

Eviter de rendre le droit d'auteur impopulaire

par Agnès Tricoire*

On peut être opposé à la solution de la licence globale, comme je le suis comme avocat spécialiste de la propriété intellectuelle, et reconnaître que le système actuel n'est pas exempt de reproches, tant il est marqué par certaines dérives (comme la protection de l'industrie par le droit d'auteur) et enfin trouver que le projet de loi Hadopi cumule hélas les objections contre lui. Par ces quelques lignes, je voudrais d'une part éclairer les positions que je prends dans l'interview qui figure sur le site, et d'autres part mentionner le travail qui a démarré sur ce sujet à la Ligue des droits de l'Homme à laquelle j'appartiens.

Il faut toujours rappeler que le droit d'auteur est un acquis révolutionnaire contre le système des privilèges. Pour le dire vite, les privilégiés d'alors, pour l'essentiel les imprimeurs, sont les industriels d'aujourd'hui, à ceci près que, contrairement au système du copyright, système anglo-saxon, la loi française érige l'auteur comme seul titulaire du droit d'utiliser son œuvre. Outre les droits patrimoniaux que sont les droits d'exploitation, la loi confère aussi à l'auteur le droit moral, création de la jurisprudence française, et incompatible avec le copyright qui privilégie le producteur : c'est le droit, incessible, perpétuel, que l'œuvre soit vue ou lue sous le nom de l'auteur, comme il l'a décidé, dans la version qu'il a jugée définitive, sans ajouts ou modifications, et dans des conditions techniques qui en permettent une diffusion conforme à son vœu. En droit français, l'œuvre n'est pas un produit, ce n'est pas l'investisseur qui est protégé en premier chef, c'est celui qui crée. Dans cette acception personnaliste (au sens juridique et non philosophique du terme), tout système qui priverait l'auteur de son droit de décision et cantonnerait le droit d'auteur à sa seule rémunération serait éminemment régressif.

Internet est un nouveau mode de diffusion des œuvres, parmi un flot de contenus très divers. Faut-il pour autant changer les fondements de ce droit ? C'est d'une vraie question politique qu'il s'agit, de place de la culture dans nos sociétés, et de place des œuvres dans la culture. Après tout, l'invention de la radio ou de la photographie n'ont pas bouleversé les principes du droit d'auteur, qui s'est simplement adapté à ces nouveaux médias. Pourquoi en serait-il différemment aujourd'hui ?

D'un autre côté, face à la pratique sociale d'une ampleur considérable de diffusion sans autorisation des œuvres sur internet, et le téléchargement par le moyen du peer du peer, ou le visionnage sans téléchargement, la réponse législative paraît inadaptée.

D'abord parce qu'une réponse purement répressive ne fera pas évoluer les mentalités. Si le credo de ce gouvernement est de répondre aux questions sociales par le tout répressif est fortement contestable, il l'est encore en la matière. Entendons nous bien : que la contrefaçon soit un délit pénal est une bonne chose, que ce soit sur internet ou ailleurs. Mais les praticiens du droit d'auteur dont je suis savent que ce sont les juridictions civiles qui sont saisies de l'essentiel du contentieux. Le recours au droit pénal sert essentiellement à faire des exemples et à décourager les contrefaçons de masse, ou celles pour lesquels les moyens d'investigations privés sont défailants, ou trop coûteux pour le simple particulier.

* Agnès Tricoire est avocat à la cour, spécialiste en propriété intellectuelle, déléguée de l'Observatoire de la liberté de création (www.ldh-france.org/-Observatoire-de-la-liberte-de-).

Est-on bien sûr que c'est par la loi pénale que l'on va convaincre nos jeunes concitoyens qui baignent depuis leur plus jeune âge dans une culture de la « gratuité » que la culture ? Le rôle de l'éducation semble ici bien plus important.

Ce n'est pas, non plus, en violant des principes constitutionnels que l'on va rendre le droit d'auteur populaire. C'est ainsi que la décision du Conseil constitutionnel du 10 juin 2009, qui va dans le sens des objections qui avaient été soulevées par la Ligue des droits de l'Homme[†] est particulièrement bienvenue, lorsqu'elle rappelle deux principes essentiels :

1. On ne confie pas la coupure d'accès à internet à une autorité administrative, car l'accès à internet participe de la liberté d'expression et de communication, dont l'exercice est une condition de la démocratie : seul le juge judiciaire est garant des libertés fondamentales,
2. On ne peut instituer en la matière de présomption de culpabilité, et le seul titulaire de l'abonnement ne peut faire l'objet de sanctions dont il ne pourrait se débarrasser qu'en renversant la charge de la preuve. Pour le dire ici simplement, c'est à celui qui prétend qu'un délit a été commis de rapporter la preuve que celui auquel il l'impute l'a bien commis. Cela pose en problème en matière d'IP ? Il faut le résoudre autrement qu'en renversant ce principe. Car alors, pourquoi s'arrêter là et ne pas présumer tout un chacun coupable en toute matière ?

