

## Recueil Dalloz 2009 p.2045

## Le droit d'accès à internet, nouveau droit fondamental

Laure Marino, Professeur à l'Université de Nancy 2

Protéger l'accès à internet comme un droit fondamental ? Le Conseil constitutionnel a tranché : c'est oui (Déc. n° 2009-580 DC, 10 juin 2009, AJDA 2009. 1132, obs. S. Brondel). Voilà un beau premier pas !

Pour ce faire, le Conseil constitutionnel utilise la méthode d'annexion qu'il affectionne. Il décide que la liberté de communication et d'expression « implique » désormais la liberté d'accès à internet. Comme dans un jeu de poupées russes, cela signifie qu'elle l'intègre et l'enveloppe ou, mieux encore, qu'elle l'annexe.

On peut se réjouir de cette création d'un nouveau droit-liberté : le droit d'accès à internet. L'accès à internet devient ainsi, en lui-même, un droit-liberté, en empruntant par capillarité la nature de son tuteur, la liberté d'expression. Ainsi inventé par le Conseil, le droit d'être connecté à internet est donc un droit constitutionnel dérivé de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Ce texte révèle une fois de plus sa modernité et sa richesse. Il s'accoutume à tous les médias et étend sa protection, non seulement aux contenus, mais aussi à l'accès.

Certes, le droit d'accès à internet est donc nécessairement dépendant tant de la liberté d'expression que de l'état technologique (et ce dernier évoluera encore). C'est pourquoi le Conseil tient compte de « l'état actuel des moyens de communication » et a égard « au développement généralisé des services de communication au public en ligne ainsi qu'à l'importance prise par ces services pour la participation à la vie démocratique et l'expression des idées ». Dans son pouvoir créateur de normes, le Conseil accompagne ainsi l'évolution des modes d'exercice de la liberté d'expression. Ici, la nouveauté réside notamment dans l'interactivité du média, car l'internaute est aussi bien récepteur qu'émetteur (que l'on songe aux méls, aux blogs ou aux réseaux sociaux du web 2.0). L'internaute bénéficie donc du « droit de s'exprimer et de communiquer librement ». De façon inédite, les deux dimensions - active et passive - de la liberté d'expression sont ainsi protégées d'un même élan. Et elles le sont efficacement.

En effet, la liberté d'expression a valeur *constitutionnelle*. Le droit d'accès à internet dépend donc d'un droit de valeur constitutionnelle. Le Conseil l'avait qualifié, jadis, de droit *fondamental* (comme la Cour européenne des droits de l'homme), mais il semble délaisser l'appellation (ici absente). Toutefois, si l'on admet que les droits de valeur constitutionnelle sont *ipso facto* des droits fondamentaux, cela revient au même. Le droit d'accès bénéficie ainsi de la puissante protection de son tuteur qui est, parmi les libertés de valeur constitutionnelle (et donc fondamentales !), une liberté de « premier rang ». Le Conseil distingue ainsi les droits protégeant l'intérêt général, d'où la référence insistante à la démocratie dans l'arrêt. On rejoint ainsi la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Il en résulte évidemment que ces droits sont attribués à tous et que le droit d'accès est reconnu à « toute personne ». C'est heureux car le nombre d'internautes en France devrait s'élever à 46 millions en 2013.

On peut se réjouir aussi de la portée de cette annexion et des conséquences de la « *fondamentalité* » du droit. Lors de la saisine du Conseil constitutionnel, l'enjeu immédiat concernait la « commission de protection des droits », qui siège au sein de l'HADOPI. Cette autorité administrative indépendante était dotée, dans la loi « Création et internet » objet du recours, d'un pouvoir de sanction lui permettant de suspendre l'accès à internet du titulaire de l'abonnement. « Eu égard à la *nature* de la liberté » ainsi restreinte ou empêchée (nous soulignons), le Conseil va censurer ce pouvoir. C'est parce qu'il s'agit d'une liberté fondamentale que le recours à l'autorité judiciaire est ici nécessaire. L'HADOPI, « qui n'est pas une juridiction », est incompétente. De simples garanties juridictionnelles ne pourraient donc suffire (*contra* J.-M. Bruguière, Loi « sur la protection de la création sur internet » : mais à quoi joue le Conseil constitutionnel ?, D. 2009. Point de vue 1770). Car la protection juridictionnelle des droits fondamentaux repose sur le principe de séparation des pouvoirs, dont les exceptions doivent être mesurées. Par un contrôle de proportionnalité, le Conseil vérifie si la sanction porte atteinte à la liberté en cause. C'est le cas, en l'espèce, pour deux raisons. D'une part, parce que la compétence de l'HADOPI « s'étend à la totalité de la population » et que « ses pouvoirs peuvent (donc) conduire à restreindre l'exercice, par toute personne, de son droit de s'exprimer et de communiquer librement ». La sanction, en effet, ne touche pas seulement les abonnés (*contra* J.-M. Bruguière, *op. cit.*). Elle irradie tout autour, supprimant l'accès aux « personnes qu'ils en font bénéficier ». Par contre, la disposition aurait été validée si elle n'avait concerné que certaines catégories de personnes subissant des contraintes particulières (les détenus, par exemple). D'autre part, cette restriction de liberté affecte la personne « *notamment depuis son domicile* ». Le Conseil constitutionnel y décèle une circonstance aggravante. La coupure est une sanction d'autant plus grave qu'elle restreint la liberté au domicile même des personnes. On pouvait y voir, au contraire, une circonstance atténuante, l'accès à domicile n'étant qu'une « commodité » puisque la personne peut accéder à internet chez des voisins ou au cybercafé (déclaration de Christine Albanel, 12 mars 2009, lors de l'examen du projet de loi). Mais où iraient nos libertés ?! L'internet à domicile peut être vital à une personne pour ses besoins professionnels, pour cause de handicap ou plus simplement en raison de son mode de vie librement choisi. Il peut aussi être vital à une entreprise, une université ou une association. Rappelons que les droits fondamentaux sont reconnus aux personnes morales comme aux personnes physiques.

