



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Conseil Constitutionnel (Franse internetpiraterij: [beslissing no. 2009-580 DC])

Reestman, J.H.

Publication date
2009

Published in
Mediaforum

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Reestman, J. H. (2009). Conseil Constitutionnel (Franse internetpiraterij: [beslissing no. 2009-580 DC]). 28. Case note on: Conseil Constitutionnel, 10/06/09 *Mediaforum*, 2009(9), 344-348.

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

ren. De hierboven opgenomen uitspraak moge verduidelijken dat in zulke gevallen niet zomaar sprake is van algehele openbaarheid: de centrale Wob-leerstukken gaan alleen op indien en voor zover sprake is van eerdere openbaarmaking op grond van de Wob. Maar wanneer is dat het geval? De ouders van de overleden zoon deden een Wob-verzoek, maar kregen vertrouwelijke inzage buiten de Wob om (ABRvS 28 april 2004, JB 2004/234). De betrokken asielzoeker werd die mogelijkheid niet geboden (ABRvS 4 december 2002, JB 2003/34), en de KNVB (ABRvS 25 april 2000, JB 2000/142), de afgeluisterde verdachte (ABRvS 3 september 2003, zaaknummer 200203647/1) en het telecombedrijf (Vzr. Rb. Den Haag 3 december 2007, *Mediaforum* 2008, nr. 12, en ABRvS 22 juli 2009, zaaknummer 200808941/1/H3) hadden nu eenmaal moeten begrijpen dat hun verzoek leidde tot openbaarmaking aan een ieder. Inzage door de ingehuurd onderzoeker leidt daarentegen niet tot openbaarmaking in de zin van de Wob, zo volgt uit de recente uitspraak ABRvS 8 juli 2009, zaaknummer 200807977/1/H3. De verschillende uitkomsten zijn, bezien vanuit hun verschillende casusposities, goed te begrijpen. In samenhang bezien, dringt echter de vraag op of er geen reden is voor een regeling van gerichte verstrekking van gegevens, naast openbaarmaking op grond van de Wob. Niet om te lekken, maar wel om gericht te verstrekken aan partijen met een specifiek belang. De Wet bescherming persoonsgegevens biedt daarvoor bijvoorbeeld al mogelijkheden, en de Algemene wet bestuursrecht voorziet natuurlijk in regels voor processuele openbaarheid in bezwaar- en beroepsprocedures (waarover E.C. Pietermaat, 'Processuele openbaarheid', in: E.C. Pietermaat en J.C.A. de Poorter, *Toegang tot de rechter: processuele openbaarheid en belang, Jonge VAR-reeks 2*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2004, p. 9-49). De hier genoemde voorbeelden laten echter zien dat in bredere zin behoefte kan bestaan aan mogelijkheden voor gerichte verstrekking. Natuurlijk zitten aan een regeling voor gerichte verstrekking haken en ogen, bijvoorbeeld: hoe te zorgen dat gerichte verstrekking niet de facto leidt tot algehele openbaarheid? Dat is geen probleem, maar een uitdaging voor de wetgever! Zoals wij al eerder in dit tijdschrift deden (zie L.A.J. Spaans, 'Wet openbaarheid van bestuur: recente ontwikkelingen in jurisprudentie en wetgeving', *Mediaforum* 2004/2, p. 37-42), blijven wij daarom pleiten voor zo'n regeling voor gerichte verstrekking (zie in deze zin ook E.J. Daalder, *Toegang tot overheidsinformatie, Het grensvlak tussen openbaarheid en vertrouwelijkheid* (diss.), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2005, p. 134-135, en B.M.J. Van der Meulen in de door hem opgestelde ontwerp 'Algemene wet overheidsinformatie', die vooraansnog echter op onvoldoende politieke steun blijkt te kunnen rekenen, zie *Kamerstukken II* 2008/09, 31 751, nr. 6, p. 10).

10. Tot slot: naar aanleiding van de hiervoor opgenomen uitspraak vroeg kamerlid Pechtold zich af of de commissie-Davids, die onderzoek doet naar de voorbereiding en besluitvorming over de politieke steun van Nederland aan de inval in Irak in de periode zomer 2002 tot zomer 2003, wel de beschikking zou krijgen over de volledige door de Volkskrant gevraagde documenten. In antwoord hierop verzekerde de minister op 19 juni 2009 (*Aanhangsel Handelingen II* 2008/09, nr. 2995) dat de uitspraak geen consequenties heeft voor kennisname van de documenten door genoemde commissie. Door gerichte verstrekking buiten de Wob om, wel te verstaan.

Nr. 28 Franse internetpiraterij

Conseil Constitutionnel 10 juni 2009
Beslissing No. 2009-580 DC*

Act furthering the diffusion and protection of creation on the Internet

A referral was made to the Constitutional Council on May 19th 2009, pursuant to Article 61, paragraph 2 of the Constitution, by Messrs Jean-Marc AYRAULT et al., Members of the National Assembly, with respect to the Act furthering the diffusion and protection of creation on the Internet

THE CONSTITUTIONAL COUNCIL
Having regard to the Constitution [...]

1. The parties making the referral for review by the Constitutional Council of the Act furthering the diffusion and protection of creation

* Op de website van de Conseil constitutionnel, www.conseil-constitutionnel.fr, zijn naast het Franse origineel en de hier deels afgedrukte Engelse vertaling, ook een Duitse en Spaanse vertaling van deze uitspraak te vinden.

on the Internet contest the manner in which said statute was debated by Parliament and contend that sections 5,10 and 11 of said statute are unconstitutional.