Depuis, dans une hâte invraisemblable pour une affaire aussi délicate et importante, le gouvernement a déposé un nouveau projet de loi au Sénat, le 24 juin, si mal rédigé bien qu'il ait été confiée à la nouvelle Garde de Sceaux, et non au nouveau Ministre de la culture, que la Commission des lois a corrigé d'urgence la copie. Ce texte n'est pas non plus exempt de défauts.

En effet, s'il donne au juge judiciaire la compétence de sanctionner le délit de contrefaçon sur internet, il le confie au calamiteux système de l'ordonnance pénale, qui ne permet pas de juger les mineurs ou les délits qui font encourir une peine de prison (on rappelle pourtant que la contrefaçon fait encourir 3 ans d'emprisonnement et 300 000 euros d'amende). La suspension d'internet est donc clairement envisagée comme une peine principale, et non pas complémentaire, ce qui ne va pas sans poser quelques questions. En outre, entre autres particularités, l'ordonnance pénale exclue tout débat contradictoire, n'est pas motivée, et le juge judiciaire est lié par le dossier ficelé par le parquet (ici ce sera par l'HADOPI et ses agents assermentés). On croit savoir que le Conseil d'Etat s'est ému de la procédure, bien que la Chancellerie refuse à ce jour de publier son avis. Qu'en sera-t-il du respect des droits de la défense dans un tel système qui ressort de la justice d'abattage, dans lequel le juge du siège sera pieds et poings liés par le travail du parquet et ne pourra mener sa propre enquête ? La contrefaçon des œuvres ne doit pas être à l'origine de ce type de dérive procédurale, et mérite, comme les autres délits, un procès équitable.

D'autre part, la deuxième mouture de ce projet HADOPI 2 réintroduit le délit de surveillance en le punissant d'une contravention de 5^e classe dont on cherchera en vain les termes dans la loi, et en l'assortissant d'une peine complémentaire de suspension de la ligne internet d'un mois maximum (article 3 bis). Cela signifie, si l'on comprend bien le texte en l'état – il date du 1^{er} juillet – que le gouvernement demande au législateur de prévoir une peine pour une infraction qui n'existe pas encore et dont il entend fixer les termes par décret, ce qui est un peu cavalier et pas nécessairement constitutionnel. Mais

[†] Cf. notamment www.ldh-france.org/Loi-dite-Hadopi-menaces-sur-les?var_recherche=hadopi

cela signifie aussi que la présomption de culpabilité réapparaît. Certes, le Conseil Constitutionnel a dit qu'elle est possible en matière contraventionnelle lorsqu'elle n'est pas irréfragable (ce qui veut dire quand on peut en rapporter la preuve contraire). Mais comment prouver qu'on ne s'est pas servi soi-même de son ordinateur ? Les radars font des photographies. Va-t-on devoir se photographier au clavier ?

De ces modalités légales, on peut déduire que le gouvernement entend essentiellement sanctionner les parents des mineurs qui téléchargent illégalement.

Une suspension de tout Internet paraît en tout état de cause disproportionnée. Il faut trouver une solution pour préserver les mails, la possibilité de faire les déclarations fiscales ou sociales en ligne, surtout à une époque où bon nombre de services, y compris publics, sont dématérialisés. La suppression du permis de conduire s'accompagne le plus souvent d'aménagements permettant de limiter la restriction de la liberté de circuler. La contrefaçon sur Internet ne met pas en danger la vie d'autrui. La peine doit être proportionnée à l'atteinte aux droits.

On peut parier que, quel que soit l'avenir de ce projet de loi, le problème de la circulation des œuvres sur internet ne sera pas, pour autant, résolu. La ligue des droits de l'Homme, en partenariat avec les structures qui participent à l'Observatoire de la liberté de création, et en collaboration avec son groupe de travail Libertés et NTIC, a donc décidé de mener une réflexion de fond sur le sujet, qui évite les positions manichéennes et tente de trouver, ambitieux projet s'il en est, une troisième voie qui respecte l'équilibre de l'article 27 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme. Ce texte, dont on a fêté les 60 ans récemment, est encore d'une incroyable vitalité et doit servir de guide, par l'équilibre qu'il suggère : plutôt que de le résumer, je préfère le reproduire ici, et ce sera ma conclusion provisoire, puisque l'actualité m'invitera peut-être à poursuivre ce post :

1. Toute personne a le droit de prendre part librement à la vie culturelle de la communauté, de jouir des arts et de participer au progrès scientifique et aux bienfaits qui en résultent.
2. Chacun a droit à la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur.