



Liberté • Égalité • Fraternité

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

PREMIER MINISTRE

SECRETARIAT GENERAL DU GOUVERNEMENT

Le directeur

Paris, le 13 octobre 2009

Monsieur le Secrétaire général,

J'ai l'honneur de vous adresser ci-joint les observations du Gouvernement sur le recours formé par plus de soixante députés et dirigé contre la loi relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur Internet.

Je vous prie de croire, Monsieur le Secrétaire général, à l'expression de ma considération distinguée.

Jacques-Henri STAHL

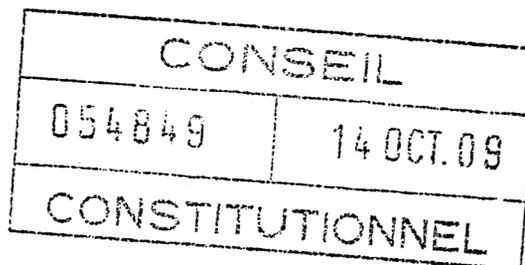
Monsieur Marc GUILLAUME

Secrétaire général du Conseil

Constitutionnel

2, rue de Montpensier

75001 PARIS



Paris, le 13 octobre 2009

**OBSERVATIONS DU GOUVERNEMENT SUR LE
RECOURS DIRIGE CONTRE LA LOI RELATIVE A LA
PROTECTION PENALE DE LA PROPRIETE
LITTERAIRE ET ARTISTIQUE SUR INTERNET**

Le Conseil constitutionnel a été saisi, par plus de soixante députés, d'un recours dirigé contre la loi relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur Internet.

Le recours tend à la censure de la loi dans son ensemble, en critiquant en particulier les articles 1^{er}, 6, 7, 8 et 11 de la loi.

Ce recours appelle, de la part du Gouvernement, les observations suivantes.

*

* *

**I/ SUR LES CRITIQUES DIRIGÉES CONTRE LA
LOI DANS SON ENSEMBLE**

A/ Les auteurs de la saisine affirment que la loi déférée, loin de respecter les principes édictés par la décision n°2009-580 DC du 10 juin 2009 relative à la loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet, tentent de les contourner en substituant au régime de sanction administrative précédemment envisagé un régime de sanction pénale qui, en privilégiant la voie de l'ordonnance pénale, ne serait pas respectueux des droits de la défense et, en prévoyant notamment de sanctionner d'une coupure d'accès à Internet une

négligence caractérisée dans la protection de celui-ci, porterait une atteinte disproportionnée à l'exercice d'un droit constitutionnellement garanti.

B/ Ces affirmations ne sauraient emporter la conviction.

L'objectif de la loi déferée est de parachever, en tenant scrupuleusement compte des prescriptions de la décision du 10 juin 2009, le dispositif de réponse graduée, préventif et dissuasif dont le socle a été mis en place par la loi n°2009-669 du 12 juin 2009.

1/ A cet effet, un nouveau régime de sanction pénale est instauré par la loi. Celui-ci comporte deux volets séparés, réprimant des faits distincts.

Il est tout d'abord prévu que les personnes reconnues coupables des délits de contrefaçon déjà prévus et réprimés par le code de la propriété intellectuelle pourront être condamnées, si le délit est constitué à l'aide d'un service de communication au public en ligne, à une peine complémentaire de suspension de l'accès à Internet pendant une durée maximale d'un an.

Un nouveau régime de contravention de cinquième classe est par ailleurs instauré. Il prévoit la possibilité de sanctionner d'une peine complémentaire de suspension de l'accès à Internet d'une durée maximale d'un mois le titulaire d'un abonnement à Internet qui, préalablement averti par la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet (Hadopi) que des téléchargements illégaux ont été réalisés sur sa ligne et qu'il convenait de sécuriser celle-ci, a fait preuve d'une négligence caractérisée permettant la continuation de ces téléchargements.

2/ De son côté, la Hadopi se voit confier un simple rôle d'investigation, qui n'est d'ailleurs assorti d'aucun pouvoir de contrainte : les agents assermentés de cette dernière et les membres de sa commission de protection des droits auront pour mission de procéder à des enquêtes sur les éléments préliminaires qui lui seront transmis par les ayants droit, en recueillant les observations de la personne concernée et en procédant à son audition, soit d'office, soit à sa demande.

Les procès-verbaux des actes réalisés par les agents de la Hadopi seront transmis au procureur de la République pour lui permettre d'apprécier, au regard des faits constatés, et après avoir ordonné, le cas échéant, de faire procéder à une enquête complémentaire, si des poursuites pénales peuvent être engagées, par la voie de l'ordonnance pénale dans l'hypothèse où ces faits lui

paraissent suffisamment établis pour emprunter cette procédure, ou par une voie de droit commun si tel n'est pas le cas.

3/ L'intervention systématique d'un juge, seul à même de prononcer une peine de suspension de l'accès à Internet, garantira le respect des prescriptions de la procédure pénale comme des principes d'individualisation et de proportionnalité des peines.

