en Conseil d'Etat fixe les règles applicables à la procédure et à l'instruction des dossiers devant le collège et la commission de protection des droits de la Haute Autorité.

« Un décret en Conseil d'Etat fixe les conditions d'application du présent article et notamment la composition, les modalités de saisine et de fonctionnement de la commission ainsi que les voies de recours juridictionnel contre ses décisions.

d'expliciter ce mode d'existence si particulier du droit en pénétrant l'alchimie des décrets en Conseil d'État qui le font apparaître dans le monde des êtres humains et non-humains.

Comment se fabrique un décret en Conseil d'État ?

Depuis l'adoption de la Constitution de la Vème République de 1958, les rapports entre pouvoir législatif et pouvoir réglementaire font l'objet de vives controverses. Avant cette date, le domaine d'action de la loi n'avait pas de bornes et le pouvoir réglementaire n'avait qu'une fonction limitée d'exécution de la loi. Le parlementarisme régnait donc sans partage sur l'édiction des normes de gouvernement et de gouvernance, avec les limites connues de la IIIème et IVème République d'instabilité gouvernementale et du risque de blocage de la moindre volonté d'action législative, même concernant un point de détail. En 1958, l'article 37 de la Constitution²⁴⁴ instaure un pouvoir réglementaire autonome et édicte des domaines d'attribution de la loi pour limiter le légicentrisme. L'article 34 fixe, quant à lui, les domaines dans lesquels la loi fixe les détails ou détermine les principes fondamentaux dont le détail est renvoyé à des décrets d'application. Suite à cette disposition de rupture de la Constitution de 58, la pratique du pouvoir a cependant subordonné clairement le pouvoir réglementaire qui n'a pas acquis l'autonomie inscrite dans la lettre du texte constitutionnel. Ainsi, les normes réglementaires, en particulier les décrets, doivent toujours respecter les lois et peuvent être contestés par quiconque considère que ce n'est pas le cas.

Il existe plusieurs types de décrets dont ceux « pris en Conseil d'État ». Cette institution, aux fonctions pratiquement inconnues des administrés entretient – comme Bruno Latour en a fait l'étrange expérience comme anthropologue – un savant détachement, une subtile indifférence au regard extérieur et à toute velléité de réflexivité, alors que tout autour de lui le monde s'agite, « orgueilleusement relié à rien » (Latour 2002: 270). Pourtant, cette institution occupe une position centrale dans l'État puisqu'elle

²⁴⁴ Art. 37 de la Constitution de 58 : *Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire. Les textes de forme législative intervenus en ces matières peuvent être modifiés par décrets pris après avis du Conseil d'Etat. Ceux de ces textes qui interviendraient après l'entrée en vigueur de la présente Constitution ne pourront être modifiés par décret que si le Conseil constitutionnel a déclaré qu'ils ont un caractère réglementaire en vertu de l'alinéa précédent.*

contrôle la production juridique et possède la faculté de peser sur le contenu même des normes et du droit en constituant, sans doute plus concrètement que les enceintes parlementaires, l'une des principales *fabriques*. Jacques Chevallier souligne, pour sa part, que le Conseil d'État n'est pas seulement une institution mais surtout un Corps de hauts fonctionnaires qui occupent des fonctions essentielles à l'intérieur de la machinerie étatique et gouvernementale, notamment au sein du Secrétariat général du gouvernement, véritable « dispositif essentiel d'aiguillage » (Chevallier 2007: 11) de la production législative. Par ailleurs, la plupart des directions juridiques des ministères sont occupées par des conseillers d'État. Au sens large, un décret fait ainsi partie de ce que l'ordre administratif qualifie d'acte administratif unilatéral dans la mesure où l'Administration modifie l'ordonnancement juridique, fixant de nouvelles règles, droits et obligations qui ne requièrent pas le consentement des administrés. C'est en cela qu'il est unilatéral. C'est donc le type même de l'action administrative auquel est attaché une véritable présomption de légalité et qui bénéficie à ce titre du « privilège préalable » obligeant les administrés à s'y conformer. En conséquence, un recours devant le juge pour un tel acte n'interrompt pas son œuvre, la doctrine administrative affirme même qu'il est vain de demander à l'Administration la permission d'agir : elle n'en a pas, presque ontologiquement, besoin²⁴⁵. Il s'agit d'un effet de droit particulièrement important dans la mesure où une décision administrative peut être imposée aux administrés sans leur consentement en vertu de la prérogative de puissance publique. Ce caractère décisoire fait naître des effets de droit comme la possibilité de former un recours devant le juge, ou de faire exécuter ces décisions administratives par la force. La plupart de ces décisions sont écrites (décrets, arrêtés...), mais elles peuvent être aussi orales, voire se manifester par un simple geste, comme celui d'un agent de police. Certains de ces actes administratifs peuvent être non réglementaires comme les permis de construire.

Un décret, réglementaire ou individuel, pris par le Président de la République ou le Premier ministre constitue la forme essentielle des activités politiques et administratives de ces deux autorités. D'un point de vue formel, un décret comporte deux parties. En premier lieu, des « visas » faisant référence à un réseau de textes antérieurs sur le fondement desquels le décret est pris ; suit le « dispositif » en plusieurs articles explicitant le contenu du décret et les conséquences juridiques. La portée des décrets est diverse :

²⁴⁵Cette faculté de l'acte administratif unilatéral n'a pas, par exemple, à être reconnue par un juge (Jurisprudence du Conseil d'État, Préfet de l'Eure, 30/5/1913).

soit elle est réglementaire et ils s'adressent à tous les administrés, soit elle est individuelle lorsqu'ils portent sur des individus, par exemple dans le cas d'un décret de nomination d'un haut fonctionnaire.

Il existe une hiérarchie entre les décrets en fonction de l'institution qui les édicte. Les plus importants normativement sont ceux délibérés en Conseil des ministres et signés du Président de la République. Suivent, les décrets en Conseil d'État, qui nous intéressent ici, obligatoirement soumis pour avis avant leur édicition, au Conseil d'État. Ils portent à la fin de leurs visas la mention « Le Conseil d'État (section [concernée]) entendu » et sont signés par le premier ministre et les ministres concernés par son application. On peut d'ores et déjà noter qu'un recours vis-à-vis d'un décret pris en Conseil d'État revient à demander de statuer sur sa valeur par l'institution même qui l'a préalablement validé. Enfin, les décrets simples, pris aussi par le Premier ministre, constituent le mode le plus classique d'exercice du pouvoir réglementaire.

La rédaction concrète d'un décret suit un circuit très formalisé. Les acteurs de la rédaction d'un décret sont le directeur de cabinet du ministère concerné (le « ministère porteur ») et les magistrats détachés auprès du secrétariat général du ministère en question. Pour les décrets étudiés ci-après, il s'agit de la magistrate Pascale Compagnie, sous-directrice du service des affaires juridiques du Secrétariat général du Ministère de la culture et ancien commissaire du gouvernement auprès de la CNIL qui a supervisé la rédaction des décrets²⁴⁶. Au niveau ministériel, le projet de texte doit comporter une notice explicative. Les autres ministères concernés par le décret doivent être aussi consultés, notamment le Ministère de la justice dès que le décret inclut des sanctions pénales. Après accord entre les ministères, les organismes dont l'avis est prévu ou requis doivent être aussi consultés. Ce point fera l'objet, comme nous le verrons ultérieurement, d'un recours sur l'un des décrets HADOPI. Pour les décrets HADOPI, une contribution de la Chancellerie est à noter pour celui qui concerne spécifiquement la sanction pénale²⁴⁷. Les Ministères de l'industrie et de la consommation ont aussi suivi, « de loin » selon Pascale Compagnie, la rédaction des décrets. La période usuelle de rédaction est en général de deux mois au niveau ministériel et deux autres mois pour l'interministériel. Une fois le texte du décret finalisé en réunion

²⁴⁶Entretien du 2 décembre 2013 en compagnie de son conseiller technique, David Pouchard, chargé de mission au bureau de la propriété littéraire et artistique au Ministère de la culture et de la communication.

²⁴⁷Décret instituant une contravention de négligence caractérisée (2010-695 – 25 juin 2010). Pour le Ministère de la justice, Francis Le Gunehec, chef du bureau de la législation pénale générale.

interministérielle, il est « bleu » (en raison de la couleur du papier utilisé). Cette expression signifie que la couleur du papier sur lequel est imprimé le projet de texte du décret constitue une décision du gouvernement. Le secrétaire général du gouvernement endosse cette responsabilité. Une fois « bleu », le texte est transmis obligatoirement au Conseil d'État à l'occasion d'une saisine adressée à la section compétente, ici celle de l'Intérieur. À l'occasion d'une « réunion de bibliothèque », le Conseil d'État donne un avis sur le texte. Le gouvernement, après retouche éventuelle du texte et nouvelle saisine du Conseil d'État, ne peut retenir un texte différent de l'avis du Conseil d'État²⁴⁸. Le texte est ensuite envoyé pour contreseing des ministres, puis adressé enfin au Premier ministre.

Parmi la douzaine de décrets²⁴⁹ pris dans le sillage de la loi HADOPI 2 nous examinons principalement

²⁴⁸La jurisprudence du Conseil d'État témoigne de la rigueur de ces règles (voir par exemple CE, 2 mai 1990 Joannides, n° 86662), de sorte que le Gouvernement court les plus grands risques, sur le plan contentieux, en adoptant une rédaction qui s'écarte, même sur des points de détail, tant de celle adoptée par le Conseil d'État que de celle du projet initial. <http://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Guide-de-legistique/II.-Etapes-de-l-elaboration-des-textes/2.4.-Decret/2.4.2.-Elaboration-d-un-decret-en-Conseil-d-Etat>

²⁴⁹ [Décret n° 2009-887 du 21 juillet 2009 pris pour l'application de l'article L. 331-18 du code de la propriété intellectuelle](#)

fixe le modèle de déclaration d'intérêts que les membres du Collège et de la Commission de protection des droits ainsi que le secrétaire général de la Haute Autorité déposent à l'occasion de leur désignation.

[Décret du 23 décembre 2009 portant nomination des membres du collège et de la Commission de protection des droits de la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet](#)

porte sur la nomination des membres du Collège et de la Commission de protection des droits de la HADOPI. Le Collège est composé de neuf membres titulaires et de quatre membres suppléants. La Commission de protection des droits est composée de trois membres titulaires et de trois membres suppléants.

[Décret n° 2009-1773 du 29 décembre 2009 relatif à l'organisation de la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet.](#)

établit les règles d'organisation et de fonctionnement du Collège et de la Commission de protection des droits, prévoit les compétences du président et du secrétaire général, fixe les conditions de recrutement des agents de l'HADOPI et définit les procédures financières et comptables de la Haute Autorité. Il prévoit en outre les conditions de délivrance des agréments aux agents des sociétés de perception et de répartition des droits, des organismes de défense professionnelle et du Centre national du cinéma et de l'image animée (CNC).

[Décret du 20 janvier 2010 portant nomination de la présidente de la Commission de protection des droits de la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet - Mme IMBERT-QUARETTA \(Mireille\).](#)

[Décret n° 2010-236 du 5 mars 2010 relatif au traitement automatisé de données à caractère personnel autorisé par l'article L. 331-29 du code de la propriété intellectuelle dénommé « Système de gestion des mesures pour la protection des œuvres sur internet ».](#)

précise la finalité du traitement de données à caractère personnel mis en œuvre par la Haute Autorité dans le cadre du mécanisme de réponse graduée. Il établit la liste des informations et données à caractère personnel enregistrées dans le traitement, leur durée de conservation et la liste des personnes pouvant y avoir accès. Il rappelle les modalités d'exercice des droits d'accès et de rectification.

[Décret n° 2010-695 du 25 juin 2010 instituant une contravention de négligence caractérisée protégeant la propriété littéraire et artistique sur internet.](#)

introduit dans le code de la propriété intellectuelle un article R. 335-5 sanctionnant la négligence caractérisée du titulaire de l'abonnement qui, sans motif légitime, n'aurait pas mis en place un moyen de sécurisation de son accès à internet ou aurait manqué de diligence dans la mise en œuvre de ce moyen. Contravention de cinquième classe, la négligence caractérisée est punissable pour les personnes physiques d'une amende de 1 500 euros et d'une peine complémentaire de suspension de l'accès à internet pour une durée maximale d'un mois.

[Décret n° 2010-872 du 26 juillet 2010 relatif à la procédure devant la Commission de protection des droits de la](#)

les quatre décrets qui concernent la mise en œuvre de la réponse graduée, dispositif de la loi HADOPI 1 précédemment et intégralement censuré par le Conseil constitutionnel ; celui qui porte sur la labellisation de l'offre légale ; et enfin le décret portant sur la labellisation des moyens de sécurisation. Les autres décrets sont moins utiles à notre propos car ils concernent soit des mesures individuelles (nominations par exemple), soit des mesures administratives et comptables standard et sont, de plus, des décrets simples qui ne revêtent pas l'importance et l'autorité de ceux pris en Conseil d'État.

Les quatre décrets instaurant la réponse graduée

Les décrets sur le traitement automatisé (2010-236, 5 mars 2010 et 2011-264 et 11 mars 2011)

Avec le décret du 5 mars 2010 (2010-236), nous sommes au cœur de la mise en œuvre matérielle et informatisée des procédures inscrites dans les lois HADOPI, de la controverse entre données numériques matérielles, de l'imputation des faits et finalement des opérations d'un droit spécial de lutte contre la contrefaçon sur les réseaux numériques. Ce décret permet donc véritablement une apparition dans le réel de l'agence HADOPI et de son bras armé, la Commission de protection des droits. Pour cette raison, il

[Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet.](#)

précise la procédure applicable devant la Commission de protection des droits de la Haute Autorité, chargée de mettre en œuvre le mécanisme dit de « réponse graduée ».

[Décret n°2010-1366 du 10 novembre 2010 relatif à la labellisation des offres de services de communication au public en ligne et à la régulation des mesures techniques de protection et d'identification des œuvres et objets protégés par le droit d'auteur](#)

précise les modalités de la procédure de labellisation de l'offre légale ainsi que les règles (générales et particulières) applicables pour la mission de régulation des mesures techniques de protection.

[Décret n° 2010-1630 du 23 décembre 2010 relatif à la procédure d'évaluation et de labellisation des moyens de sécurisation destinés à prévenir l'utilisation illicite de l'accès à un service de communication au public en ligne](#)

relatif à la procédure d'évaluation et de labellisation des moyens de sécurisation destinés à prévenir l'utilisation illicite de l'accès à un service de communication au public en ligne a été publié au JORF le 26 décembre 2010. Ce texte précise la procédure d'évaluation des moyens de sécurisation par des centres agréés et le mécanisme de labellisation par la Haute Autorité.

[Décret n° 2011-386 du 11 avril 2011 relatif aux indicateurs de la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet](#)

relatif aux indicateurs de la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet est paru le 13 avril 2011 au Journal Officiel. Il fixe la liste des indicateurs, mentionnés à l'article L. 331-23, relatifs au développement de l'offre légale, qu'elle soit ou non commerciale, et à l'observation de l'utilisation, qu'elle soit licite ou illicite, des œuvres et des objets protégés par un droit d'auteur ou par un droit voisin sur les réseaux de communications électroniques.

[Décret du 6 janvier 2012 portant nomination à la Haute Autorité pour la diffusion des oeuvres et la protection des droits sur internet](#)

fera l'objet de plusieurs recours devant le Conseil d'État et d'une modification en date du 11 mars 2011. Son objectif factuel est de jeter les bases administratives de la constitution d'un système de gestion automatisé de données à caractère personnel, dont la base légale est inscrite à l'article L. 331-29 du Code de la propriété intellectuelle²⁵⁰. Cet article de la loi HADOPI 2 du 28 octobre 2009 annonçait explicitement ce décret. L'objet central de ce décret est donc de donner le cadre légal et technique de la structure des données personnelles susceptibles d'être recueillies et traitées automatiquement, de préciser les acteurs autorisés de la chaîne de traitement informatisé, la durée légale de conservation de ces données à caractère personnel et les droits d'accès que peuvent exercer les personnes concernées en vertu de la loi informatique et libertés de 1978.

Ce fichier de données personnelles est la pierre angulaire de la procédure de recommandations – la réponse graduée – qui trouve, quant à elle, son fondement dans l'article L. 331-25 du CPI²⁵¹. Les données répertoriées en annexe du décret sont de trois types : les saisines²⁵² qui proviennent des « organismes de défense professionnelle régulièrement constitués, des sociétés de perception et de

²⁵⁰ « Est autorisée la création, par la Haute Autorité, d'un traitement automatisé de données à caractère personnel portant sur les personnes faisant l'objet d'une procédure dans le cadre de la présente sous-section.

Ce traitement a pour finalité la mise en œuvre, par la commission de protection des droits, des mesures prévues à la présente sous-section, de tous les actes de procédure afférents et des modalités de l'information des organismes de défense professionnelle et des sociétés de perception et de répartition des droits des éventuelles saisines de l'autorité judiciaire ainsi que des notifications prévues au cinquième alinéa de l'article L. 335-7.

Un décret en Conseil d'Etat, pris après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, fixe les modalités d'application du présent article. Il précise notamment :

- les catégories de données enregistrées et leur durée de conservation ;
- les destinataires habilités à recevoir communication de ces données, notamment les personnes dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public en ligne ;
- les conditions dans lesquelles les personnes intéressées peuvent exercer, auprès de la Haute Autorité, leur droit d'accès aux données les concernant conformément à la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

Source :

http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=13F2F74546A36D6537C661440BBBAF37.tpdjo14v_3cidTexte=LEGITEXT000006069414&idArticle=LEGIARTI000021211047&dateTexte=29990101&categorieLien=cid

²⁵¹ Lorsqu'elle est saisie de faits susceptibles de constituer un manquement à l'obligation définie à l'article L. 336-3, la commission de protection des droits peut envoyer à l'abonné, sous son timbre et pour son compte, par la voie électronique et par l'intermédiaire de la personne dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public en ligne ayant conclu un contrat avec l'abonné, une recommandation lui rappelant les dispositions de l'article L. 336-3, lui enjoignant de respecter l'obligation qu'elles définissent et l'avertissant des sanctions encourues en application des articles L. 335-7 et L. 335-7-1. Cette recommandation contient également une information de l'abonné sur l'offre légale de contenus culturels en ligne, sur l'existence de moyens de sécurisation permettant de prévenir les manquements à l'obligation définie à l'article L. 336-3 ainsi que sur les dangers pour le renouvellement de la création artistique et pour l'économie du secteur culturel des pratiques ne respectant pas le droit d'auteur et les droits voisins.

²⁵² Date et heure des faits, adresse IP de l'abonné, protocole pair-à-pair utilisé, pseudonyme utilisé, informations relatives aux œuvres ou objets protégés, nom du fichier tel que présent sur le poste de l'abonné, nom du fournisseur d'accès auprès duquel l'abonnement a été souscrit.

répartition des droits, du Centre national du cinéma et de l'image animé » ; les données personnelles recueillies auprès des opérateurs de communications électroniques à des fins d'identification des titulaires²⁵³ des abonnements mis en cause ; et l'historique des recommandations adressées par la Commission de protection des droits par voie électronique et/ou voie postale.

L'article 4 du décret énumère les personnes autorisées à accéder aux données personnelles et le niveau de connaissance. Toutes les données sont accessibles aux membres de la commission de la protection des droits et aux agents assermentés de la HADOPI. Seules les données techniques nécessaires à l'identification des abonnés et à l'historique des recommandations sont adressées aux opérateurs et prestataires de communications électroniques. Dans sa version initiale les ayants droit ne reçoivent aucune information descendante du système de gestion automatisé des mesures de protection des œuvres sur internet.

L'article 8 instaure, quant à lui, une interconnexion entre plusieurs systèmes d'informations et commence ainsi à dessiner l'architecture technique de l'important système d'informations nécessaire à la mise en œuvre de la réponse graduée. Il s'agit, en premier lieu, du système d'information placé sous la responsabilité des ayants droit qui concerne l'interception des adresses IP des contrevenants et de l'œuvre téléchargée. Ces données constituent les éléments matériels de la saisine adressée à la HADOPI par les agents assermentés des ayants droit. Le second système d'information est constitué par le traitement automatisé de données propres à la Commission de protection des droits, administré par des agents assermentés de la HADOPI qui vérifient la recevabilité des informations et des preuves matérielles transmises lors de la saisine. Le troisième et dernier système interconnecté est celui des opérateurs et prestataires de communications électroniques (les fournisseurs d'accès) permettant d'identifier nominalement les titulaires des abonnements mis en cause. Le décret précise, si besoin était, que les interconnexions sont effectuées « selon des modalités assurant la sécurité, l'intégrité et le suivi des données et informations conservées ». Un dernier article du décret précise les durées de conservation de ces données à caractère personnel soumises à la loi Informatique et libertés²⁵⁴. Enfin, il est important de

²⁵³Nom, prénom, adresse postale et électronique, adresse de l'installation téléphonique.

²⁵⁴2 mois par la CPD si aucune recommandation n'est adressée au titulaire de l'abonnement, 14 mois après l'envoi d'une première recommandation, 20 mois après la date de présentation de la lettre remise contre signature constituant la deuxième recommandation. (article 3 du décret du 5 mars 2010)

souligner que si théoriquement les lois HADOPI ne se limitent à aucun moyen technique de téléchargement illicite, le décret du 5 mars qui établit les modalités de transmission des données entre ayants droit, fournisseurs d'accès et Commission de protection des droits ne vise que les échanges pair-à-pair. D'autres protocoles techniques comme le streaming nécessiteraient une modification du décret²⁵⁵.