- WITH RESPECT TO THE MANNER IN WHICH THE STATUTE WAS DEBATED BY PARLIAMENT

[...]

- WITH RESPECT TO SECTIONS 5 AND 11

4. Firstly section 5 of the statute referred for review inserts into Chapter 1 of Title III of Book III of the first part of the Intellectual Property Code a section comprising Articles L 331-12 to L 331-45 devoted to the 'High Authority for the diffusion of works and protection of copyright on the Internet'. This new independent administrative authority is composed of a college and a committee for the protection of copyright. The college is responsible in particular for furthering the lawful offer of works and property covered by copyright or related rights. The task of the Committee for the protection of copyright is to trigger the new warning mechanisms and administrative penalties incurred by internet users who have failed to monitor access to the internet.

5. Secondly, section 11 inserts into Chapter IV of the same Title Articles L 336-3 and L 336-4. It defines the duty to monitor access to the internet and determines the cases in which internet subscribers whose access has been used in a manner such as to infringe copyright will escape the imposition of penalties.

- As regards the duty to monitor access to the internet:

6. The first paragraph of Article L336-3 of the Intellectual Property Code provides 'A person who has subscribed to internet access to online public communication services is under a duty to ensure that said access is not used for reproducing, showing, making available or communicating to the public works or property protected by copyright or a related right without the authorization of the copyright holders provided for in Books I and II when such authorization is required'.

[...]

- As regards the penalties incurred for failure to comply with the duty to monitor access

8. Firstly, paragraphs 2 to 6 of the same Article L 336-3 provide 'No penalty shall be imposed on an internet access holder in the following cases:

1. If the access holder has installed one of the security devices referred to in the second paragraph of Article L 331-32;
2. If the infringement of the rights referred to in the first paragraph hereof has been committed by a person who has fraudulently accessed public online communication services
3. In the event of force majeure.

Failure by the access holder to comply with the duty set out in paragraph one hereof shall not result in the incurring of criminal liability by said access holder'.

9. Secondly, under Article L 331-27: 'When it has been ascertained that the subscriber has failed to comply with the duty defined in Article L 336-3 in the year following receipt of a recommendation addressed by the Committee for the protection of copyright accompanied by a signed acknowledgment of receipt or any other means likely to prove the date of the sending of said recommendation and its receipt by the subscriber, the Committee may, after a full hearing of all parties, impose one of the following penalties depending on the seriousness of the failure to comply and the use of internet access:

- 1° Suspension of access to the Internet for a period of between two months and one year accompanied by the impossibility for the subscriber to enter into any other contract with any other operator for access to online public communication services
- 2° An injunction to take, within a period determined by the Committee, measures designed to prevent any repetition of the breach of duty ascertained, in particular by installing a security device from among those listed in paragraph 2 of Article L 331-32, and to account for the same to the High Authority on pain, if need be, of payment of a financial penalty.

10. Under Article L 331-28, the High Authority's Committee for the protection of copyright may, before initiating penalty proceedings, propose an amicable arrangement whereby the offending subscriber

has his/her internet access cut off for a period of between one to three months, or is put under a duty to take the necessary steps to prevent the re-occurrence of said breach of duty. Article L 331-29 authorises this Committee to impose the penalties provided for in Article L 331-27 in the event of failure to comply with the terms of said amicable arrangement. Article L 331-30 specifies the contractual consequences of the suspension of access to the internet, Article L 331-31 provides for the conditions in which internet access suppliers are required to proceed to withdraw access; Article L 331-32 determines the manner for drawing up the list of devices of which the installation exonerates the access holder from all penalties; articles L 331-33 and L 331-34 set up a national register containing the names of persons whose access has been withdrawn. Lastly Article L 331-36 allows the Committee for the protection of copyright to retain the technical data supplied to it until such time as access to the internet has been completely withdrawn.

11. The parties contend that by giving an administrative authority, albeit independent, the power to impose penalties in the form of withholding access to the internet, Parliament firstly infringed the fundamental right of freedom of expression and communication, and secondly, introduced patently disproportionate penalties. They also argue that the conditions for imposing such penalties introduce a presumption of guilt which patently infringes the rights of the defence.

12. Article 11 of the Declaration of the Rights of Man and the Citizen of 1789 proclaims: 'The free communication of ideas and opinions is one of the most precious rights of man. Every citizen may thus speak, write and publish freely, except when such freedom is misused in cases determined by Law'. In the current state of the means of communication and given the generalized development of public online communication services and the importance of the latter for the participation in democracy and the expression of ideas and opinions, this right implies freedom to access such services.

13. Property is one of the rights of man enshrined in Articles 2 and 17 of the Declaration of 1789. The purposes and conditions of exercising the right to property have since 1789 undergone substantial changes characterized by the extension of the scope of this right to new fields. Among the latter exits the right, for copyright holders and holders of related rights to enjoy their intellectual property rights and protect the same within a framework set out by statute and in compliance with the international undertakings entered into by France. The fight against infringement of copyright through internet piracy is a response to the need to safeguard intellectual property.

14. Neither the principle of the separation of powers, nor any other principle or rule of constitutional status, precludes an administrative authority, acting within its powers as a public body, from exercising its power to impose penalties needed to enable it to carry out its tasks once the exercising of this power is accompanied by statutory measures designed to ensure the protection of constitutionally guaranteed rights and freedoms. In particular due respect must be shown for the principle of the legality of offences and punishments and the rights of the defence, principles which apply to all penalties intended to serve as a punishment, even though Parliament has left it to a non-judicial authority to impose such penalties.