Les dispositions de la loi déferée mettent ainsi en place un dispositif rationnel, cohérent et équilibré, dans le respect de l'ensemble des exigences résultant de la décision du 10 juin 2009.

II/ SUR L'ARTICLE 1^{ER}

A/ Cet article habilite les membres de la commission de protection des droits de la Hadopi ainsi que ses agents assermentés devant l'autorité judiciaire à constater les faits susceptibles de donner lieu aux infractions pénales prévues par la loi ou par le règlement.

Les auteurs de la saisine font grief à cet article d'instituer un régime de constatation des faits automatique, non-contradictoire et, au final, illégalement irréfragable et confus en méconnaissance des principes de la procédure pénale.

B/ Ces griefs seront aisément écartés.

1/ Le dispositif de constatation des faits devant la Hadopi ne revêtira tout d'abord aucun caractère automatique. Les membres de la commission de protection des droits et les agents assermentés de l'autorité accompliront en effet une série de diligences permettant, à partir des éléments préliminaires de l'infraction transmis par les agents des sociétés d'ayants droit, de dégager de manière solide les faits susceptibles de donner lieu à la mise en mouvement de l'action publique par le parquet.

Les agents de l'autorité vérifieront ainsi, en premier lieu, que les agents des sociétés d'ayants droit sont, d'une part, titulaires d'un agrément du ministère de la culture et de la communication en cours de validité et, d'autre part, assermentés dans les conditions définies à l'article L. 331-2 du code de la propriété intellectuelle. Ils procéderont ensuite au contrôle que les informations qui leur sont transmises sont susceptibles de déboucher sur la qualification d'un acte de contrefaçon en vérifiant, à partir de la liste transmise par l'organisme auteur de la saisine, la titularité des droits sur les œuvres et prestations concernées.

Ils procéderont en outre à l'identification des adresses *IP* litigieuses en sollicitant les coordonnées des abonnés auprès des fournisseurs d'accès à Internet.

Avant l'envoi de la seconde recommandation prévue par les textes, les agents s'assureront enfin que la saisine porte sur des faits commis moins de six mois après l'envoi de la première recommandation, conformément aux prescriptions de l'article L. 331-26 du CPI.

Ces diligences de fond se doubleront de diligences de nature procédurale. Il incombera en effet aux agents de la Hadopi d'établir des procès-verbaux particuliers retraçant les différentes étapes du dialogue entre l'autorité et l'abonné : devront ainsi être retracés la constatation de l'envoi d'une première recommandation, la réponse de l'abonné, l'envoi d'une seconde recommandation assortie le cas échéant d'une mise en demeure de sécurisation de sa ligne par l'abonné, la convocation éventuelle de l'abonné, les observations écrites et orales formulées au cours de l'investigation ; dans toutes les hypothèses où ils convoqueront les abonnés, les agents de l'autorité procéderont en outre à la rédaction d'un procès-verbal d'audition ou, en l'absence de réponse de ces abonnés, d'un procès-verbal de non comparution.

Un procès-verbal récapitulatif des étapes successives de la procédure sera établi, *in fine*, par les agents de l'autorité et les membres de la commission de protection des droits avant toute transmission au parquet. Outre les observations des abonnés, ce procès-verbal récapitulatif mentionnera également la réponse du fournisseur d'accès à la question de savoir s'il est techniquement en mesure de mettre en œuvre une mesure de suspension de son accès à Internet à l'encontre de l'abonné.

La procédure d'investigation devant la Hadopi, placée sous la direction du procureur de la République (art. 12 du code de procédure pénale), la surveillance du procureur général (art. 13 de ce code) et le contrôle de la chambre de l'instruction (art. 13 et 224) pourra donc aboutir à la constatation de faits établis, au terme de nombreuses diligences de fond et de procédure, sans aucunement présenter de caractère automatique.

2/ La procédure devant l'autorité présentera, en deuxième lieu, un caractère contradictoire.

Contrairement à ce que soutiennent les auteurs de la saisine, la procédure devant l'autorité sera marquée par l'existence d'échanges continus entre les agents de cette dernière et les abonnés.

L'actuel article L. 331-26 du code de la propriété intellectuelle, dans sa rédaction issue de la loi n° 2009-669 du 12 juin

2009, prévoit déjà que la personne destinataire des avertissements « peut adresser, si [elle] le souhaite, des observations à la commission de protection des droits et obtenir, si [elle] en formule la demande expresse, des précisions sur le contenu des œuvres ou objets protégés concernés par le manquement qui lui est reproché ».

La personne concernée pourra ainsi spontanément transmettre ses observations à l'autorité dès réception de la première recommandation. L'article 1^{er} de la loi déferée conforte cette possibilité en prévoyant expressément que les agents peuvent recueillir les observations des personnes concernées, ce qui se traduira, selon les instructions générales données le cas échéant par le parquet, par une convocation systématique dans les cas les plus épineux.