*La modification du décret du 5 mars 2010 un an plus tard*²⁵⁶

Une seconde version du décret du 5 mars 2010 est publiée au Journal officiel le 11 mars 2011. Cette modification complète la première mouture centrée sur la phase pédagogique de la réponse graduée (mail et lettre recommandée) pour doter la Commission de protection des droits du fondement administratif du dispositif complet pour mener à bien le versant pénal de sa mission à partir de la deuxième recommandation jusqu'à la saisine du Parquet et l'exécution de la décision éventuelle de suspension de l'accès à internet.

Ainsi, l'article 1er du décret inclut désormais dans le périmètre de ses finalités la possibilité de la mise en œuvre des « saisines du Procureur de la République de faits susceptibles de constituer des infractions prévues aux articles L. 335-2, L. 335-3, L. 335-4 et R. 335-5 ». Il intègre aussi le principe d'une information descendante des Parquets vers les organismes de défense professionnelle et des sociétés de perception et de répartition des droits. Pour compléter la chaîne répressive, le décret intègre dans le système de gestion les mesures de notification des peines prévues aux articles L. 335-7 et L. 335-7-1 du code de la propriété intellectuelle. Il est aussi précisé les délais d'effacement des données suite à la mise en application d'une éventuelle peine de suspension ou de l'abandon des poursuites par le Procureur de la République. En toute logique, les organisations qui ont accès aux données à caractère personnel et à l'application de la peine de suspension sont élargies aux ayants droit, aux autorités judiciaires destinataires des procès-verbaux de constatation de faits susceptibles de constituer des infractions et au casier judiciaire. En outre, les opérateurs de communications électroniques ont connaissance des éléments

²⁵⁵ « Interview de Mireille Imbert-Quaretta, présidente de la Commission de protection des droits », *Legipresse*, novembre 2010.

²⁵⁶ modifiant le décret n° 2010-236 du 5 mars 2010 relatif au traitement automatisé de données à caractère personnel autorisé par l'article L. 331-29 du code de la propriété intellectuelle dénommé « Système de gestion des mesures pour la protection des œuvres sur internet »

nécessaires à la mise en œuvre des peines complémentaires de suspension de l'accès à un service de communication au public en ligne. Enfin, le système de gestion des mesures de protection des œuvres sur internet instauré par ce nouveau décret inclut dans la catégorie des données à caractère personnel les saisines du Procureur de la République, les courriers d'information des organismes de défense professionnelle et des sociétés de perception et de répartition des droits et les décisions de justice exécutoires comportant des peines complémentaires de suspension de l'accès à internet.

Controverses et résistances autour des deux décrets

Nous nous proposons dans les paragraphes suivants de détailler les modes de résistance qui se sont exercés sur les décrets et qui permettent, nous l'espérons, de jeter un peu de lumière sur les modalités de fabrication des instruments de l'action publique. En l'espèce, les résistances ont pris corps dans l'espace très formalisé des recours devant le Conseil d'État. À ce titre, ils constituent un laboratoire intéressant d'un des types de comportements énoncé par Albert Hirschman (1970) pour penser le rapport aux institutions : celui de la prise de parole par les publics cibles de l'action publique²⁵⁷.

Compte tenu de leur rôle central dans le processus de réponse graduée, la rédaction de ces décrets a été très observée et a fait l'objet de trois controverses importantes. La première est due à la découverte d'une importante faille de sécurité du prestataire technique des ayants droit par un internaute militant. En mai 2011, Olivier Laurelli²⁵⁸ – dit Bluetouff – confirme publiquement, grâce au signalement de plusieurs internautes (dès juin 2010), que sur les serveurs de la Société Trident Media Gard (TMG), prestataire de service pour les sociétés de perception et de répartition des droits, des milliers d'adresses IP et d'identifiants de fichiers surveillés sont librement accessibles. Malgré le caractère très sensible du sujet et la vigilance extrême des adversaires de la loi, la société TMG a commis une faute considérable de sécurité qui compromet la sécurité de l'interconnexion entre elle et le système d'information de la HADOPI. En

²⁵⁷ À côté de la prise de parole (*voice*), Hirschman énonce deux autres types de comportements face aux institutions : le contournement (*exit*) et l'appropriation (*loyalty*).

²⁵⁸ Coutumier du fait et hacker revendiqué, Olivier Laurelli sera condamné le 5 février 2014 à 3000 euros d'amende pour « maintien frauduleux dans un système d'information » et « vol » de document sur internet. Ce sont en effet plusieurs milliers de documents « non-sécurisés » de l'Agence Nationale de Sécurité, de l'Environnement et du Travail que le journaliste militant a téléchargé sans toutefois s'être introduit frauduleusement sur l'extranet de l'ANSES. Relâché en première instance en avril 2013, l'ANSES reconnaissant sa faille de sécurité, le Ministère public interjettera appel.

dépît des termes du décret qui stipulaient que les interconnexions devaient assurer la sécurité, l'intégrité et le suivi des données, cet incident incroyable – alors que l'agence est l'objet d'une fronde médiatique qui ne s'essouffle pas – produit un blocage immédiat de l'échange de données entre ayants droit et la HADOPI. Immédiatement informé des faits, le secrétaire général de la HADOPI, Eric Walter, suspend techniquement les liens avec TMG. Pour sa part, la CNIL qui avait donné son autorisation à la société TMG de collecter des adresses IP au profit des ayants droit, se trouve aussi sur la sellette. Les conditions posées à cette autorisation, comme le cryptage des adresses IP, ont manifestement été ignorées par le prestataire technique. Dans les plus brefs délais, la CNIL effectuera un contrôle de la société TMG²⁵⁹ et lui adressera une mise en demeure le 16 juin, ainsi qu'aux ayants droit clients de ce prestataire technique. En octobre 2011, la mise en demeure sera levée auprès de TMG mais pas auprès des ayants droit qui étaient les destinataires juridiques de l'autorisation. Il leur faudra attendre le 16 novembre 2012 pour que la CNIL lève la mise en demeure les concernant après qu'ils aient apporté : « de nombreuses mesures correctives [qui] ont permis d'assurer la conformité du traitement. Les SPRD ont en effet détaillé les procédures mises en œuvre pour améliorer la sécurité de leur système d'information. Les mesures correctives retenues par ces dernières et l'importance du plan d'action déployé ont fait l'objet d'une vérification sur place par une délégation de la Commission [CNIL] »²⁶⁰. Parallèlement à la procédure de la CNIL, la HADOPI, en tant qu'autorité indépendante, a diligenté les services d'un expert, David Znaty, pour évaluer les procédures de collecte d'adresses IP de TMG, leur degré de fiabilité et de sécurité. Lors d'un entretien Jean Berbineau²⁶¹, membre fondateur de l'ARMT et de la HADOPI, révèle avoir regretté l'absence d'audit de sécurité initial de TMG par la HADOPI :

« Si l'audit avait eu lieu avant la mise en place opérationnelle, on aurait vu les failles. Actuellement il y a

²⁵⁹La CNIL publiera un communiqué particulièrement sévère qui déplorera : "un certain nombre de manquements aux obligations de sécurité, incompatibles avec l'activité de TMG : manque de rigueur dans la mise à jour des équipements informatiques, mesures de sécurité physique défaillantes et absence de procédure formalisée garantissant la bonne application de ces mesures".

²⁶⁰Communiqué du 16 novembre 2012 de la CNIL. <http://www.cnil.fr/linstitution/actualite/article/article/cloture-des-mises-en-demeure-adressees-aux-societes-de-perception-et-de-droits-dauteurs-srpd/>

²⁶¹Entretien du 19 mai 2011, Ingénieur Général des Télécommunications et membre du CGTI (Conseil Général des Technologies de l'Information) depuis 2001, Jean BERBINAU a été notamment Directeur du Plan pour les Télécommunications de l'Ile-de-France hors Paris, Directeur technique de l'Agence France Presse au cours des années 80 puis Délégué Général d'EDIFRANCE-AFNOR. Au CGTI, les ministères de la culture et de l'industrie lui ont confié les missions relatives à la propriété intellectuelle. Commissaire du gouvernement pour le MINEFE lors de la discussion de la loi DADVSI, il siège depuis mai 2007 au CSPLA (Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique) comme personnalité qualifiée.

une vérification tous les trimestres par les ayants droit, mais la HADOPI aurait dû, en février 2010, procéder elle-même à un audit. Mais il y a eu des juristes pour dire, ce qui est vrai, « on n'a aucun lien contractuel avec TMG, donc on ne fera rien », ce qui est évidemment une vision qui montre bien la limite de s'en tenir au pur juridique. On est toujours fondé à un contrôle de qualité et à dire : nous n'accepterons pas les constats s'il n'y a pas un audit de fait. Nous avons tout pouvoir pour faire cela mais la HADOPI ne l'a pas fait. »

La seconde controverse au sujet des deux décrets instaurant le « système de gestion des mesures pour la protection des œuvres sur internet » concerne l'avis de la CNIL que le Ministère de la culture a été tenu de recueillir pour les visas du décret en vertu de l'article 11 alinéa 4 de la loi Informatique et libertés²⁶². Nous l'avons souligné antérieurement, les rapports entre la CNIL et les ayants droit ont été une succession de « passes d'armes » à propos de l'extension du pouvoir d'enquête de ces derniers sur les réseaux pair-à-pair²⁶³. On se souvient aussi que l'avis de la CNIL sur le projet de loi HADOPI avait été gardé secret par l'exécutif au moment de l'élaboration de la loi et de sa discussion, puisqu'il avait été opportunément « fuité » six mois plus tard pour révéler une position très critique vis-à-vis du projet de loi dans son ensemble. Le rapport annuel d'activité de la CNIL de 2008 reviendra sur cet épisode et réaffirmera son jugement critique du projet de loi, en particulier sur la question de la fiabilité des dispositifs techniques de sécurisation de la connexion des usagers²⁶⁴. Le 20 janvier 2011, la CNIL met à l'ordre du jour de sa séance plénière l'examen du projet de décret modifiant celui du 5 mars 2010 qui se voit complété en vue du volet pénal (transmission au Parquet et suivi de la décision éventuelle de suspension de l'accès).

²⁶² Article 11, 4° : Elle [la CNIL] se tient informée de l'évolution des technologies de l'information et rend publique le cas échéant son appréciation des conséquences qui en résultent pour l'exercice des droits et libertés mentionnés à l'article 1er ; A ce titre :

a) Modifié par la loi n°2009-526 du 13/05/2009 art.104.

Elle est consultée sur tout projet de loi ou de décret relatif à la protection des personnes à l'égard des traitements automatisés. A la demande du président de l'une des commissions permanentes prévues à l'article 43 de la Constitution, l'avis de la commission sur tout projet de loi est rendu public ;

²⁶³ Voir chap. 4 sur le pouvoir d'enquête des SPRD.

²⁶⁴ « Bien que le gouvernement n'ait pas souhaité au moment des débats que l'avis de la Cnil soit rendu public, la presse s'en était fait l'écho en novembre 2008. Non autorisée à répondre aux réactions ainsi suscitées, la Cnil précise cependant aujourd'hui la nature des réserves formulées. Celles-ci portaient principalement sur le dispositif de "riposte graduée" : la Cnil indiquait notamment qu'il était envisageable d'imposer une phase préalable d'information des internautes avant l'adoption d'une sanction et que "la fiabilité des dispositifs techniques destinés à garantir la sécurité des connexions n'est pas acquise . », CNIL, 29ème rapport d'activité, 2009, p. 18.