15. Article 34 of the Constitution provides: 'statutes shall determine the rules concerning ... civic rights and the fundamental guarantees granted to citizens for the exercise of their civil liberties'. On this basis Parliament is at liberty to lay down rules intended to reconcile the pursuit of the objective of fighting infringement of copyright on the internet with the right of free communication and freedom to speak, write and publish. Freedom of expression and communication are all the more precious since they are one of the cornerstones of a democratic society and one of the guarantees of respect for other rights and freedoms. Any restrictions placed on the exercising of such freedom must necessarily be adapted and proportionate to the purpose it is sought to achieve.

16. The powers to impose penalties created by the challenged provisions vest the Committee for the protection of copyright, which is not a court of law, with the power to restrict or deny access to the internet by access holders and those persons whom the latter allow to access the internet. The powers vested in this administrative authority are not limited to a specific category of persons but extend to the entire population. The powers of this Committee may thus lead to restricting the right of any person to exercise his right to express himself and communicate freely, in particular from his own home. In these conditions, in view of the freedom guaranteed by Article 11 of the

Declaration of 1789, Parliament was not at liberty, irrespective of the guarantees accompanying the imposition of penalties, to vest an administrative authority with such powers for the purpose of protecting holders of copyright and related rights.

17. Furthermore, under Article 9 of the Declaration of 1789, every man is presumed innocent until proved guilty. Parliament cannot therefore introduce a principle of presumption of guilt in criminal matters. However, as an exceptional measure, such a presumption may be introduced, particularly in the case of minor offences, once such presumptions are not irrebuttable, the rights of the defence are respected and the available facts tend to confirm the likelihood of the commission of the incriminated act.

18. In the case in hand, under the provisions referred for review, the commission of an infringement of copyright at the address of the registered subscriber constitutes, according to the terms of the second paragraph of Article L 331-21 'the material ingredients of the breach of duty defined in Article L 336-3'. Solely the party to the internet access contract may be the object of the penalties introduced by the provisions referred for review. In order to avoid the imposition of such penalties it is incumbent upon him, under Article L 331-38, to adduce evidence that the infringement of copyright or related rights was due to fraud perpetrated by a third party. Thus by reversing the burden of proof, Article L 331-38, introduces, contrary to the requirements deriving from Article 9 of the Declaration, a presumption of guilt on the part of the internet access holder such as to entail the imposition of penalties restricting or depriving him of his rights.

19. As a consequence of the foregoing, and without it being necessary to examine any other arguments raised, section 11 of the statute referred for review, paragraphs 2 to 5 of Article L 336-3 and in section 5, Articles L 331-27 to L 331-31, L. 331-33 and L 331-34 must be held to be unconstitutional. The same holds good for the second paragraph of Article L 331-21, the words 'and ascertain the material ingredients of the breach of the duty defined in Article L 336-3', for the final paragraph of Article L 331-26 and the words 'to be considered, in its opinion, as validly exonerating the access holder from liability under article L 336-3' found in the first paragraph of Article L 331-32 and the words 'of which the installation shall validly exonerate the access holder from liability under Article L 336-3' found in the second paragraph of the same article.

20. The following must also be held to be unconstitutional, insofar as they are unseverable from section 5 [...].

- As regards the right to privacy

21. The parties making the referral contend that the statute referred for review produces a patently unbalanced reconciliation between the protection of copyright and the right to privacy. The purpose Parliament seeks to achieve would require the implementation of measures for monitoring citizens and the introduction of a 'generalized control of electronic communications' incompatible with the constitutional requirements of the right to privacy. The parties making the referral argue that the powers conferred on private agents, empowered to collect the addresses of subscribers suspected of sharing files of protected works, are not accompanied by sufficient guarantees.

22. Firstly, Article 2 of the Declaration of 1789 proclaims: 'The aim of every political association is the preservation of the natural and imprescriptible rights of Man. These rights are liberty, property, safety and resistance to oppression'. The liberty proclaimed by this Article implies the right to privacy.

23. Secondly, it is the task of Parliament, under Article 34 of the Constitution, to lay down the rules concerning the fundamental guarantees granted to citizens for the exercising of their civil liberties. It is therefore incumbent upon it to strike a balance between the right to privacy and other constitutional requirements such as the protection of the right to property.

24. Under Article L 331-24 of the Intellectual Property Code, the Committee for the protection of copyright acts upon referral by sworn agents approved in the conditions laid down in Article L 331-2 of the same Code. These agents are appointed by duly constituted professional defence organizations, by companies in charge of collecting and apportioning copyright fees, and by the National Cinematographic Centre.

25. Under section 9 of the Act of January 6th 1978 referred to above 'The processing of personal data pertaining to offences, convictions and security measures may only be carried out by⁴' The legal entities mentioned in Article L 321-1 and L 331-1 of the Intellectual Property Code, acting in the framework of the rights they are responsible for managing or on behalf of persons whose rights have been infringed as provided for in Books 1, II and III of the same Code and for the purpose of ensuring the defence of said rights'. These legal entities are the companies in charge of collecting and apportioning copyright fees and duly constituted professional defence organizations.

26. The combined provisions of Article L 34-1 of the Post Office and Electronic Communications Code, as amended by section 14 of the statute referred for review, of the 3rd and 5th paragraphs of Article L 331-21 of the Intellectual Property Code and of Article L 331-24 thereof result in modifying the purposes for which such persons may process data connected with offences. They in fact make it henceforth possible for data thus collected to have a nominative nature also in the framework of proceedings before the Committee for the protection of copyright.