Pour autant, le droit d'accès n'est pas un droit absolu, pas plus que ne l'est la liberté d'expression ! Le hisser au rang de droit fondamental n'empêche pas de protéger par ailleurs la propriété intellectuelle, qui est aussi un droit fondamental (certes, de « second rang », car il protège des intérêts particuliers, mais quand même). On devrait pourtant pouvoir valoriser les deux, comme le préconise Viviane Reding, commissaire européen chargée de la société de l'information (discours de Lisbonne, 9 juill. 2009).

Quoi qu'il en soit, et au-delà de ses effets sur la loi « Création et internet », le rattachement du droit d'accès à une liberté fondamentale a une portée plus large. Le Conseil constitutionnel, en effet, protège les droits fondamentaux contre le législateur (attention, donc, pour les lois à venir !). Cette protection sera d'autant plus importante lorsque - bientôt - l'exception d'inconstitutionnalité permettra un contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité des lois.

Plus largement encore, à l'échelle européenne, la reconnaissance du droit fondamental d'accès à internet présente une forte charge symbolique. En même temps qu'il anticipe la conformité du droit français au droit européen en la matière, le Conseil constitutionnel l'influence. Aussi, sa décision permettra peut-être de débloquent le vote du fameux « paquet Télécom » (c'est un groupe de directives dont le vote en troisième lecture est attendu pour fin 2009). Le

Conseil oeuvre ainsi pour une harmonisation constructive, en réponse aux trois signaux de l'Union. Le 11 avril 2008 d'abord, une résolution du Parlement européen a préconisé de ne pas recourir à des mesures « *telles que l'interruption d'abonnement à internet* ». Le 26 mars 2009, l'idée est reprise dans une recommandation sur le « *renforcement de la sécurité et des libertés fondamentales sur internet* », via le droit à l'éducation. Enfin, le 6 mai 2009, lors du vote « Paquet Télécom » en deuxième lecture, le Parlement européen a adopté « *le principe selon lequel aucune restriction ne peut être imposée aux droits et libertés fondamentaux des utilisateurs finaux sans décision préalable des autorités judiciaires* ».

Dans une vision prospective, on devrait même aller plus loin et faire un pas de plus ! L'Etat s'engagerait dans une logique d'amélioration des infrastructures, avec l'extension d'internet haut débit pour tous. Il donnerait ainsi force au « Plan numérique 2012 » présenté en octobre 2008 par Eric Besson, alors secrétaire d'Etat au développement et à l'économie numérique. Il ferait également écho aux objectifs de la Commission européenne (cf. la résolution du Parlement européen du 24 sept. 2008 et les dispositions du « paquet Télécom » sur l'accès à une connexion). C'est au fond - disons le mot - un service public de l'accès à internet qu'il faudrait mettre en place, comme il existe un service public de l'éducation. Un service public français puis, soyons fous, un service public européen !

En renversant la perspective, on pourrait dire que ce service public, obligeant l'Etat, conduirait en miroir à la reconnaissance d'un droit à l'accès à internet : un droit-créance, fondement d'une prestation. Rien n'impose toutefois de le présenter sous cet angle, l'instauration d'un service public étant suffisamment efficace en lui-même au cas d'inertie de l'Etat. Autrement dit, il ne nous paraît pas judicieux de reconnaître, en plus du droit d'accès consacré par le Conseil, un véritable droit à l'accès (comme certains amendements législatifs le proposent).

En revanche, un service public de l'accès permettrait d'officialiser l'importance d'internet dans la société et d'améliorer son usage. Internet est déjà tout à la fois un moyen d'expression, un outil professionnel, un instrument de commerce, un vecteur des services administratifs, une ressource éducative et une voie d'intégration sociale ! Et si nous anticipions sur l'avenir ?

**Mots clés :**

**INTERNET** \* Oeuvre protégée \* Piratage \* Création sur internet \* Loi du 12 juin 2009 \* Décision du Conseil constitutionnel du 10 juin 2009