Les observateurs, une fois le décret publié en mars 2011, s'empresent de solliciter la CNIL pour qu'elle rende public son avis sur la constitution de ce système de gestion des mesures de protection sur internet qui entre de plain pied dans ses prérogatives. La loi ne l'oblige pas cependant à publier systématiquement ses avis. Alors que pour d'autres projets de loi touchant à ses prérogatives la CNIL avait pris soin de rendre public²⁶⁵ le compte rendu de ses séances, elle oppose dans ce cas une fin de non recevoir à plusieurs journalistes spécialisés. Ceux-ci pressentent dans l'embarras et la rétention d'information, que la CNIL, dont l'expertise dans ces domaines n'est plus à démontrer, cherche à soustraire au débat public des éléments d'analyse susceptibles de contredire le volontarisme du législateur. L'insistance redouble au moment de la publication de la modification du décret du 5 mars complété cette fois de son volet pénal (11 mars 2011). Devant de nouveaux refus de la CNIL, Marc Rees, rédacteur en chef du site spécialisé Pcinpact, décide de saisir la Commission d'Accès aux Documents Administratifs (CADA), une autre autorité administrative indépendante chargée de permettre l'accès des citoyens aux sources administratives, au besoin contre l'avis de l'administration elle-même. Le pressentiment des journalistes spécialisés était en effet fondé. Parmi les documents rendus publics, la CADA diffuse une lettre du président de la CNIL, Alex Türk, qui justifie son refus par le fait qu'« [il] estime que la partie relative à « la mise en œuvre du dispositif proposé » [de l'avis de la CNIL], qui porte sur des éléments qui ne figuraient pas dans le projet de décret soumis à la Commission, ne devrait pas figurer dans le document à transmettre. [Il] considère, en effet, que cette partie est de nature à porter atteinte « au déroulement des procédures engagées devant les juridictions ou d'opérations préliminaires à de telles procédures ». En mai 2011, l'avis de la CNIL du 20 janvier 2001 « fuite » dans la presse spécialisée²⁶⁶ et révèle deux arguments en effet embarrassants pour l'effectivité technique d'application de la réponse graduée. Le premier concerne les obstacles techniques objectifs à la suspension de l'accès à internet par les FAI sans interruption des services de téléphonie et de télévision²⁶⁷. L'autre point, dont nous verrons plus loin tout

²⁶⁵Par exemple à la même période, le 3 mars 2011, la CNIL publie son avis sur le décret relatif à la conservation d'informations par les hébergeurs et les Fournisseurs d'Accès Internet (FAI). <http://www.cnil.fr/linstitution/actualite/article/article/la-cnil-publie-son-avis-sur-le-decret-relatif-a-la-conservation-dinformatons-par-les-hebergeurs/>

²⁶⁶http://electronlibre.info/archives/spip.php?page=article&id_article=01243

²⁶⁷« la procédure pénale vise à suspendre l'accès à internet d'un abonné, sans le priver des autres services associés à cet accès, comme la téléphonie ou la télévision. Or il semble que tous les opérateurs ne disposent pas, à ce jour, des capacités techniques pour effectuer une telle suspension sélective. La Commission [la CNIL] estime qu'il est essentiel que les personnes ne se voient pas privées de l'accès à certains services dont la suspension n'est pas prévue par la loi. Elle [la CNIL] attire l'attention du ministère sur le besoin impératif de s'assurer des capacités techniques des opérateurs sur cette question ».

l'enjeu, insiste sur l'urgence de disposer de moyens de sécurisation labellisés afin de permettre aux internautes de se prémunir contre l'engagement de poursuites²⁶⁸.

Une troisième controverse autour du décret du 5 mars 2010 va prendre cette fois la forme, non plus de la révélation d'une faille de sécurité essentielle ou d'une dissimulation d'un avis d'une autorité indépendante divergeant de la politique gouvernementale, mais d'un recours en annulation auprès du Conseil d'État. Le 6 mai 2010, une requête est enregistrée au secrétariat du contentieux du Conseil d'État. Celle-ci est présentée par l'association French Data Network (FDN), un fournisseur d'accès à internet associatif, présidé par Benjamin Bayart²⁶⁹. FDN attaquera à plusieurs reprises des décrets HADOPI mais nous ne nous intéressons ici qu'à sa requête du 6 mai 2010. Dans le sillage des réserves techniques émises par la CNIL qui s'interroge sur la possibilité technique de rendre réelles plusieurs exigences de la loi, Benjamin Bayart va tenter par ce recours de déborder la logique administrative des décrets en affirmant que le décret est entaché d'un vice de forme, le Gouvernement ayant omis, selon lui, de consulter l'Autorité de Régulation des Communications Électroniques et des Postes (ARCEP), une autre autorité administrative indépendante convoquée à son tour dans la controverse. L'intérêt à agir de FDN – élément essentiel d'un recours auprès du Conseil d'État – réside dans le fait que la mise en place d'un traitement interconnecté avec les traitements mis en œuvre par les opérateurs de communications, (dont FDN fait partie en tant que fournisseur d'accès à internet répertorié auprès de l'ARCEP) aurait des répercussions financières importantes et potentiellement fatales pour un FAI associatif. Benjamin Bayart fait état de l'article L. 36-5 du Code des postes et communications électroniques qui dispose en effet que : « L'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes est consultée sur les projets de loi, de décret ou de règlement relatifs au secteur des communications électroniques et participe à leur mise en œuvre. ». Le recours affirme donc que : « Cette consultation imposée par la loi fait donc défaut en l'espèce. Or, il s'agit au sens de votre jurisprudence d'une formalité substantielle justifiant une

²⁶⁸ « En second lieu, la Commission [CNIL] a pris bonne note du fait qu'il n'existe pas de lien entre le recours aux moyens de sécurisation labellisés et la capacité pour le parquet à poursuivre des faits de manquement à l'obligation de sécuriser son accès internet. Toutefois, la Commission [CNIL] regrette que les moyens de sécurisation labellisés par la HADOPI aux termes de l'article L. 331-26 du code de la propriété intellectuelle ne soient pas encore à la disposition des internautes, et cela encore pour plusieurs mois. Dans la mesure où l'utilisation de tels moyens de sécurisation peut constituer un élément essentiel pour la défense des internautes, notamment en cas d'engagement des poursuites, la Commission [la CNIL] estime que ces moyens devraient être rendus disponibles dans les plus brefs délais ».

²⁶⁹ Entretien du 21 janvier 2014.

annulation dudit décret. Non seulement la consultation est imposée par la loi mais en outre cette omission a pu exercer une influence sur la décision. Plus généralement cette formalité avait à l'évidence pour objet d'accorder des garanties aux administrés (votre arrêt Baillou rendu le 27 juillet 1984 Rec. p. 306). Cette omission est donc de nature à entraîner l'illégalité du décret attaqué ».

FDN n'ayant pas choisi d'utiliser la procédure du recours en référé-suspension, la réponse du Conseil d'État ne sera communiquée que le 19 octobre 2011. Sans surprise, le Conseil d'État rejette la requête de FDN au motif que le décret visait à fixer les modalités du traitement automatisé pour permettre la mise en œuvre de la procédure de recommandations par la Commission de protection des droits. Le Conseil d'État rappelle que la loi n'imposait pas au gouvernement de consulter l'ARCEP. Le décret porte en effet sur un traitement de données à caractère personnel qui ne concerne pas les attributions de l'ARCEP. Et le Conseil d'État de conclure : *“ le moyen tiré de ce que le décret attaqué serait entaché d'irrégularité faute d'avoir été précédé d'une consultation de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes ne peut qu'être rejeté ; qu'il résulte de ce qui précède que l'association FRENCH DATA NETWORK n'est pas fondée à demander l'annulation du décret attaqué ”*.

Ces trois controverses de nature assez différente soulignent que l'autorité du pouvoir administratif à travers ses décrets pris en Conseil d'État peine encore à totalement refermer le tissu du droit autour des débordements causés par les échanges de biens culturels numérisés. Et encore, il ne s'agit ici que des deux décrets qui établissent la structure du système de gestion des mesures pour la protection des œuvres sur internet. Si, à travers eux, la HADOPI et la Commission de protection des droits émergent progressivement du texte de la loi vers le monde matériel des humains et des non-humains, nous allons constater que le nombre de décrets à stabiliser reste encore important et que leurs capacités à opérer vont être tout autant contestées.

Le décret instituant une contravention de négligence caractérisée (2010-695 – 25 juin 2010)

Autre décret essentiel : celui qui établit dans le droit la contravention de négligence caractérisée protégeant la propriété littéraire et artistique sur internet en créant l'article 335-5 du Code de la propriété

intellectuelle²⁷⁰. Compte tenu de sa dimension pénale²⁷¹, c'est la Chancellerie et notamment Francis Le Gunehec, chef du bureau de la législation pénale générale au Ministère de la justice, qui va se charger de la rédaction du décret. Le décret²⁷² définit ainsi la négligence caractérisée : « 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. ». Il précise aussi que cette négligence est punie à titre principal de l'amende prévue pour les contraventions de cinquième classe.

L'expression « motif légitime » est d'une importance capitale pour permettre à la loi et au droit de saisir dans leur mode de vérification le phénomène du téléchargement illicite. Ces deux mots rendent possibles l'interprétation des faits matériels de l'infraction et leur traduction en poursuites éventuelles par la Commission de protection des droits de la HADOPI. Si cette précaution avait été omise et qu'une automaticité avait lieu entre les saisines des ayants droit et la peine principale d'amende, la violation du droit à un procès équitable aurait pu être invoquée pour contester le décret et, partant, enrayer une nouvelle fois l'ensemble du dispositif répressif. Comme l'explique Mireille Imbert-Quaretta ²⁷³: « Étudier le « motif légitime » signifie que l'infraction est caractérisée, c'est-à-dire qu'il y a eu réitération des faits à trois reprises malgré l'envoi de deux recommandations préalables, que l'accès à internet n'a pas été sécurisé et que l'on a retrouvé des œuvres téléchargées via cet accès. C'est alors que l'abonné pourra faire valoir des « motifs légitimes », autrement dit d'exonération, examinés au cas par cas par la CPD, pour éviter d'être poursuivi en justice ». Mais, dans sa grande sagesse, le pouvoir réglementaire n'a pas précisé ce qu'il fallait entendre par « motif légitime », laissant ainsi aux magistrats de la Commission de protection des droits une marge d'appréciation pour transmettre ou non le dossier au Parquet.

Pour appliquer ces dispositions pénales, le décret précise que deux conditions doivent être réunies. En

²⁷⁰Partie réglementaire, Livre III : dispositions générales, Titre III : procédures et sanctions, Chapitre V : Dispositions pénales.

²⁷¹Voir chap. 6, consacré à l'infraction pour défaut de sécurisation.