27. The fight against infringement of copyright by internet piracy is designed to achieve the objective of safeguarding intellectual property and cultural creation. However the authorization granted to private persons to collect data making it indirectly possible to identify persons having a right of access to online public communication services leads to these same private persons processing data of a personal nature in connection with offences. Such an authorization cannot, without constituting a disproportionate infringement of the right to privacy, have other purposes than to enable copyright holders to institute legal proceedings on the same footing as any natural person or legal entity who has been the victim of an offence.

28. Subsequent to the censure resulting from the foregoing paragraphs 19 and 20, the Committee for the protection of copyright cannot impose the penalties provided for by the statute referred for review. Its sole role consists in taking measures preliminary to the institution of legal proceedings. Its intervention is justified by the extent of copyright infringements committed via the internet and the utility, in the interests of good administration of justice, of limiting the number of offences brought before the courts of law. Hence the processing of data of a personal nature by the companies and bodies referred to hereinabove, together with the transmission of such data to the Committee for the protection of copyright in order to allow it to carry out its mission, are preliminaries to referring cases to the courts with jurisdiction over such matters.

29. Such processing of data shall be subjected to the requirements provided for by the Act of January 6 1978 referred to hereinabove. Such data shall be transmitted solely to this administrative authority or to the judicial authorities. It will be incumbent upon the National Committee on Data Processing and Civil Liberties, when requested to authorise such processing of data, to ensure that the manner in which such processing is carried out, in particular the conditions governing the conservation of such data, is strictly proportional to the purpose it is sought to achieve.

30. Furthermore, contrary to what is claimed by the parties making the referral, the sworn agents referred to in Article L 331-24 of the Intellectual Property Code are not vested with the power to monitor or intercept private exchanges or correspondence.

31. In consequence of the foregoing, and with the qualification set out in paragraph 29, the processing of personal data does not fail to comply with the constitutional requirements referred to hereinabove.

- As regards the recourse to Decrees submitted to the Council of State

[...]

- WITH RESPECT TO SECTION 10:

[...]

HELD

Article 1 - The following provisions of the Intellectual Property Code as worded pursuant to sections 5 and 11 of the Act furthering the diffusion and protection of creation on the Internet are unconstitutional (etc.)

Deliberated by the Constitutional Council sitting on June 10th 2009 and composed of Messrs Jean-Louis DEBRE, President, Guy CANIVET, Jacques CHIRAC, Renaud DENOIX de SAINT MARC and Olivier

DUTHEILLET de LAMOTHE, Mrs Jacqueline de GUILLENCHMIDT, Messrs Pierre JOXE and Jean-Louis PEZANT, Mrs Dominique SCHNAPPER and Mr Pierre STEINMETZ.

Noot

Jan-Herman Reestman

Dr. J. H. Reestman is universitair docent, leerstoelgroep Staats- en Bestuursrecht, Universiteit van Amsterdam.

Inleiding

In de hierboven gedeeltelijk afgedrukte uitspraak van 10 juni 2009 verklaart de Conseil Constitutionnel, de Franse constitutionele rechter, een wet ter bestrijding van 'internetpiraterij' op belangrijke punten ongrondwettig. De uitspraak is het voorlopige eindpunt van een heftige politieke strijd die niet alleen in Parijs is gevoerd, maar ook in Brussel en Straatsburg, en die eens te meer duidelijk maakt hoe verweven de nationale en de Europese rechtsordes zijn geraakt. In politiek opzicht is de uitspraak een overwinning voor de Franse parlementaire oppositie, het Europees Parlement en de Europese Commissie, en zijn de Franse president, regering en parlementaire meerderheid én de Europese Raad van Ministers de verliezers. Dat is een van de redenen waarom de uitspraak interessant is. Een andere is dat de Conseil constitutionnel het recht op toegang tot internet heeft geconstitueerd en op basis daarvan heeft bepaald dat in beginsel alleen de rechter abonnees van internet mag (laten) afsluiten als 'straf' voor illegaal up- of downloaden van auteursrechtelijk beschermde werken via hun internetaansluiting (voortaan: illegaal downloaden).¹

De wet en haar achtergronden

Illegaal downloaden heeft (ook) in Frankrijk een grote vlucht genomen. In de zomer van 2008 diende de Franse regering, onder auspiciën van de president van de republiek Nicolas Sarkozy, een wetsvoorstel in '*favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*', dat, aldus de memorie van toelichting, de ambitie had 'de faire cesser l'hémorragie des oeuvres culturelles sur internet'. Het voorstel, dat is gebaseerd op een rapport van een commissie onder voorzitterschap van Denis Olivennes, toenmalig president-directeur van de FNAC, en een daarop gesloten akkoord tussen vertegenwoordigers van de entertainmentindustrie, auteursrechtenorganisaties en internetproviders, werd in mei 2009 door het Franse parlement aanvaard.

De wet, de zogenaamde *loi Hadopi*, bevat een uitgebreid instrumentarium ter bevordering van het legale aanbod van (tegen betaling) te downloaden werken en ter preventie en bestrijding van illegaal downloaden. Daartoe richt de wet een *Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet* (Hadopi) op. Een onderdeel van dit zelfstandig bestuursorgaan, de *Commission pour la protection des droits* (in de Engelse vertaling: Committee, hier sanctiecommissie), bestaande uit drie voor zes jaar benoemde leden van de Conseil d'Etat, het Cour de cassation en het Cour des Comptes, kreeg de bevoegdheid de naleving van een reeds bestaande maar geherformuleerde zorgplicht voor abonnees (zie hieronder) te bevorderen en nalatigheid te bestrijden (r.o. 5). Daartoe creëerde de wet een driestapsanctie-mechanisme (*response graduée*), dat zou moeten komen te staan naast de bestaande maar zeker wat betreft de 'petit piratage de masse' omslachtige en weinig gebruikte civiele en strafrechtelijke procedures. Internetabonnees moeten er voor zorgen dat van hun aansluiting geen gebruik wordt gemaakt om illegaal te downloaden (art. L. 336-3 Code de la propriété intellectuelle; r.o. 6). De wet veronderstelde dat een abonnee zijn zorgplicht zou hebben geschonden als zou worden vastgesteld dat op zijn (of haar) internetadres illegaal is gedownload.