Les réponses apportées par les abonnés aux différents stades de la procédure pourront permettre d'infirmer l'hypothèse d'un téléchargement illégal par l'abonné lui-même au profit d'une hypothèse de piratage de l'accès ou de l'ordinateur par un tiers.

3/ La valeur probante des procès-verbaux rédigés par les agents de l'autorité sera, enfin, celle prévue par l'article 430 du code de procédure pénale. Ils ne vaudront qu'à **titre de simples renseignements**.

La formulation choisie, en toute connaissance de cause, par le législateur, a en effet précisément pour objet de dissiper, conformément à ce qu'a jugé la décision du 10 juin 2009, tout risque de présomption défavorable à la personne poursuivie. C'est dans cette perspective que l'article 1^{er} de la loi déferée précise que les agents de l'autorité constateront les « faits susceptibles de constituer des infractions » et non les infractions elles-mêmes, afin d'explicitier, conformément aux principes généraux de la procédure pénale, la règle selon laquelle ce sont les magistrats et non les enquêteurs qui, après avoir apprécié selon leur intime conviction les preuves qui leur sont apportées, décident de la qualification de l'infraction lors des poursuites et du jugement.

On observera au surplus que de telles dispositions peuvent se recommander de précédents nombreux : elles sont similaires, par exemple, à celles en vigueur pour les agents de l'Autorité de la concurrence (art. L. 450-2 du code de commerce), ceux de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (art. 2 de la loi n°2004-1486 du 30 décembre 2004) ou encore les inspecteurs du travail (art. L. 8113-7 code du travail).

La valeur de renseignement des procès-verbaux sera la même, que les faits poursuivis soient délictuels ou contraventionnels. Contrairement à ce qu'indiquent les auteurs de la saisine, les dispositions de l'article 1^{er} de la loi déferée n'ont ni pour objet ni pour effet de prévoir que les enquêtes menées par les agents de l'autorité

seront systématiquement suivies d'un complément d'enquête de police en cas de délit de contrefaçon, et qu'inversement elles ne le seront jamais en cas de contravention de négligence caractérisée.

C'est en effet au seul procureur de la République qu'il reviendra de décider, au vu du dossier transmis, s'il convient ou non de faire procéder à une enquête complémentaire de police judiciaire par la police ou la gendarmerie avant, le cas échéant, d'engager des poursuites pour contrefaçon ou simplement pour négligence caractérisée.

Il pourra ainsi se produire que le titulaire de l'abonnement à Internet entendu par les agents de l'autorité reconnaisse avoir téléchargé lui-même des fichiers. Dans ce cas, une enquête complémentaire pourra ne pas être nécessaire, et des poursuites pour contrefaçon pourront être engagées, le cas échéant par ordonnance pénale.

Il pourra arriver que ce titulaire ne reconnaisse pas être l'auteur des téléchargements, mais s'abstienne de sécuriser son accès Internet malgré la mise en demeure de l'autorité l'invitant à y procéder. Dans ce cas également, il est vraisemblable qu'aucune enquête complémentaire ne sera nécessaire, et des poursuites par ordonnance pénale pour la contravention de négligence caractérisée seront alors possibles.

Il pourra, au contraire, advenir que les constatations faites par l'autorité soient insuffisantes pour que le procureur de la République puisse, en l'état du dossier, déterminer si une infraction a été commise et, dans l'affirmative, qualifier les faits. Dans ce cas une enquête complémentaire devra être diligentée, soit pour établir que la personne a elle-même réalisé les téléchargements, en conservant notamment les fichiers sur le disque dur de son ordinateur, ce qui permettra des poursuites pour contrefaçon, soit pour constater qu'elle n'a pas sécurisé son accès Internet, ce qui permettra des poursuites pour la contravention de négligence.

Ces différentes hypothèses, qu'il n'appartenait pas au législateur de préciser, seront rappelées dans la circulaire fixant les critères d'action publique (au nombre desquels figureront sans doute le casier judiciaire de l'intéressé, l'importance ou le nombre des téléchargements illégaux détectés, l'intervalle entre ces derniers et les éléments d'explication fournis par l'intéressé) en vertu desquels les poursuites seront orientées sur le fondement de l'une ou l'autre des infractions pénales prévues par la loi.

En tout état de cause, si la voie de l'ordonnance pénale en matière délictuelle devait être choisie, une enquête complémentaire confiée à la police ou à la gendarmerie serait diligentée dans le cas où les investigations de la Hadopi n'ont pas permis d'obtenir, de la part de

la personne poursuivie, les informations sur ses charges et ses revenus en application des dispositions du dernier alinéa de l'article 495 du code de procédure pénale.

Aucune présomption d'aucune sorte n'affecte donc la procédure devant la Hadopi.

Dans ces conditions, les griefs dirigés contre l'article 1^{er} de la loi déferée ne pourront qu'être écartés.

III/ SUR L'ARTICLE 6

A/ L'article 6 de la loi déferée complète les dispositions de l'article 398-1 du code de procédure pénale afin de soumettre à la compétence du tribunal correctionnel composé d'un seul juge les délits de contrefaçon prévus par les articles L. 335-2, L. 335-3 et L. 335-4 du code de la propriété intellectuelle, lorsqu'ils sont commis au moyen d'un service de communication au public en ligne.

Il insère aussi dans le code de procédure pénale un nouvel article 495-6-1 afin de permettre que, dans cette hypothèse, ces délits puissent faire le cas échéant l'objet de la procédure de l'ordonnance pénale prévue par les articles 495 à 495-6 (étant précisé que, pour leur part, les condamnations pour contraventions de négligence caractérisée pourront également être prononcées par un juge unique statuant par la voie de l'ordonnance pénale, cette procédure étant applicable à l'ensemble des contraventions en vertu des articles 524 et suivants du code de procédure pénale depuis l'intervention de la loi n°72-5 du 3 janvier 1972).

Le dernier alinéa du nouvel article 495-6-1 autorise enfin le juge à statuer dans le cadre de cette procédure sur l'éventuelle constitution de partie civile de la victime.

Les requérants soutiennent que la possibilité de recourir à l'ordonnance pénale pour le délit de contrefaçon commis au moyen d'un service de communication en ligne méconnaît les principes d'égalité devant la loi, les droits de la défense et la présomption d'innocence. Il en serait de même de la possibilité donnée au juge de statuer sur la demande civile de la victime.

B/ Aucun de ces griefs n'est toutefois fondé.

1/ Sur le recours dans son principe à la procédure d'ordonnance pénale :

i/ Il importe de souligner, en premier lieu, que, contrairement à ce que laisse entendre la saisine, le recours au juge unique et, le cas échéant, à l'ordonnance pénale, n'obéit pas à un critère de complexité des affaires.

Le recours au juge unique dépend de la gravité de la peine qu'il est possible de prononcer. Aujourd'hui, le juge unique est compétent pour de très nombreux délits et peut prononcer, sans que cette faculté ait rencontré d'obstacle constitutionnel, des peines prévoyant jusqu'à cinq ans d'emprisonnement ferme, c'est-à-dire plus graves que celles visées aux articles L. 335-2, L. 335-3 et L. 335-4 du code de la propriété intellectuelle qui ne prévoient qu'une peine de trois ans d'emprisonnement.

Quant au recours, devant le juge unique, à la voie de l'ordonnance pénale en matière délictuelle, il se justifie par le caractère établi des faits, sans que le critère de la complexité soit opérant. La décision n°2002-461 DC du 29 août 2002 relative à la loi d'orientation et de programmation pour la justice, qui a validé dans son principe, notamment au regard des règles du procès juste et équitable, l'existence de cette voie de jugement simplifiée, n'y fait d'ailleurs aucunement référence.

Ces critères tirés de la gravité de la sanction et de l'établissement des faits présentent en effet un caractère objectif et rationnel au regard de l'objet du recours à l'ordonnance pénale, qui consiste à donner à la justice les moyens de traiter de manière efficace un contentieux dont la masse pourrait être importante.

ii/ Contrairement à ce que soutiennent les auteurs de la saisine, le dispositif répressif envisagé par le Gouvernement ne se limite pas, en second lieu, aux seuls réseaux de pair à pair, mais concerne toutes les infractions de téléchargement illégal commises à l'aide d'un service de communication au public en ligne, au nombre desquels figurent la téléphonie de 3^{ème} génération ou les offres récentes couplant l'usage du téléphone et de la télévision sur ordinateur personnel. La loi déferée ne crée donc pas deux régimes de sanctions différents selon le moyen utilisé pour commettre l'infraction de contrefaçon.

Le grief tiré de ce que le recours à l'ordonnance pénale serait contraire au principe d'égalité devant la loi pénale sera donc être écarté.

2/ Sur le respect des droits de la défense et de la présomption d'innocence :

Les conditions de recours à l'ordonnance pénale, très strictement énoncées par le code de procédure pénale, permettront de

respecter l'interdiction de toute présomption de culpabilité énoncée par la décision du 10 juin 2009.

Comme l'avait relevé le Conseil constitutionnel dans la décision précitée du 29 août 2002, le ministère public ne pourra, aux termes mêmes de l'article 495 du code de procédure pénale, recourir à la procédure simplifiée que « lorsqu'il [résultera] de l'enquête de police judiciaire que les faits reprochés au prévenu sont établis et que les renseignements concernant la personnalité de celui-ci, et notamment ses charges et ses ressources, sont suffisants pour permettre la détermination de la peine ».

Par ailleurs, si l'article 495-1 du même code donne au ministère public le pouvoir de choisir la procédure simplifiée, dans le respect des conditions fixées par l'article 495, c'est bien parce que la charge de la poursuite et celle de la preuve lui incombent.

En outre, si le président du tribunal, c'est-à-dire l'autorité de jugement, et non plus simplement l'autorité de poursuite, estime qu'un débat contradictoire est utile ou qu'une peine d'emprisonnement devrait être prononcée, il devra renvoyer le dossier au ministère public.

Les dispositions des articles 495 à 495-6 du code de procédure pénale apportent par ailleurs à la personne qui fait l'objet d'une ordonnance pénale, quant au respect des droits de la défense, des garanties équivalentes à celles dont elle aurait bénéficié si l'affaire avait été directement portée devant le tribunal correctionnel : l'ordonnance doit être motivée, le prévenu dispose d'un délai de quarante-cinq jours à compter de la notification pour former opposition contre l'ordonnance, regardée comme un simple jugement par défaut ; et dans cette dernière hypothèse, l'affaire fait l'objet devant le tribunal correctionnel d'un débat contradictoire et public au cours duquel l'intéressé a droit à l'assistance d'un avocat. Le code prévoit au surplus que le prévenu doit être informé de ces règles.

Il doit enfin être souligné qu'à l'instant de statuer sur la peine, le président du tribunal, statuant comme juge unique, aura toujours la possibilité de relaxer le prévenu s'il estime que la preuve du délit de contrefaçon n'est pas rapportée, de ne pas prononcer la peine de suspension même si celle-ci a été requise par le parquet, de prononcer une peine de suspension d'une durée moindre que celle requise par le procureur et, surtout, de renvoyer l'affaire au parquet s'il estime qu'un débat contradictoire est nécessaire pour rendre une décision.

Au bénéfice de ces garanties procédurales, la voie de l'ordonnance pénale pouvait donc être choisie pour réprimer, y compris d'une peine de suspension de l'accès à Internet, le délit de contrefaçon commis à l'aide d'un moyen de communication en ligne.

Les griefs tirés de la méconnaissance du contradictoire et de la présomption d'innocence seront donc écartés.

3/ Sur la possibilité de statuer sur l'action civile de la victime dans le cadre de la procédure d'ordonnance pénale :

Les auteurs de la saisine contestent, dans son principe, la possibilité donnée au juge statuant par la voie de l'ordonnance pénale de se prononcer aussi sur l'action civile à la demande de la victime.

Le Gouvernement ne partage pas cette analyse.

i/ Pour que l'action civile soit recevable, il conviendra tout d'abord que les prétentions de la partie civile soient incontestables dans leur principe et dans leur montant, à l'instar du critère d'évidence qui conditionne la recevabilité de l'action dans son volet pénal.

Il est certain que, contrairement aux autres délits pouvant actuellement faire l'objet d'une ordonnance pénale, comme la violation d'une règle du code de la route n'ayant causé aucun accident corporel ou la conduite sous l'empire d'un état alcoolique ou de l'usage de stupéfiants, la contrefaçon par Internet cause nécessairement, par nature, un préjudice aux ayants droits en portant atteinte à leur droit d'auteur. Le principe du préjudice ne sera donc pas difficile à établir. Mais le montant devra toutefois être justifié par des pièces suffisamment probantes.

Les hypothèses de recevabilité de l'action civile ne seront donc pas très fréquentes : tel pourra être le cas, par exemple, d'un téléchargement illégal de fichiers de film ou de musique venant d'être mis dans le commerce sous forme de DVD, de CD ou sur une plateforme de téléchargement légal. Dans cette hypothèse, et dès lors que l'abonné n'a utilisé ce fichier que pour son usage personnel, le montant maximal du dommage est connu : il correspond au coût évité par l'abonné qui télécharge illégalement.

ii/ Il convient d'observer, en deuxième lieu, que les garanties prévues lorsque le juge statue sur l'action publique seront également applicables à l'action civile.

Au nombre de celles-ci figure notamment la possibilité pour le juge de ne pas statuer sur la demande s'il estime qu'un débat contradictoire est nécessaire, l'exigence de motiver aussi la partie de la décision relative aux intérêts civils, et la possibilité d'opposition par le prévenu dans un délai de 45 jours, puisque c'est par la même ordonnance qu'il sera statué sur l'action publique et sur l'action civile.

Dans l'esprit du Gouvernement, les grands principes gouvernant la procédure pénale n'avaient pas à être explicitement rappelés par le législateur et s'appliqueront de plein droit dans le

silence de la loi. Ainsi, la personne condamnée pourra décider de former opposition contre la condamnation pénale, la condamnation civile ou les deux. La victime ne pourra, pour sa part, former de recours que contre la dimension civile de l'ordonnance, à l'exclusion de la partie pénale¹.

Le décret d'application des nouvelles dispositions législatives, qui complètera les actuels articles R. 41-3 à R. 41-10 du code de procédure pénale, précisera les modalités d'information de la victime par le parquet dans le cadre de cette procédure particulière et les modalités selon lesquelles elle pourra former sa demande.

iii/ Enfin, le Gouvernement observe que le droit positif permet déjà, en matière civile, les condamnations sans contradictoire préalable.

Il en est ainsi de l'ensemble des injonctions de payer revêtant une cause contractuelle. Mais la cause initiale peut également revêtir une nature pénale : la procédure d'injonction de payer est en effet applicable à la suite d'une procédure de médiation pénale (art. 41-1, 5° du CPP) ou d'une procédure de composition pénale (art. 41-2, 26^{ème} alinéa, du CPP).

L'article 6 de la loi déferée se borne ainsi à prévoir une cause pénale supplémentaire ouvrant la possibilité de statuer sur une action civile sans contradictoire préalable, mais avec toutes les garanties expressément prévues dans ce cas par le code de procédure pénale, dans le cadre des grands principes gouvernant la matière pénale.

Dans ces conditions, le grief des auteurs de la saisine sera écarté.

IV/ SUR L'ARTICLE 7

A/ L'article 7 de la loi déferée introduit la possibilité de prononcer, en cas de délit de contrefaçon commis à l'aide d'un service de communication au public en ligne, une peine complémentaire de suspension de l'accès à ce service pendant une durée maximale d'un an. L'article précise en outre que la suspension ne peut être appliquée aux services de téléphonie et de télévision si l'abonné est titulaire d'une offre composite, dite de « *multiple play* », dont les flux de téléphone, de

¹ Si l'ordonnance pénale relaxe la personne et déboute la victime, celle-ci ne pourra contester la décision sur l'action publique, ce qui serait contraire aux règles générales en matière d'action civile qui, aux termes mêmes de l'article 2 du code de procédure pénale, a pour objet « la réparation du dommage », et non « l'application de la peine », qui est l'objet, pour sa part, de l'action publique ainsi que l'indique l'article 1^{er} du code. Il en résulte notamment que la victime ne peut faire appel sur l'action publique, mais uniquement sur l'action civile (art. 380-2, 4° en matière criminelle, art. 497, 3° en matière délictuelle). Toute autre interprétation serait par ailleurs en contradiction avec les dispositions du 2^{ème} alinéa de l'article 495-5, qui précise que l'ordonnance pénale n'a pas autorité de la chose jugée à l'égard de l'action civile.

télévision et d'Internet ne seraient pas dissociables. Il indique enfin que l'abonné continue à payer la totalité de son abonnement à son fournisseur d'accès pendant la durée de la suspension.

Les auteurs de la saisine font grief à cet article de méconnaître le principe d'égalité devant la loi pénale, motif pris de ce que la peine complémentaire ne pourra être prononcée pour les abonnés situés en zone « non dégroupée » et de prévoir une sanction d'autant plus disproportionnée qu'elle s'accompagnera du maintien du versement du prix de l'abonnement pendant la durée de la suspension.

B/ Aucun de ces griefs ne pourra être retenu.

1/ Sur l'atteinte au principe d'égalité devant la loi pénale :

Il importe de relever tout d'abord qu'à supposer même constituée une telle atteinte, elle ne porterait, en tout état de cause, que sur le prononcé d'une peine complémentaire facultative et non sur la peine principale, que le juge pourra prononcer quelle que soit la situation de l'abonné au service de communication au public en ligne. La portée du grief soulevé par les auteurs de la saisine s'en trouve ainsi fortement amoindrie.

Le Gouvernement souhaite faire observer en deuxième lieu que si le principe d'égalité devant la loi pénale s'oppose à toute immunité de caractère général et absolu, il ne semble pas faire obstacle en revanche à ce qu'une distinction soit opérée par le législateur sur le fondement de différences objectives de situation des prévenus (voir en ce sens, par exemple, la décision n° 2005-514 DC du 28 avril 2005).

On doit souligner que certaines peines se trouvent liées, dans certains cas, à la situation de fait dans laquelle se trouvent les prévenus, ce qui peut faire obstacle à ce que les peines soient prononcées ou même exécutées.

Il en est ainsi par exemple des peines de suspension du permis de chasser ou de conduire, prévues à titre de peines alternatives pour tous les délits par l'article 131-6 du code pénal, et qui supposent que le condamné soit – encore – titulaire de ces permis. De même, le travail d'intérêt général n'est possible que si le condamné n'est pas atteint d'une affection dangereuse pour les autres ou le rendant médicalement inapte au travail (art. R. 131-28 du code pénal).

Il convient, en troisième lieu, de ne pas surestimer le nombre d'abonnés pour lesquels le prononcé de la peine de suspension ne serait pas techniquement envisageable du fait de l'impossibilité de dissocier les flux de téléphonie, de télévision et d'Internet. Cette peine sera en effet difficile à prononcer essentiellement pour les titulaires d'offres d'abonnement auprès d'opérateurs alternatifs, en zone non dégroupée, qui ont résilié l'abonnement téléphonique qu'ils détenaient

auparavant chez l'opérateur historique. Ce chiffre représente de l'ordre de 10% de la population.

S'agissant de l'outremer, il importe de relever en outre que l'architecture des réseaux est voisine de celle déployée en métropole et comporte d'ores et déjà des raccordements en fibre optique, susceptibles de donner plus facilement prise à des suspensions ciblées. De plus, dans les zones mal desservies, l'accès à l'Internet se fait parfois par satellite, ce qui facilite une suspension limitée au seul service Internet. Aucune rupture d'égalité ne sera non plus constatée avec les abonnés aux réseaux mobiles de troisième génération ou aux abonnés du câble, pour lesquels des solutions adaptées existent déjà.