²⁷²http://legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?sessionId=1431990B2E4324501A86DCDD32F153A5.tpdjo12v_2?cidTexte=LEGITEXT000006069414&idArticle=LEGIARTI000022402015&dateTexte=20140216&categorieLien=id#LEGIARTI000022402015

²⁷³« Interview de Mireille Imbert-Quaretta, présidente de la Commission de protection des droits », *Legipresse*, novembre 2010.

premier lieu, une recommandation par la Commission de protection des droits de mettre en œuvre un moyen de sécurisation de son accès à internet pour « prévenir le renouvellement d'une utilisation de celui-ci à des fins de reproduction » ; en second lieu le renouvellement dans l'année suivant la recommandation d'une utilisation de l'accès à internet 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 un droit voisin. Enfin, le décret du 25 juin instaure la fameuse suspension de l'accès à internet d'une durée maximale d'un mois mais – nuance de taille par rapport au projet répressif initial – comme peine complémentaire que le juge pourra prendre s'il l'estime pertinent en fonction du dossier (antécédents, récidive, quantité d'œuvres téléchargées...).

... Et sa modification le 10 juillet 2013 (décret n° 2103-596), supprimant la peine contraventionnelle complémentaire de suspension de l'accès

Nous l'avons déjà souligné, le spectre de la suspension de l'accès à internet, exigée par les *claims makers* pour affirmer la force du droit de propriété intellectuelle a agi comme un véritable « chiffon rouge », au cours des débats parlementaires et dans la presse. Cette disposition maximaliste a même été à l'origine de la censure du Conseil constitutionnel qui a estimé qu'elle pouvait être assimilée à une atteinte à la liberté fondamentale d'expression et de communication. L'opposition de l'époque avait même promis, dans le cadre de la campagne présidentielle de 2012, une abrogation pure et simple de l'ensemble des lois HADOPI. Arrivée aux affaires à l'issue de l'élection de François Hollande, le ton de la nouvelle majorité et de la nouvelle Ministre de la culture et de la communication Aurélie Fillipetti à l'encontre de l'Autorité publique administrative fut dans un premier temps virulent et sarcastique, laissant notamment planer publiquement un doute sérieux sur le financement et l'intérêt de l'institution. Ces attaques répétées eurent pour conséquence de « braquer » les filières des industries culturelles²⁷⁴. Par ailleurs, les propos tenus publiquement contraignirent les responsables de la HADOPI et ses agents à se défendre en

²⁷⁴ « Les propos de Fillipetti sur la HADOPI créent des tensions avec la filière musicale », *Le Monde*, 15 septembre 2012. http://www.lemonde.fr/technologies/article/2012/09/15/les-propos-de-fillipetti-sur-la-hadopi-creent-des-tensions-avec-la-filiere-musicale_1760713_651865.html

soulignant que si le nouvel exécutif voulait changer la loi, il avait toute latitude pour le faire mais que l'opportunité politique de la création de la HADOPI ne pouvait pas être légitimement portée par les fonctionnaires qui y travaillaient.

Alors que le nouveau pouvoir exécutif avait menacé de ses foudres l'agence honnie pendant la campagne électorale et les premiers mois d'exercice du pouvoir, c'est finalement par une modification du décret du 25 juin 2010 qui se traduit le volontarisme de la Ministre de la culture. C'est donc la suspension de l'accès à internet qui fut supprimée par décret, soulageant une partie des controverses sur la possibilité technique de suspendre l'accès à internet sans couper la téléphonie et la télévision, satisfaisant les militants les plus opposés à la loi en réalisant une promesse de campagne, tout en garantissant aux ayants droit que les missions répressives de la HADOPI seraient non seulement maintenues mais quantitativement intensifiées par le biais d'amendes de cinquième classe²⁷⁵.

Le décret relatif à la procédure devant la Commission de Protection des Droits (2010-872, 26 juillet 2010)

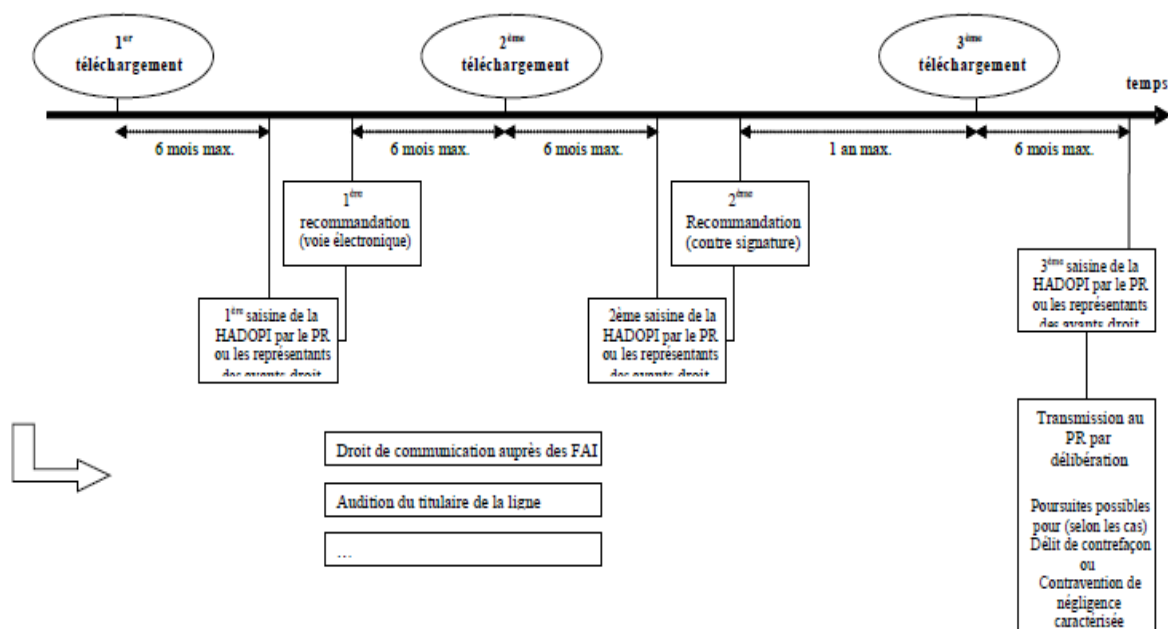
Après l'organisation du système de gestion des données et l'instauration de la contravention, le dernier décret fondateur permettant à la HADOPI de « passer à l'acte » décrit le chemin suivi par l'acte de téléchargement illicite, de sa commission à l'instruction par un juge. Il établit de manière symptomatique les « passages » du droit décelés par Bruno Latour (2002) dans son ouvrage ethnographique sur le Conseil d'État. Ce décret s'appuie fortement sur celui du 5 mars 2010 qui répertoriait les données à caractère personnel qu'ayants droit et fournisseurs d'accès échangeaient avec la Commission de protection des droits, les uns pour attester matériellement de l'acte de téléchargement, les autres pour traduire les données recueillies en identifiants du titulaire de l'abonnement. Nous ne détaillerons pas le chemin déjà évoqué à maintes reprises et synthétisé dans le schéma ci-dessous issu de la circulaire du Ministère de la justice du 6 août 2010²⁷⁶ précisément dédiée au personnel chargé de l'instruction pénale des dossiers, en

²⁷⁵D'un maximum de 1500 euros.

²⁷⁶Circulaire du 6 août 2010 relative à la présentation des lois n° 2009-669 du 12 juin 2009, favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet, et n° 2009-1311 du 28 octobre 2009, relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur Internet, ainsi que de leurs décrets d'application. NOR :

particulier les Procureurs de la République (PR dans le schéma).

ANNEXE 2 : schéma du déroulement de la procédure devant la commission de protection des droits de la HADOPI



Il est plus utile de retenir de ce texte court, le processus de fabrication du droit défini par Bruno Latour comme « un espace clos, rendu plus ou moins discutable par l'accumulation de pièces et sur lequel on n'aura bientôt plus besoin de revenir » (Latour 2002: 227). On voit très clairement apparaître la *superficialité* (De Sutter et Gutwirth 2004 : 276) du droit qui tient paradoxalement sa capacité de tout lier par le fait qu'il ne fait qu'effleurer l'essence des situations, des personnes et des actes qu'il inter-relie : « Rien que de la surface, rien que des filets, mais des liaisons qui vont vite et qui vont droit et qui nous emberlificotent, et qui nous tiennent, et qui nous protègent – à condition qu'elles restent à la surface, qu'elles engagent peu, et que l'on reste soi-même à la surface, peu engagé, afin de les suivre et de les interpréter » (De Sutter et Gutwirth 2004 : 286). On voit en effet défiler dans le texte de ce décret tout un maillage de petits travaux fragiles de saisines comportant une liste précise et fermée de données, de déclarations sur l'honneur d'agents assermentés, de signatures électroniques, de réception d'accusés de réception, de transmission, d'obligation de fourniture de documents, de sollicitations d'audition, d'envoi

JUSD1021268C, Bulletin officiel n° 2010-06 du 31 août 2010, <http://www.textes.justice.gouv.fr/bulletin-officiel-10085/bulletin-officiel-n-2010-06-du-31-aout-2010-20581.html>

de mels et de lettres en recommandé, de procès verbaux établis, signés, transmis, et enfin de décisions exécutoires sur le versant de l'application des sanctions. Le droit, fût-il administratif, est bien un travail de liaison, de rattachement, de tissage et d'assignation et non pas, comme on le pense trop souvent, un grand appareil de règles et de normes qui surplombe le réel des liens entre humains et non-humains.

Nouveau recours en Conseil d'État

Une nouvelle fois, un décret fondateur de l'agence HADOPI va faire l'objet d'un recours. Malgré une très faible chance de succès, nous allons constater que ce recours va permettre d'éclaircir le statut juridique controversé du premier mel de recommandation : s'agit-il d'un rappel à la loi ? Fait-il grief puisqu'il inaugure un processus pouvant aboutir à une sanction pénale ? C'est encore le fournisseur d'accès associatif FDN et son président Benjamin Bayart qui, au cœur de l'été 2010, vont adresser un recours en référé au Conseil d'État. Cette procédure d'urgence se justifiait selon les requérants en raison du fait qu'une fois le décret signé, la HADOPI était pleinement opérationnelle. Elle avait d'ailleurs annoncé que les premières procédures débuteraient dès la rentrée en septembre. Trois éléments distincts sont apportés pour contester la conformité du décret : son lien avec le décret du 5 mars 2010 lui même contesté, l'allégation de l'atteinte à la présomption d'innocence et une prétendue violation du principe du contradictoire. Le recours contre le décret du 5 mars 2010 ayant été entre temps rejeté par le Conseil d'État, le premier élément de contestation tombe de lui même. Concernant la présomption d'innocence, le Conseil d'État affirme dans sa décision que « l'ensemble de ces prescriptions n'emportent aucune automaticité entre les constats de manquements aux obligations prévues par la loi et le prononcé éventuel d'une sanction pénale par l'autorité judiciaire ; que dès lors le moyen tiré de ce que le décret attaqué méconnaît le principe de la présomption d'innocence garanti par l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ne peut qu'être écarté »²⁷⁷. La réponse du Conseil d'État est plus intéressante s'agissant de la violation prétendue du principe du contradictoire. Dans son recours, FDN soulevait le problème de la définition juridique de la première recommandation par mel. L'association croyait percevoir dans cette recommandation un acte susceptible de revêtir les traits d'une sanction, voire

²⁷⁷<http://www.conseil-etat.fr/fr/selection-de-decisions-du-conseil-d-etat/ce-19-octobre-2011-french-data-network-n.html>

d'une accusation, puisqu'elle est susceptible de constituer la première étape d'une procédure judiciaire. Si tel est le cas, tout individu accusé d'avoir commis un acte répréhensible doit pouvoir se défendre de telles accusations, ce qui n'est pas le cas pour la première recommandation. En droit interne, les requérants font appel à la loi du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs : si la recommandation par mel est un acte assimilable à une sanction administrative, elle doit être motivée et éventuellement pouvoir être contestée. En droit européen, c'est la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme qui énonce à son article 6²⁷⁸ les principes du droit à un procès équitable et à la présomption d'innocence qui est invoquée. Le Conseil d'État apportera une précision utile à propos du statut juridique du mel de première recommandation qui est, sauf erreur, une innovation dans le domaine du droit réglementaire. En effet, il ne semble pas exister d'autres cas pour lesquels un mel constitue une étape, certes initiale, mais inauguratrice d'éventuelles poursuites pénales. Il affirme donc que les recommandations adressées par la HADOPI « ne revêtent aucun caractère de sanction ni d'accusation » et qu'elles n'ont d'autre effet « que de rendre légalement possible l'engagement d'une procédure judiciaire ». Certes, la porte est étroite mais cela permet au Conseil d'État de conclure que « le moyen tiré de ce que l'envoi de ces recommandations prévu par le décret attaqué méconnaîtrait le caractère contradictoire résultant de la loi précitée ne peut être qu'écarté ».

Le décret sur la labellisation de l'offre légale et la régulation des mesures techniques de protection (n° 2010-1366, 10 novembre 2010)

Ce décret a pour objectif de rendre opérationnel le volet d'encouragement au développement de l'offre légale voulue par le législateur comme élément d'équilibre en regard de la réponse graduée qui, même atténuée sémantiquement, constitue l'axe répressif et pénal de la loi. En effet, il est utile de rappeler ici que le téléchargement illicite provient notamment du fait que l'offre de téléchargement légal des œuvres audio-visuelles est particulièrement pauvre au moment des débats parlementaires et avant le décollage de

²⁷⁸« Droit à un procès équitable. 1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle (...) 2. Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie (...). »

l'offre de téléchargement musical en streaming. Cette rareté est explicitement voulue et organisée par le secteur des industries culturelles qui s'appuie historiquement sur une économie de la rente des droits de propriété littéraire et artistique. Organiser la pénurie pour accroître les prix est en effet une règle canonique du marché, même si les biens culturels sont loin d'être des biens théoriquement parfaits du point de vue des théories économiques classiques²⁷⁹. La sacro-sainte chronologie des médias, moteur de l'industrie audio-visuelle française, accentue encore cette tendance. Le législateur a donc entrepris de tenter de corriger cette rareté d'œuvres légalement téléchargeables qui induit une très forte incitation à la commission d'actes illicites attentatoires au droit d'auteur. D'autre part, et de manière contiguë, ce décret aborde la question de la régulation des mesures techniques de protection²⁸⁰, elles aussi conçues pour empêcher techniquement l'accès aux biens culturels numérisés. Dans un même souci d'équilibre, le législateur a depuis la loi DADVSI de 2008 tenté d'imposer une interopérabilité entre ces mesures techniques qui ont bien souvent été instrumentalisées par les industriels comme des moyens d'excluabilité et de « sur-réservation » conduisant, d'une part à des tentatives de verrouillage vertical de filières de biens culturels et de l'autre, à une pénalisation accrue des consommateurs qui ne pouvaient pas lire les supports légalement achetés sur n'importe quel équipement. Ces inconvénients liés aux MTP sont aussi de très puissants vecteurs d'encouragement à enfreindre les dispositions légales de la propriété littéraire et artistique.

La mission d'encouragement au développement de l'offre légale : une loi pour promouvoir des offres commerciales légales ?

L'idée de confier à la nouvelle agence un rôle dans la promotion de l'offre légale est arrivée tardivement dans le débat législatif. Si cette mission pédagogique, maintes fois rappelée par les promoteurs du texte comme un équilibre à une approche répressive, peut se comprendre d'un point de vue politique, elle interroge fortement les constitutionnalistes. En effet, inscrire dans la loi une mission de promotion d'offres économiques légales outrepasserait largement le périmètre dévolu au pouvoir législatif par la

²⁷⁹Voir Introduction générale.

²⁸⁰Voir chapitre 2.

Constitution et son article 34²⁸¹. Ce nouvel élément « baroque » des lois HADOPI embarrasse les rédacteurs du décret qui se retrouvent dans une situation totalement inédite, sans aucun modèle sur lequel appuyer leur rédaction et confrontés à une « absence de sachant »²⁸² en matière juridique sur ce point de la loi dont ils sont censés rédiger le décret. Le principal écueil à éviter pour les rédacteurs du décret est de ne pas transformer la HADOPI en arbitre et garant de la licéité des offres commerciales et de la préserver de tout contentieux à cet égard. Autrement dit, si la HADOPI apporte un label de garantie que telle ou telle offre commerciale de téléchargement d'œuvres respecte le droit d'auteur, il faut veiller à ce que sa responsabilité ne soit pas engagée. De l'avis des rédacteurs, le processus a été très laborieux entre la phase interministérielle et le Conseil d'État. La difficulté de distinguer ce qui est légal de ce qui ne l'est pas en matière de mise à disposition d'œuvres au public demeure épineuse. Une première question porte sur les destinataires de la norme, dont la terminologie doit être suffisamment globalisante pour les différents cas de figure. Par exemple, le cas des plates-formes de mise à disposition de photographies présente des problèmes de vérification presque insolubles. Si pour des œuvres musicales ou audio-visuelles les sociétés d'ayants droit ont pu développer des outils et procédés de marquage et de repérage des œuvres, il n'en est pas de même pour les professionnels de la photographie qui ont vu leur secteur d'activité pratiquement détruit par le basculement numérique²⁸³.

Pour sortir de cette impasse, les rédacteurs du décret vont d'abord s'appuyer sur l'exemple de l'Institut National de la Propriété Intellectuelle (INPI), qui bien que n'étant pas une juridiction, joue le rôle de garant en matière de dépôt de brevets et de marques. Pour éviter d'engager la responsabilité directe de la HADOPI, le choix est donc fait de lui conférer un rôle d'organe de publicité des demandes de labellisation d'une offre commerciale légale ; charge aux ayants droit, dans un délai de quatre semaines, de présenter une objection à la labellisation si l'offre de téléchargement contrevient à la législation sur le droit de propriété littéraire et artistique. En l'absence d'objections, la HADOPI accorde pour un an un

²⁸¹<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexteArticle.do?idArticle=LEGIARTI000019241018&cidTexte=LEGITEX T000006071194>

²⁸²Entretien avec Pascale Compagnie, magistrate, sous-directrice des affaires juridiques du Ministère de la culture et de la communication, 5 janvier 2014.

²⁸³Le cas de la plate-forme *Fotolia* défraya la chronique à ce propos, puisqu'elle enfreignait la loi française à de nombreuses reprises, tant sur le plan du droit du travail dans ses conditions de rétribution des photographes que sur le plan du droit d'auteur. Étant éditeur de contenus selon la loi de confiance en l'économie numérique (LCEN) sa responsabilité se trouve engagée si elle met un cliché en vente sans l'accord des ayants droit. Dans ses conditions générales de vente, *Fotolia* reportait cette responsabilité sur l'acheteur du cliché, ce qui est contraire à la loi.

label matérialisé par un signe distinctif apposé de manière lisible sur le site internet « diffusant les œuvres constitutives de l'offre légale et désignant les œuvres couvertes par le label ». Concrètement, ce label se traduira par la création d'un logo et d'un sigle : le label PUR pour « Promotion des Usages Responsables ». Le label PUR et sa campagne de communication feront l'objet de très vives attaques dans la presse. Cette initiative inédite de faire labelliser par une autorité administrative et par la voie législative une offre commerciale déclenche de nouveau les passions, d'autant plus qu'elle s'accompagne d'une autre démarche de sensibilisation à destination du public jeune par le Ministère de la culture. La Carte Musique Jeune, financée sur fonds publics, prend en effet en charge 50% du prix d'un téléchargement légal sur les plates-formes titulaires du label PUR.

Ce décret qui avalise une décision aux marges du domaine d'action du pouvoir législatif va donc s'accompagner d'un « fiasco » en terme d'image et de résultat pour le volet pédagogique des lois HADOPI et va contribuer, si besoin était, à déprécier dans l'opinion publique la perception des lois de régulation des échanges de biens culturels sur les réseaux numériques. Le label PUR, finalement très peu connu du public, sera abandonné en décembre 2013 et remplacé par une plate-forme internet regroupant les offres commerciales labellisées par la Haute autorité sous le terme, certes plus explicite, de offrelegale.fr.

La mission de régulation des mesures techniques

Occultée par les débats sur le volet répressif et pénal, la mission de régulation et de veille dans le domaine des mesures techniques trouve dans ce décret du 10 novembre 2010 ses moyens d'action, et non des moindres puisqu'il confère à la HADOPI un rôle méconnu de sanction, hérité de l'Autorité de Régulation des Mesures Techniques (ARMT)²⁸⁴, morte-née avec l'échec de la loi DADVSI de 2008 mais non abrogée et ayant donc toujours une existence légale. Ce décret dote ainsi la HADOPI de pouvoirs inédits concernant les questions d'interopérabilité entre les mesures techniques de protection et

²⁸⁴Voir Chap. 3.

les appareils de lecture des fichiers audio-visuels. Elle peut ainsi obliger le propriétaire d'informations techniques liées à l'interopérabilité à communiquer ces données pour garantir une interopérabilité : « Tout éditeur de logiciel, tout fabricant de système technique et tout exploitant de service peut, en cas de refus d'accès aux informations essentielles à l'interopérabilité, demander à la Haute Autorité de garantir l'interopérabilité des systèmes et des services existants, dans le respect des droits des parties, et d'obtenir du titulaire des droits sur la mesure technique les informations essentielles à cette interopérabilité »²⁸⁵.

Le décret introduit une limitation non négligeable au droit de propriété intellectuelle dans la mesure où le titulaire des droits sur une mesure technique ne peut se soustraire à la publication du code source et de la documentation technique de son logiciel indépendant et interopérant que s'il apporte la preuve que cette publication aurait pour effet de porter gravement atteinte à la sécurité et à l'efficacité de ladite mesure technique. Si, après la saisine de la HADOPI, les parties ne s'accordent pas pour parvenir à une interopérabilité, l'agence peut émettre une injonction prescrivant, au besoin sous astreinte, les conditions dans lesquelles le demandeur peut obtenir l'accès aux informations essentielles à l'interopérabilité et les engagements qu'il doit respecter pour garantir l'efficacité et l'intégrité de la mesure technique, ainsi que les conditions d'accès et d'usage du contenu protégé.