1 Anders dan in Nederland (vgl. het rapport *Auteursrechtbeleid* van de parlementaire Tweede Kamercommissie auteursrechten, *Kamerstukken II*, 2008-2009, 29 838 en 31 766, nr. 19 herdruk), is in Frankrijk, althans volgens de minister van Justitie, niet alleen het zonder toestemming van de rechthebbenden *uploaden* van auteursrechtelijk beschermd materiaal verboden, maar ook *downloaden*, zelfs voor privégebruik; zie de circulaire van de minister van Justitie van 3 januari 2007 over de zogenaamde wet DADVSI (www.juriscom.net/documents/circulaire-DAVDSI.pdf); vgl. ook de wetgevingsrapporten van afgevaardigde Franck Riester (www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/rapports/r1486.pdf), p. 29-30, en senator Michel Thiollière (www.senat.fr/rap/108-053/108-0531.pdf), p. 45 e.v. Bedoeld downloaden is een misdrijf waarop drie jaar gevangenisstraf en € 300.000,- boete staat (artikel L335-2 jo L335-3 Code de la propriété intellectuelle). Of de Franse rechters dat ook zo zien, is mij niet bekend; in die richting lijkt wel te gaan het Cour de cassation (chambre criminelle), 30 mei 2006 (*Ministère public et autres/Surélien D.*).

Bij een eerste vaststelling zou de commissie de abonnee een waarschuwings-e-mail kunnen sturen om hem te herinneren aan zijn zorgplicht en te wijzen op mogelijke consequenties van 'recidive'. Bij een tweede vaststelling binnen zes maanden zou een tweede e-mail kunnen worden gestuurd, ditmaal vergezeld van een aangetekende brief. Als binnen een jaar daarna opnieuw misbruik op het adres zou worden geconstateerd, zou de sanctiecommissie de abonnee, na een contradictoire procedure, voor een periode van twee maanden tot een jaar van internet kunnen laten afsluiten, dan wel aan deze kunnen bevelen bepaalde door de overheid goedgekeurde software op zijn computer te installeren. Tegen al deze maatregelen stond beroep op de rechter open, maar pas nadat de derde stap was gezet.

Volgens de regering had het sanctiemechanisme vooral een educatief en preventief motief en was het bedoeld om de grote massa van kleine overtreders bewust te maken van de onrechtmatigheid van hun handelen. De sanctie van afsluiting zou naar verwachting slechts zelden behoeven te worden opgelegd. Abonnees die zich niet zelf zouden schuldig maken aan illegaal downloaden, zouden na de waarschuwingsmails hun zorgplicht wel serieus gaan nemen, bijvoorbeeld door de eerder bedoelde software te installeren. Als zij wel zelf illegaal zouden downloaden, zouden zij gezien de opgeheven anonimiteit en de mogelijke consequenties die activiteit wel staken.

Het voorstel voor de wet leidde tot een intens maatschappelijk debat, in het bijzonder ook op het internet. De Franse parlementaire oppositie kantte zich er fel tegen en haalde van alles uit de kast om het te laten stranden. Veroorloof mij de volgende anekdote. In de vroege voormiddag van 9 april 2009 was in de Assemblée nationale, de Franse Tweede Kamer, het moment van stemming aangebroken. Slechts 24 afgevaardigden waren zichtbaar aanwezig: 16 van de UMP, de grootste regeringspartij, vóór het voorstel, zij het niet altijd van harte, en acht van de oppositie. Aanvaarding van het voorstel leek daarmee verzekerd, maar helemaal gerust waren de UMP afgevaardigden en de aanwezige adviseurs van de president van de republiek er toch niet op. In de wandelgangen zagen zij de afgevaardigden van de oppositie opgewonden in de weer met hun mobieltjes. Dat deed intensief sms-verkeer vermoeden. Hield de oppositie ergens misschien nog hulp troepen verborgen? Om die eventualiteit uit te sluiten, haalden de regeringsgetrouwen de stofkam door het Palais Bourbon, de zetel van de Assemblée, tot in de bibliotheek en de toiletten toe. Niemand. Op het moment dat de kamervoorzitter tot houden van de stemming (bij handopsteking) overging, sprongen echter achter de zware gordijnen bij de linkeringang van de vergaderzaal twaalf afgevaardigden te voorschijn. Het voorstel werd met 21 tegen 15 stemmen verworpen (*Libération*, 10 april 2009). Later, toen Sarkozy de afwezige UMP-afgevaardigden op hun verantwoordelijkheden had gewezen, werd het door de Assemblée alsnog aanvaard.

Ondertussen had de Franse oppositie de strijd al verlegd naar het Europees Parlement, waar een aantal ontwerprichtlijnen inzake elektronische communicatienetwerken en aanverwante zaken voorlag, het zogenaamde 'telecompakket'. Op één daarvan² dienden Daniel Cohn-Bendit en Guy Bono, Europarlementariërs die tevens leden zijn van Franse oppositiepartijen, een amendement in dat beroemd is geworden als 'amendement nr. 138'. Het bepaalt dat

no restriction may be imposed on the fundamental rights and freedoms of end-users, without a prior ruling by the judicial authorities, notably in accordance with Article 11 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union on freedom of expression and information, save when public security is threatened where the ruling may be subsequent.

Het amendement werd op 24 september 2008 met overweldigende meerderheid door de Europarlementariërs aanvaard. Sarkozy zag zijn wet in gevaar komen en schreef een brief aan Europese Commissievoorzitter Barroso (gepubliceerd in *Libération*, 6 oktober 2008), waarin hij deze om zijn persoonlijke hulp vroeg bij het ontmantelen van amendement 138. Barroso weigerde echter en de Commissie aanvaardde het amendement, waarop de Raad van Ministers van de Europese Unie het op initiatief van Frankrijk zelf maar uit zijn gemeenschappelijk standpunt 'schrapte'. Op 6 mei 2009 aanvaardde het Europees Parlement echter in zijn tweede lezing het amendement, dat ondertussen nummer 46 had gekregen, opnieuw, en wederom met overgrote meerderheid. Dat kon de definitieve aanvaarding van

de wet in het Franse parlement op 13 mei 2009 niet voorkomen. De oppositie tekende beroep aan bij de Conseil constitutionnel (artikel 61 Franse Constitutie) – en met succes.

De uitspraak

De Conseil constitutionnel verklaart de wet Hadopi op twee cruciale punten ongrondwettig: de afsluiting van abonnees op bevel van de sanctiecommissie is in strijd met de vrijheid van meningsuiting en de onschuldpresumptie van abonnees is geschonden. Tegelijkertijd wijst de raad onder meer de grief af dat door het bewerken van persoonsgegevens in het kader van de procedure voor de sanctiecommissie het recht op privacy wordt geschonden.

Vrijheid van meningsuiting

De Conseil constitutionnel constateert dat sprake is van een botsing van twee grondrechten, die beide zijn opgenomen in de Verklaring van de Rechten van de Mens en van de Burger van 1789, die in Frankrijk nog steeds geldend constitutioneel recht is: aan de ene kant het in de artikelen 2 en 17 neergelegde recht op bescherming van (intellectuele) eigendom (r.o. 13), aan de andere het recht op vrije meningsuiting (artikel 11). Dat recht op vrije meningsuiting omvat in de huidige staat van de communicatietechniek en gezien zowel de algemene ontwikkeling van publieke online communicatiediensten als het belang van die diensten voor de democratie en voor het openbaren van ideeën en opvattingen, het recht op toegang tot die diensten (r.o. 12), en dus tot internet. Het is in beginsel aan de wetgever om het belang van de strijd tegen internetpiraterij af te wegen tegen het recht op vrije meningsuiting, maar hij dient daarbij wel de bijzondere waarde van het recht op vrije meningsuiting te erkennen: de uitoefening ervan is een voorwaarde voor democratie en één van de garanties voor de uitoefening van andere rechten en vrijheden. Daarom dienen beperkingen van deze vrijheid 'noodzakelijk, geschikt en proportioneel' te zijn (r.o. 15). Daaraan voldoet de bevoegdheid van de sanctiecommissie om abonnees van internet af te sluiten niet. Zij strijdt met het recht op vrije meningsuiting, omdat de commissie, ondanks haar zelfstandigheid, geen rechterlijke instantie is, de bevoegdheid niet beperkt is tot een bepaalde categorie personen maar de gehele bevolking betreft (*toute la population; the entire population*), en omdat de bevoegdheid kan leiden tot een beperking van het recht op vrij meningsuiting *vanuit huis* (*depuis la maison; from his own house*; r.o. 16). Op dit deel van de uitspraak kom ik straks terug.

De onschuldpresumptie

Artikel 9 van de Verklaring van 1789 bevat de onschuldpresumptie: een ieder is onschuldig totdat het tegendeel bewezen wordt. Dat beginsel brengt in de regel mee dat de wetgever in de sfeer van het sanctierecht geen vermoeden van schuld mag instellen, maar uitzonderingen zijn mogelijk, in het bijzonder als het gaat om lichte overtredingen, op voorwaarde dat het vermoeden van schuld niet onweerlegbaar is, de rechten van de verdediging worden gerespecteerd en 'uit de feiten redelijkerwijs de waarschijnlijkheid van daderschap van het ten laste gelegde valt af te leiden' (r.o. 17). De wet Hadopi bepaalde dat een abonnee op wiens adres illegaal is gedownload verondersteld wordt de zorgplicht te hebben geschonden, maar zich onder meer kan disculperen door te bewijzen dat het misbruik het gevolg is van fraude door een derde. Deze omkering van de bewijslast acht de raad ongrondwettig (r.o. 18). Dat komt niet als een verrassing.