Limité et justifié par des critères techniques objectifs et rationnels, le traitement différencié de certains internautes au regard du prononcé de la peine complémentaire peut donc être regardé comme conforme au principe d'égalité devant la loi pénale.

Le Gouvernement souhaite ajouter, en tout état de cause, que ce traitement ne sera jamais appliqué de manière contingente : il reviendra en effet à la Hadopi, afin que le juge statue en connaissance de cause, d'indiquer dans le procès-verbal transmis au parquet que l'abonné se trouve dans une situation ne permettant pas de lui appliquer la peine complémentaire de suspension prévue par les textes.

2/ Sur la disproportion de la sanction liée au maintien du versement du prix de l'abonnement durant la suspension :

Le grief des auteurs de la saisine manque en fait.

Il est en effet inexact de regarder ce maintien comme une sanction. La seule sanction prononcée sera celle de la suspension de l'abonnement, qui revêt des conséquences pécuniaires sur l'abonné mais, il faut le constater, ne met aucune charge financière supplémentaire à sa charge.

L'abonné se trouve simplement affecté par les conséquences indirectes d'une sanction pénale, comme le conducteur automobile dont le permis de conduire est suspendu qui doit continuer à payer les traites de son véhicule. Mais en créant une situation de cette nature, la loi n'a en rien créé un régime de cumul de sanctions.

Il faut au demeurant indiquer que l'option qui aurait consisté à priver les fournisseurs d'accès à Internet du montant de l'abonnement versé par l'internaute objet d'une sanction n'aurait pas manqué de soulever, quant à elle, des difficultés constitutionnelles bien plus solides.

La jurisprudence range en effet les actifs incorporels dans le champ d'application de la protection du droit de propriété : cette

analyse a, par exemple, été rappelée par la décision n°2006-540 DC du 27 juillet 2006.

Or, le fournisseur d'accès à Internet dispose d'un droit de propriété incorporelle sur sa clientèle, constituée de l'ensemble de ses abonnés. Une atteinte à ce droit – sous la forme d'une dévalorisation du montant des contrats – ne saurait donc être justifiée que par un impératif d'intérêt général, difficile à établir en l'espèce, dès lors que l'atteinte au droit de propriété résulterait d'un fait étranger au fournisseur d'accès.

3/ Quant au grief tiré, *in fine*, de ce que la mission confiée par l'article 7 à la Hadopi, d'exécuter les peines de suspension prononcées par le juge méconnaîtrait le principe de la séparation des pouvoirs, il sera écarté sans difficulté.

La loi ne confie pas la mise à exécution de la peine de suspension à l'autorité. Elle lui donne simplement un rôle d'intermédiaire entre le ministère public, chargé de l'application des peines, et les fournisseurs d'accès qui doivent être informés de l'existence de celles-ci pour suspendre l'abonnement.

La condamnation à la peine de suspension continuera à être portée à la connaissance du condamné selon les dispositions de droit commun du code de procédure pénale, c'est-à-dire à la diligence du procureur de la République, par signification réalisée par huissier de justice ou, s'il s'agit d'une ordonnance pénale, par lettre recommandée avec accusé de réception ou par notification effectuée par le délégué du procureur. Ce n'est qu'à l'expiration du délai de recours, si le condamné n'a pas contesté la condamnation en faisant appel ou opposition, que la peine sera mise à exécution. Et ce n'est qu'à compter de cette étape que la Hadopi interviendra, pour informer le fournisseur d'accès, dont elle constitue l'interlocuteur habituel, ce qui n'est pas le cas du parquet.

De manière générale, si l'article 707-1 du code de procédure pénale confie l'exécution des peines au ministère public, aucun principe constitutionnel n'interdit que d'autres autorités interviennent dans cette exécution. Le 2^{ème} alinéa de l'article 707-1 confie du reste au percepteur, qui agit au nom du procureur, le recouvrement des amendes et les confiscations.

La situation envisagée par la loi déferée est similaire à celle d'une condamnation à la peine complémentaire d'interdiction d'émettre des chèques bancaires. Lorsque la condamnation doit être exécutée, le parquet prévient non pas la banque du condamné, mais la Banque de France, qui est l'interlocuteur privilégié de l'ensemble des banques. La Banque de France informe elle-même la banque qui gère le compte de la personne, cette banque demandant alors à l'intéressé de lui remettre les chèquiers en sa possession. Et cette intervention d'un

organe administratif dans l'exécution de la peine n'a jamais rencontré d'obstacle constitutionnel.

Le grief tiré d'une atteinte à la séparation des pouvoirs pourra donc être aisément écarté.

V/ SUR L'ARTICLE 8

A/ L'article 8 de la loi déferée crée une nouvelle peine contraventionnelle, sous forme de peine complémentaire aux contraventions de cinquième classe mentionnées par le code de la propriété intellectuelle, prévoyant une suspension d'une durée maximale d'un mois en cas de « négligence caractérisée » du titulaire de l'abonnement à sécuriser son accès à Internet en dépit d'une recommandation en ce sens prononcée par la Hadopi.