En dernier recours, la Haute Autorité a le pouvoir d'infliger une sanction pécuniaire applicable soit en cas d'inexécution de ses injonctions, soit en cas de non-respect des engagements. Chaque sanction pécuniaire est proportionnelle à l'importance du dommage causé aux intéressés, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionnés et à l'éventuelle réitération des pratiques contraires à l'interopérabilité. Elle est déterminée individuellement et de façon motivée. Son montant maximum peut s'élever dans le cas d'une entreprise à 5 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques contraires à l'interopérabilité ont été mises en œuvre. Le montant maximal peut s'élever à 1,5 million d'euros dans les autres cas.

²⁸⁵ Art. L. 331-32 du Code de la propriété intellectuelle. <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000021212211&cidTexte=LEGITEXT000006069414>

Un recours pour une fois partiellement couronné de succès

Comme les précédents, ce décret et notamment l'article consacré à la mission de régulation des mesures techniques a fait l'objet de recours. Dans ce cas c'est la société Apple Inc. particulièrement sensible à la question des mesures techniques de protection qui va parvenir à faire annuler une partie du décret du 10 novembre 2010. Événement remarquable dans la mesure où les décrets pris « en Conseil d'État » et rédigés par cette institution ne sont que très rarement remis en cause par cette même institution. Il s'agit ici d'une particularité souvent soulignée du pouvoir administratif français qui est, dans le cas des décrets pris en Conseil d'État et plus largement dans le cas du contentieux administratif, d'être à la fois en pratique juge et partie. Les moyens de droits soulevés par le recours sont nombreux. Ils abordent tour à tour des points de légalité externe, (comme le défaut de consultation régulière du Conseil d'État ou un défaut de transmission à la Commission européenne), et des points de légalité interne²⁸⁶. Tous ces moyens seront rejetés par le Conseil d'État²⁸⁷ à l'exception d'un seul, et non des moindres, puisqu'il touche à des principes généraux du droit et de valeur constitutionnelle. En effet, le requérant soulève un moyen qui, selon l'expression du Conseil d'État a « prospéré » pour aboutir à l'annulation de la partie de l'article 2 du décret qui introduit dans le code de la propriété intellectuelle le titre IV de l'article R. 331-65 : « les décisions prises par le président de la Haute Autorité en application des dispositions du présent article ne peuvent être contestées qu'à l'occasion du recours dirigé contre les décisions de la Haute Autorité rendues en application des articles R. 331-68 à R. 331-70 ». Cet alinéa anodin ne permet en effet de contester une décision de la HADOPI qu'après son entrée en vigueur. En raison du caractère potentiellement sensible des informations industrielles concernées – le code source des mesures techniques de protection – le requérant a fait valoir que cette disposition, en interdisant un recours en référé, violait le droit constitutionnel à un procès équitable et au respect des droits de la défense²⁸⁸.

²⁸⁶ Comme l'atteinte potentielle aux secrets industriels, aux droits des auteurs des œuvres protégées par des mesures techniques, à la protection juridique des programmes informatiques et au fonctionnement de l'Union européenne dans la mesure où le décret imposerait des restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de l'Union

²⁸⁷ Le texte de la décision du Conseil d'État du 30 décembre 2013 :

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000028411776&fastReqId=310186288&fastPos=1>

²⁸⁸ *En ne permettant pas de contester la légalité des décisions prises par le président de la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet (HADOPI) sur les demandes de classement d'informations, documents ou parties de documents en annexe confidentielle qu'à l'occasion d'un recours contre la décision définitive adoptée par la HADOPI, les dispositions du IV de l'article R. 331-65 du code de la*

Le décret relatif à la procédure d'évaluation et de labellisation des moyens de sécurisation (n° 2010-1630, 23 décembre 2010)

Dès le début des débats parlementaires, la question de la surveillance d'internet a occupé les esprits et « échauffé » les échanges. Réprimer le téléchargement illicite est indissociable d'un processus de constitution de preuve et donc d'intrusion dans les échanges des internautes sur internet qui entremêle espaces de communication privée et publique. Plus la Ministre de la culture Christine Albanel tente de rassurer les parlementaires²⁸⁹, plus le doute s'installe dans les esprits. Pour rassurer et permettre à l'internaute de bonne foi de s'assurer qu'aucun usager de son abonnement – par exemple ses enfants – ne pourra enfreindre les règles de téléchargement sur internet, le législateur a inscrit dans la loi qu'une des missions de la HADOPI consiste, selon les termes du décret du 23 décembre 2010, à labelliser « des moyens de sécurisation destinés à prévenir l'utilisation illicite de l'accès à un service de communication au public en ligne ».

Décret « science fiction »

Un décret « science fiction, pour la gloire », tels sont les termes de la magistrate Pascale Compagnie pour qualifier ce décret le plus sensible et le plus complexe qu'elle ait eu à rédiger. L'idée initiale était relativement cohérente : à l'instar des anti-virus ou des logiciels de contrôle parental, les règles classiques

propriété intellectuelle font obstacle, le cas échéant, à l'exercice d'un recours ou d'une action en référé contre ces décisions devant le juge compétent. Eu égard à l'ampleur et au caractère potentiellement irréversible des effets des décisions que le président de la HADOPI peut prendre en vertu de l'article R. 331-65, les dispositions du IV de cet article méconnaissent le principe général du droit au recours et les exigences liées au respect des droits de la défense.

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?>

[oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000028411776&fastReqId=310186288&fastPos=1](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000028411776&fastReqId=310186288&fastPos=1)

²⁸⁹« Il n'y a aucune espèce de surveillance générale de la toile ; il s'agit simplement d'expérimentations menées par des acteurs de la culture, d'une part, et des acteurs d'Internet, d'autre part, pour la reconnaissance des contenus » ou encore « Nous entendons agir à la source en créant une sorte de tatouage des œuvres destiné à empêcher les actes de piratage. Il n'y a là rien de choquant. » [...] « installer des dispositifs de reconnaissance des œuvres interdisant de les pirater. Ce n'est pas l'HADOPI qui surveille, ni l'État : il s'agit, je le répète, d'expérimentations conduites par les acteurs culturels et Internet. »

d'offre et de demande devaient inciter des acteurs privés à se lancer dans l'édition de tels logiciels de sécurisation, charge à la HADOPI de mettre en place une procédure d'évaluation afin d'édicter un cahier des charges et de labelliser les offres commerciales satisfaisant aux contraintes. La pression médiatique est très forte sur cet aspect des missions de l'agence. Très rapidement, la presse spécialisée et les rubriques technologiques des médias généralistes dépistent une impasse technique à la possibilité de garantir un système informatique capable de sécuriser un accès à internet assorti des contraintes juridiques ouvertes par la loi. En matière de sécurité informatique on ne parle en effet jamais de sécurisation absolue d'un système d'information mais de niveau de risque. Un tel système reste toujours, de bonne foi ou non, contournable et comme l'usage de ce type de logiciel peut être invoqué pour se prémunir d'éventuelles poursuites y compris pénales, aucun éditeur de logiciel n'est prêt à courir le risque de défaillance dans ce domaine, compte tenu des contentieux potentiels. Outre cette pression médiatique qui va se saisir de cette impasse technico-juridique, nous avons déjà vu que la CNIL va presser la HADOPI de rendre effectif l'offre de logiciels de sécurisation. Son président Alex Türk regrette « que les moyens de sécurisation labellisés par la HADOPI aux termes de l'article L. 331-26 du code de la propriété intellectuelle ne soient pas encore à la disposition des internautes, et cela encore pour plusieurs mois. Dans la mesure où l'utilisation de tels moyens de sécurisation peut constituer un élément essentiel pour la défense des internautes, notamment en cas d'engagement des poursuites, la Commission [CNIL] estime que ces moyens devraient être rendus disponibles dans les plus brefs délais ». Certains fournisseurs d'accès annoncent aussi leur impatience de prendre connaissance des spécifications techniques pour développer des logiciels de sécurisation. Mais l'inquiétude sur le caractère invasif de ces logiciels pour la protection de la vie privée monte d'un cran quand Sylvie Forbin, en charge des relations institutionnelles chez Vivendi, laisse entendre²⁹⁰ que ces logiciels seront directement installés dans les box des fournisseurs d'accès et donc potentiellement hors de contrôle de l'utilisateur final. Enfin, pour contribuer encore à tendre le contexte de rédaction de ce décret, certains ayants droit – comme la SCPP (Société civile des producteurs phonographiques) – ne cachent pas leur souhait de mettre en œuvre des technologies de

²⁹⁰ À l'occasion du 16ème Forum européen de la propriété intellectuelle organisé par l'UNIFAB (Union des Fabricants) le 31 mars et 1er avril 2011, « Il y a une autre mission de l'HADOPI, dont nous attendons beaucoup. C'est de publier très rapidement les fameuses spécifications techniques qui vont permettre aux fournisseurs d'accès d'intégrer dans leurs nouvelles offres de prochaines générations, une sécurisation ». Cette sécurisation « va permettre aux usagers de bonne foi d'introduire ou d'activer dans les nouvelles box qu'ils achèteront, des dispositifs qui permettront de les aider à faire ce cheminement et à paramétrer l'usage de leurs enfants, l'usage de leur famille vers des offres légales et à pouvoir eux-mêmes aussi organiser leur propre espace. »

filtrage très proactives connues sous l'acronyme de DPI (Deep Packet Inspection). Ces technologies, véritable hantise des militants de la neutralité technique des réseaux, consistent à inspecter au plus profond des paquets d'information échangés sur les réseaux, ce qui permet de savoir qui envoie et reçoit l'information, selon quel protocole, jusqu'à connaître le contenu des informations échangées. Des documents qui attestent de discussions en ce sens au sein de la Direction générale du marché intérieur et des services de la Commission européenne sont publiés par des sites d'information spécialisée en septembre 2010²⁹¹. Interrogés, les responsables de la SCPP confirment l'avancement des discussions et l'option du filtrage : « C'est du *Deep Packet Inspection*, tout à fait, sauf que c'est un robot qui le fait, donc il ne regarde pas réellement ce qu'il y a. C'est un robot qui vérifie : est-ce qu'il y a un fichier protégé dedans ou pas ? Si oui, le fichier protégé ne suit pas »²⁹².