In 1999 voerde de wetgever een presumptie van schuld in van kentekenhouders voor bepaalde met hun voertuigen opgelopen verkeersboetes, onder meer onder het voorbehoud dat zulks niet kan leiden tot aftrek van punten van het puntenrijbewijs. De Conseil constitutionnel aanvaardde deze bepaling, overwegende dat de veronderstelling dat de kentekenhouders de betreffende overtreddingen zelf zou hebben gepleegd een redelijke mate van waarschijnlijkheid bezit, deze zich op alle mogelijke manieren kan vrijpleiten, bijvoorbeeld door aan te tonen dat het voertuig gestolen is of door de echte dader aan te wijzen, en hij pas tot betaling verplicht is na besluit van de politierechter (beslissing no. 99-411 DC van 16 juni 1999).³ De verschillen liggen voor het oprapen: in casu wordt het grondwettelijk recht op toegang tot internet beperkt, is het een moeilijk te beantwoorden technische vraag of een abonnee eigenlijk wel kan bewijzen dat zijn computer is

² Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van de Richtlijnen 2002/21/EG inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten, 2002/19/EG inzake de toegang tot en interconnectie van elektronische-communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten 2002/20/EG betreffende

de machtiging voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten {SEC(2007)1472} {SEC(2007)1473} /* COM/2007/0697 def. - COD 2007/0247 */.
³ Jean-Philippe Feldmann, 'Le Conseil constitutionnel, la loi « Hadopi » et la présomption d'innocence', *La Semaine juridique*, Edition générale, 2009 (28), p. 25-28.

'gestolen',⁴ en is geen tussenkomst van een rechter voorzien voordat de sanctie ingaat.

Privacy

Op grond van de wet op de informatica, databestanden en vrijheden, in samenhang met de wet op de intellectuele eigendom en de post- en telecommunicatiewet, mogen onder andere professionele private rechtspersonen tot bescherming van intellectuele eigendomsrechten, zoals de Franse Buma, Stemra of Brein, verdachte IP-adressen (laten) verzamelen om inbreuken op de door hen beheerde rechten op te sporen en voor de rechter te brengen. Daarbij geldt de beperking dat de betreffende abonnees alleen mogen worden geïdentificeerd in het kader van een procedure voor de rechter. Deze beperking leek op grond van eerdere jurisprudentie (beslissing nr. 2004-499 DC van 29 juli 2004) een voorwaarde te zijn voor de verenigbaarheid met het recht op privacy. Dat recht wordt door de raad ingelezen in artikel 2 van de Verklaring van 1789 (r.o. 22). Op basis van de wet Hadopi zouden de bedoelde bewerkingen van persoonsgegevens ook in het kader van een administratieve procedure mogelijk worden: de private organisaties zouden verdachte IP-adressen mogen doorspelen aan de sanctiecommissie, die op haar beurt de bevoegdheid kreeg op basis van de aangeleverde gegevens de abonnees te (laten) identificeren (r.o. 26). De Conseil aanvaardt de regeling. Allereerst kwalificeert hij de procedure voor de sanctiecommissie als een voorfase van een gerechtelijke procedure. Dat is mogelijk omdat de aan die commissie toegekende sanctiebevoegdheid eerder in de uitspraak ongrondwettig is verklaard en zij dus nog slechts waarschuwingmails kan sturen. Vervolgens stelt de Conseil dat de identificatie van abonnees van verdachte IP-adressen door de sanctiecommissie (feitelijk: door een provider op verzoek van de commissie) gerechtvaardigd wordt door het grote aantal gevallen van illegaal downloaden en de wens in het belang van een goede rechtsbedeling het aantal zaken voor de rechter te beperken (r.o. 28). De raad overweegt verder dat niet de bevoegdheid is toegekend om privémail te onderscheppen en onderzoeken (r.o. 30). De Conseil constitutionnel aanvaardt zo het preventieve en educatieve deel van het sanctiemechanisme.

Commentaar

De wet Hadopi is een uiting van het ook in Nederland steeds vaker voorkomende verschijnsel dat aan bestuursorganen sanctiebevoegdheden worden toegekend. Dat leidt tot vermenging van functies die volgens een strikte toepassing van de leer van de machtenscheiding gescheiden zouden moeten zijn, in casu die van opsporing, vervolging en rechtspraak. Volgens vaste rechtspraak van de Conseil constitutionnel verzet het beginsel van de machtenscheiding zich echter niet tegen de toekenning van een sanctiebevoegdheid aan een bestuursorgaan, op voorwaarde dat de constitutioneel beschermde rechten en vrijheden, in het bijzonder het strafrechtelijke legaliteitsbeginsel en de rechten van de verdediging, worden gerespecteerd (r.o. 14). Een niet expliciet in de uitspraak genoemde beperking is dat door een bestuursorgaan geen vrijheidsstraffen mogen worden opgelegd (beslissing no. 89-260 DC van 28 juli 1989); zulks is de uitsluitende bevoegdheid van gewone rechter (*autorité judiciaire*), die volgens artikel 66 de hoeder van de *liberté individuelle* is. Min of meer in het verlengde van deze beperking ligt de nieuwe beperking die in de onderhavige uitspraak centraal staat: alleen de (gewone) rechter mag gelasten dat abonnees bij wijze van 'straf' van internet worden afgesneden. In casu past de Conseil constitutionnel de leer van de machtenscheiding dus zeer strikt toe. In beginsel althans, want gezien de motivering (r.o. 16) mag men aannemen dat hij het beperken door een bestuursorgaan van de toegang tot internet van personen die tot bepaalde groepen behoren, niet bij voorbaat ongrondwettig acht. Te denken valt aan gedetineerden en ambtenaren.⁵

Dat internet in de huidige democratische samenleving zowel voor de informatiegaring als verspreiding van ideeën en gedachten van groot belang is, behoeft nauwelijks betoog. In Nederland hoeven we alleen maar te denken aan de afschaffing van de papieren versies van *Staatscourant* en *Staatsblad*, die per 1 juli 2009 alleen nog online te raadplegen vallen. Dat de Conseil constitutionnel de toegang tot internet onder de vrijheid van meningsuiting schaaft en tot een grondwette-

lijk recht verheft, valt dan ook zonder meer te begrijpen, te billijken en zelfs toe te juichen. Gezien het eminente belang van de vrijheid van meningsuiting in een democratische samenleving is het dan nog maar een klein stapje naar de eis van rechterlijke interventie.