Les auteurs de la saisine estiment que cette peine est disproportionnée, qu'elle ne respecte pas le principe de légalité des délits et des peines faute d'une définition suffisamment précise de l'infraction, qu'elle porte atteinte au principe de la présomption d'innocence et n'est pas entourée de garanties procédurales suffisantes.

B/ Il a déjà été répondu dans le cadre de ces observations aux griefs de procédure. Le Gouvernement renvoie donc sur ce point à ses écritures qui précèdent, pour s'en tenir aux nouvelles critiques qui sont ici formulées.

i/ Le grief tiré d'une disproportion de la sanction sera facilement écarté. Le délai de suspension ici applicable n'est en effet que d'un mois. Il est en outre modulable à la baisse, ce qui le rend proportionné à l'objectif poursuivi, qui est de responsabiliser, par une mesure ciblée, l'internaute qui refuse de prendre les mesures permettant d'éviter les téléchargements illégaux à partir de son accès Internet.

Par ailleurs, le prononcé de la suspension par le juge devra se faire dans le respect des principes d'individualisation et de proportionnalité de la peine, découlant notamment des dispositions générales de l'article 132-24 du code pénal, et que rappelle expressément le nouvel article L. 335-7-2 du code de la propriété intellectuelle, lequel dispose que, pour prononcer la peine de suspension et en déterminer la durée, « la juridiction prend en compte les circonstances et la gravité de l'infraction ainsi que la personnalité de son auteur, et notamment l'activité professionnelle ou sociale de celui-ci, ainsi que sa situation socio-économique ».

Cet article précise en outre que « la durée de la peine prononcée doit concilier la protection des droits de la propriété

intellectuelle et le respect du droit de s'exprimer et de communiquer librement, notamment depuis son domicile ».

ii/ Le grief tiré d'une méconnaissance du principe de légalité des délits et des peines pourra aussi être écarté.

Il sera observé que la définition des éléments constitutifs d'une contravention relève du décret et non de la loi. On ne peut donc reprocher à la loi une incompétence négative faute d'avoir précisé suffisamment la notion de négligence caractérisée, quand bien même elle viendrait par avance limiter la possibilité pour le Gouvernement de définir les caractéristiques de la contravention.

Ceci dit, le Gouvernement souhaite dissiper toute ambiguïté éventuelle en indiquant que, dans son esprit, la négligence caractérisée visée par le nouvel article L. 335-7-1 du code de la propriété intellectuelle consistera, ainsi qu'en disposera le décret fixant l'infraction, à ne pas, sans motif légitime (notamment financier ou technique), sécuriser son accès Internet en dépit d'une recommandation valant mise en demeure adressée en ce sens par la Hadopi.

VI/ SUR L'ARTICLE 11

A/ L'article 11 de la loi déferée complète l'article 434-41 du code pénal, qui réprime de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende la violation des obligations et interdictions résultant du prononcé de diverses peines complémentaires, afin que cet article sanctionne également la violation de la nouvelle peine complémentaire, prévue en matière délictuelle par l'article L. 335-7 du code de la propriété intellectuelle.

Les auteurs de la saisine estiment qu'eu égard à la qualification des faits en cause, la détermination des sanctions est entachée d'erreur manifeste d'appréciation.

B/ Le Conseil constitutionnel ne pourra toutefois faire sienne cette analyse.

Les peines encourues sont celles prévues depuis la réforme du code pénal adoptée en 1992 – sans changement réel sur ce point – en cas de violation de sa peine par un condamné.

Il convient de relever qu'en l'espèce ces dispositions ne seront applicables qu'à l'encontre des personnes définitivement condamnées à la peine de suspension pour avoir commis les délits de contrefaçon en utilisant leur connexion Internet, lesquels sont déjà punis de trois ans d'emprisonnement, et peuvent recouvrir une palette de situations très dissemblables par leur gravité, depuis celle de la

personne qui télécharge illégalement quelques fichiers pour son utilisation personnelle, jusqu'à celle du contrefacteur professionnel qui utilise Internet pour faire un commerce illégal de films, de jeux vidéos ou de musiques.

Il s'agit en outre des peines maximales encourues, qui doivent être prononcées par le juge dans le respect des principes d'individualisation et de proportionnalité que rappelle l'article 132-24 précité du code pénal. Elles ne seront, enfin, pas applicables en cas de violation de la peine de suspension prononcée pour la contravention de négligence caractérisée dans la surveillance de sa connexion.

Dans ces conditions, le grief tiré de ce que l'article 11 de la loi déferée serait entaché d'une erreur manifeste d'appréciation pourra donc être écarté.

*

* *

Pour ces raisons, le Gouvernement est d'avis que les griefs articulés dans la saisine ne sont pas de nature à conduire à la censure de la loi déferée.

Aussi estime-t-il que le Conseil constitutionnel devra rejeter le recours dont il est saisi.