Pour les rédacteurs, il apparaît donc rapidement « qu'il faut faire le décret pour faire le décret. [...] C'est un décret procédural pour que la HADOPI s'en tire »²⁹³. Le texte se borne donc à décrire la procédure en vue d'obtenir une labellisation d'un moyen de sécurisation et ne s'aventure pas à décrire des éléments de cahier des charges que ce label viendrait valider. Cette procédure implique l'Agence Nationale de Sécurité des Systèmes d'Information (ANSSI). Cette dernière aura pour mission d'agréer des centres aptes à garantir et à évaluer la sécurité offerte par les éditeurs de logiciels de sécurisation. Mais au cours des réunions de rédaction du décret avec l'ANSSI et la Direction générale de la compétitivité, de l'industrie et des services (DGCIS) qui dépend des Ministères de l'économie et de l'industrie, les hauts fonctionnaires confirment l'impossibilité de garantir la fiabilité totale d'un logiciel chargé de la sécurité d'un accès à internet dont l'usage pourrait être opposable dans le cadre d'une suspicion de téléchargement illicite par la HADOPI. Malgré le rôle apparent de pivot essentiel de la loi, il semble donc impossible techniquement de conférer un tel degré de fiabilité à un logiciel. En avril 2011, les fameuses spécifications techniques et fonctionnelles de sécurisation sont rendues publiques par la HADOPI.

²⁹¹<http://www.pcinpact.com/news/59106-hadopi-dpi-vedicis-scpp-filtrage.htm>

²⁹²Marc Guez, directeur de la SCPP, cité par le site spécialisé Pcinpact : <http://www.pcinpact.com/news/69142-hadopi-moyen-securisation-label-filtrage.htm>

²⁹³Entretien avec Pascale Compagnie, 2 décembre 2013.

Le meilleur moyen de sécuriser son accès

Mais, aussi étonnant que cela puisse paraître, ces moyens labellisés, héritage des laborieux débats parlementaires et des exigences radicalisées de filtrage de certains ayants droit, importent peu dans la mise en œuvre active de la HADOPI deuxième version. En effet, la contravention de négligence caractérisée, rappellera Mireille Imbert Quaretta dans un interview²⁹⁴ de novembre 2010, est une infraction de commission par omission qui, comme toute infraction, se constate et ne se prouve pas. « On ne vous demande donc pas de prouver un fait négatif, on constate que vous n'avez pas fait quelque chose qui aurait empêché la réalisation du téléchargement. Ainsi, pour le stationnement interdit par exemple, c'est le PV qui constate l'infraction qui fait foi. C'est la même chose pour la contravention de négligence caractérisée : par trois fois on a constaté sur votre accès internet des œuvres téléchargées de façon illicite, c'est l'élément matériel qui est le même que la contrefaçon. On vous demande de sécuriser votre accès. Le « moyen de sécurisation » est défini dans la loi « HADOPI 2 » en fonction de son objectif : faire en sorte qu'il n'y ait pas de téléchargement illicite via votre accès à internet. Ce n'est pas un renversement de la charge de la preuve, ni la preuve d'un fait négatif. ». Ainsi, il n'existe pas de lien juridique entre l'usage d'un logiciel labellisé et une éventuelle mise en cause de l'abonné. Par cette déconnexion subtile autant qu'étonnante, le seul véritable « moyen de sécurisation » consiste à cesser de télécharger illicitement. La responsabilité qui pèse sur l'abonné est de faire cesser l'utilisation litigieuse de son accès à internet. Pour la Commission de protection des droits de la HADOPI, « le mettre sous clé [l'ordinateur], pour nous, c'est un « moyen de sécurisation » au sens de la contravention ». Juridiquement avec HADOPI 2, le seul moyen disponible est donc de changer de comportement : si l'abonné n'a pas changé de comportement sans motif légitime au bout de trois recommandations, il n'a donc pas mis en œuvre de moyen de sécurisation. Ce syllogisme permet à la présidente de la Commission de protection des droits de justifier par ailleurs l'objectif de pédagogie, de responsabilisation et d'incitation à modifier des comportements de masse : « Si vous persistez, ce sont les conséquences de vos actes qui prouvent l'infraction. [...] La CPD est le contraire d'un radar automatique : chaque dossier avant transmission au parquet fera l'objet d'un examen dans son ensemble, par ses trois membres. Si on a le moindre doute, si

²⁹⁴ *L'Égipresse*, Novembre 2010, N°277, <http://www.hadopi.fr/actualites/actualites/interview-de-mireille-imbert-quaretta>

le dossier est fragile, il ne sera pas transmis. »²⁹⁵. Dans son rapport d'activité 2011-2012 publié en octobre 2012, la Haute autorité annonce, certes de manière sibylline, la fin de sa mission sur la labellisation des moyens de sécurisation en renvoyant au législateur la responsabilité d'une meilleure définition des limites de cette mission : « Une mission de réalisation d'un moyen de sécurisation « global » dépasse les limites des missions confiées et des moyens mis à disposition par le législateur. [...] le Collège de l'HADOPI estime donc que les problématiques liées à la sécurisation de l'accès à Internet doivent s'inscrire dans une approche globale et, ce, dans l'objectif de simplifier et rationaliser le choix de l'utilisateur et de donner la plus grande cohérence possible à l'action publique »²⁹⁶.

Conclusion

Ce chapitre montre comment un instrument d'action publique se construit précisément au delà du texte de loi qui l'institue. L'examen minutieux des textes donnant à ce type d'artefact les pouvoirs concrets sur le réel est souvent peu explicite. C'est pourquoi nous avons souhaité nous arrêter sur la série des décrets d'application de la loi dite HADOPI 2, leur phase de rédaction, de publication et sur les résistances ultimes qu'ils ont soulevées. Ce chapitre illustre le fait que le droit n'est pas une série de normes ou de règles mais une façon sans cesse renouvelée d'imaginer le réel, en l'occurrence celui des problèmes posés par la numérisation du monde. L'examen minutieux de cette phase d'amorçage d'un instrument contribuera – nous l'espérons – à compléter les travaux plutôt orientés en général vers la réception et le résultat des instruments de gouvernement.

Avant d'examiner la rédaction des décrets, nous avons décrit une nouvelle phase de turbulence du problème : en effet, après que le Conseil constitutionnel ait brisé l'accord des acteurs pour éviter le passage par le juge, une nouvelle loi, immédiatement votée, re-judiciarise la répression du téléchargement illicite. Certes, le passage par un juge permet d'apporter les garanties d'un jugement équitable mais il produit aussi une inflation répressive alors que le projet initial visait certes à adoucir les

²⁹⁵ *Ibid.* *Légipresse*, Novembre 2007.

²⁹⁶ Rapport d'activité de la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet, 17 octobre 2012, http://www.hadopi.fr/sites/default/files/page/pdf/Rapport_activite2012HADOPI.pdf

peines encourues pour contrefaçon mais aussi à les simplifier. Le cas des lois HADOPI souligne le paradoxe fréquent qui veut que lorsqu'une bureaucratie cherche à simplifier ses procédures, elle en complexifie les moyens d'action. Une volonté de simplification multiplie les biais et les contraintes au risque d'aboutir à un « monstre ».

Nous avons souligné l'importance des décrets et leur rôle déterminant face à l'incertitude et à la complexité du dispositif législatif. Ils doivent sécuriser absolument les dispositions de la loi, comme par exemple la présomption d'innocence induite par le caractère largement automatisé de la procédure. L'introduction de la modeste expression « sans motif légitime » permet de clore ce risque. Les décrets doivent aussi passer à travers la contradiction de fond entre le maintien de la catégorie du droit général de la contrefaçon et la distinction des délits en fonction du moyen de leur commission. Traiter par un droit et une procédure spéciaux des actes classés sous une même catégorie pénale relève effectivement du « tour de force ».

Nous avons montré la tension qui s'instaure entre l'institution d'une autorité administrative indépendante, (dispositif symbolique du courant de dé-politisation des problèmes publics, de fédéralisme administratif et de recomposition de « l'État propulsif ») et la volonté de re-politiser la question par la nomination médiatique d'un nouveau ministre de la culture qui va brutalement, à travers sa personne et sa notoriété, « reprendre le flambeau » du projet de loi.

Les décrets sont des instruments très modestes mais efficaces pour agencer un texte de loi avec le réel de la matérialité mouvante des échanges numériques et pour désamorcer les erreurs politiques éventuellement commises par le législateur. En faisant glisser la coupure de l'accès à internet, mère des controverses, vers une peine complémentaire ramenée à un mois, les rédacteurs des décrets préparent discrètement, et magistralement selon nous, l'abrogation de cette mesure très décriée et techniquement très difficile à appliquer. Malgré leur effet de droit propre, les décrets ne peuvent pas tout corriger et rendre réels tous les dispositifs imaginés par le législateur. Le premier cas décrit concerne la promotion de l'offre légale qui excède, selon nous, le périmètre constitutionnel du pouvoir législatif et risque de conférer à la Haute autorité un rôle de gardien de la licéité des plates-formes de téléchargement. Le second cas concerne la labellisation des moyens de sécurisation impossible à traduire dans un texte

réglementaire en raison du niveau de risque de défaillance de tels dispositifs. Une ultime déconnexion a dû être faite par les magistrats de la Commission de protection des droits entre l'usage d'un logiciel de sécurisation et la mise en cause du contrevenant. Les résistances légales opposées à ces décrets nous ont enfin permis de montrer leur rôle essentiel pour le fonctionnement d'un instrument de gouvernement et la conception de son *design*. Le système de recommandation qui constitue la véritable innovation socio-technique de la loi, et notamment le statut juridique du premier mel, ont été clarifiés grâce à un recours contre un décret. L'examen minutieux des décrets d'application a donc tenté de décrire les mécanismes empiriques grâce auxquels le droit et la loi peuvent passer dans le réel afin de produire un espace clos et rationalisé rendu le moins discutable possible et propre à discipliner les comportements (énoncé de l'infraction et clôture des risques légaux, préparation de l'abandon de la coupure de l'accès, liste des travaux fragiles et superficiels mais décisives pour produire un effet de vérité de la loi, liste des données constitutives de la preuve matérielle, création d'un système original de recommandation et sa stabilisation juridique).

Dans ce chapitre, nous avons donc exploré le mode d'apparition – « l'épiphanie » – de la Haute Autorité pour la Diffusion des Oeuvres et la Protection des droits sur Internet. Il s'est agi de tenter d'ethnographier le passage du texte législatif au réel à travers un réseau de petits textes produits par le Conseil d'État, instance essentielle de la fabrication, de l'adaptation et de l'invention continue de l'État face aux épreuves qui établissent ou défont de nouvelles coordinations et attachements. La force particulière du droit, administratif notamment, n'est pas celle de grandes linéarités causales des principes aux cas. Elle consiste plutôt en une multiplicité de connexions permettant de lier sans cesse énoncés et énonciateur par le tissage d'un filet souple et flottant d'inter-textualité. Cette phase de rédaction, de publication et de recours des décrets illustre aussi un mode d'existence et d'action propre au droit : celui de ralentir, de temporiser et d'imposer un répit (de Sutter et Gutwirth 2004: 279). Par ces « arrêts », le droit administratif a permis aussi d'imposer un refroidissement à l'emballement législatif sur les questions du numérique. Alors que l'éloge de l'immédiateté, de la rapidité et de l'ubiquité est la matrice du progressisme de l'ère numérique, la « petite musique » des procédures, recours et instructions du droit permet de dire « Assez ! » et « Où en sommes nous ? ». En effet, le droit « n'a jamais été moderne » (Latour 1999: 332).