In een van de nog schaarse Franse wetenschappelijke commentaren is evenwel gewezen op het volgende. Terwijl de wet Hadopi internetpiraterij wilde bestrijden buiten het strafrecht om, zonder de grote massa van kleine overtreders te 'criminaliseren', is een mogelijk effect van de ongrondwettigverklaring dat het aantal strafzaken tegen deze kleine misbruikers toeneemt en ze dus van de regen in de drop komen.⁶ Daar zit wat in, ook gezien het vervolg op de uitspraak.

De wet Hadopi werd, vanzelfsprekend zonder de ongrondwettig verklaarde bepalingen maar inclusief de zorgplicht voor abonnees en de bevoegdheid tot het sturen van waarschuwingmails van de sanctiecommissie, op 12 juni 2009 uitgevaardigd. Op 24 juni diende de regering een voorstel in voor een aanvullende wet, de zogenaamde *loi Hadopi II*,⁷ dat in september van dit jaar in een bijzondere zitting van het Franse parlement in stemming komt en dan zeker wordt aanvaard. Dit voorstel beoogt de opsporingsbevoegdheden van de sanctiecommissie te versterken, van afsluiten van internet een bijkomende straf te maken op het misdrijf van illegaal downloaden, en een enkelvoudige kamer van de rechtbank de bevoegdheid te geven deze bijkomende straf in plaats van een hoofdstraf⁸ op te leggen bij *ordonnance pénale*, dat wil zeggen in een vereenvoudigde procedure zonder zitting (artikel L 495-1 *Code de procédure pénale*). Dat is nog niet alles. De regering is verder voornemens een *overtreding* (i.t.t. een misdrijf) te creëren voor internetabonnees die niet zelf illegaal downloaden, of van wie dat niet te bewijzen valt, maar die wel schromelijk in hun zorgplicht tekortschieten (*négligence caractérisée*). Daartoe is de regering op basis van de artikelen 34 en 37 van de Constitutie zelfstandig bevoegd. Zij wil op die overtreding de bijkomende straf van een maand afsluiting van internet kunnen stellen. Daarvoor heeft zij een wettelijke basis nodig, waarin *Hadopi II* voorziet.

Als *Hadopi II* de zegen van de Conseil constitutionnel krijgt – de wet zal door de parlementaire oppositie t.z.t. ongetwijfeld aan de raad worden voorgelegd – valt het met de 'criminalisering' van de zelf downloaden abonnees misschien toch mee. Het nieuwe sanctiemechanisme – waarschuwingmails van de sanctiecommissie, nu onder de dreiging van een vereenvoudigde procedure bij de rechter – lijkt niet veel minder effectief te zullen zijn dan het oorspronkelijke zou zijn geweest. Alleen bij zware recidivisten zal het tot een rechtszaak komen. Iets dergelijks geldt voor de niet zelf downloadende abonnees die schromelijk in hun zorgplicht te kort schieten. Voor deze laatste categorie geldt bovendien dat, zo begrijp ik, veroordelingen wegens overtredingen niet worden opgenomen in die delen van het *casier judiciaire*, het nationale strafregister, waarop bijvoorbeeld verklaringen van geen bezwaar worden gebaseerd. Maar bovenal is de grote winst dat de afsluiting van internet in alle gevallen slechts kan worden bevolen door een 'echte' rechter, en niet door een commissie die, ondanks alle waarborgen voor zelfstandigheid, zowel opsporingsinstantie, aanklager en rechter tegelijk is en die haar bestaansrecht louter ontleent aan de strijd tegen internetpiraterij. Dat lijkt mij verre te prefereren.

Tot slot nog het volgende. De lezer zal het zijn opgevallen dat de benadering van de Conseil constitutionnel van de vrijheid van meningsuiting grote gelijkenis vertoont met die van het EHRM (r.o. 15). Daarbij zij aangetekend dat deze Franse rechter, anders dan de andere Franse rechters, niet aan het EVRM toetst. Dat laat echter onverlet dat hij zich geregeld door de jurisprudentie van het EHRM laat 'inspireren', al was het alleen maar om te voorkomen dat wetten die hij grondwettig oordeelt later door ander Franse rechters of het EHRM onverdragmatig worden verklaard. Men kan zich afvragen of zich hier niet het omgekeerde geval zal voordoen, namelijk dat deze zeer principiële uitspraak van de Conseil constitutionnel een inspiratiebron wordt voor het EHRM en andere Europese rechters, waaronder Hof van Justitie van de EG. Het is na 10 juni 2009 m.i. namelijk moeilijk voorstelbaar dat zij zullen aanvaarden dat abonnees van internet mogen worden afgesloten op bevel van een bestuursorgaan dat zowel opspoort, als vervolgt als rechtspreekt.

4 (Anoniem) 'Commentaire' op de beslissing in de *Cahiers du Conseil constitutionnel* no. 27, <http://tinyurl.com/lz89rv>, p. 14.

5 Idem, p. 11.

6 David El Sayegh, 'Le Conseil constitutionnel et la loi Création et Internet: une décision en trompe-l'œil', *Légipresse* 2009, p. 97-98.

7 *Projet de loi no. 1831 relatif à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur Internet*.

8 Maximaal drie jaar gevangenisstraf en € 300.000,- boete; L335-2 j° L335-3 *Code de la propriété intellectuelle*.