

REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Conseil d'État
10ème - 9ème chambres réunies
24 avril 2019

N° 425941

M. Raphaël Chambon, rapporteur
Mme Anne Iljic, rapporteur public
SCP SPINOSI, SUREAU, avocats

Vu la procédure suivante :

1° Sous le n° 425941, par un mémoire, enregistré le 25 février 2019 au secrétariat du contentieux du Conseil d'État, la société Free demande au Conseil d'État, en application de l'article 23-5 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 et à l'appui de sa requête tendant à l'annulation de la décision implicite par laquelle le Premier ministre a rejeté sa demande d'adopter les dispositions réglementaires mettant en place un mécanisme de compensation des surcoûts supportés par les fournisseurs d'accès à internet au titre de la mise en oeuvre par ces opérateurs de mesures de blocage, de déréférencement ou d'effacement de données en application des dispositions de l'article L. 336-2 du code de la propriété intellectuelle, de renvoyer au Conseil constitutionnel la question de la conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution de l'article L. 336-2 du code de la propriété intellectuelle et de l'article L. 34-1 du code des postes et des communications électroniques, tels qu'interprétés par la Cour de cassation, en ce qu'ils excluent les surcoûts des prestations assurées par les fournisseurs d'accès à internet au titre de la protection contre les atteintes aux droits d'auteurs ou aux droits voisins prévue par l'article L. 336-2 du code de la propriété intellectuelle du champ d'application du dispositif de compensation financière des surcoûts des prestations réalisées contre les atteintes aux mêmes droits prévu par le paragraphe III de l'article L. 34-1 du code des postes et des communications électroniques.

2° Sous le n° 428381, par un mémoire, enregistré le 25 février 2019 au secrétariat du contentieux du Conseil d'État, la société Free demande au Conseil d'État, en application de l'article 23-5 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 et à l'appui de sa requête tendant à l'annulation de la décision du 3 janvier 2019 par laquelle le Premier ministre a rejeté sa demande d'adopter les dispositions réglementaires mettant en place un mécanisme de compensation des surcoûts engagés par les fournisseurs d'accès à internet au titre de la mise en oeuvre par ces opérateurs de mesures de blocage, de déréférencement ou d'effacement de données en application des dispositions de l'article L. 336-2 du code de la propriété intellectuelle, de renvoyer au Conseil constitutionnel la même question prioritaire de constitutionnalité que celle qui est soulevée sous le n° 425941 et pour les mêmes motifs.

Vu les autres pièces des dossiers ;

Vu :

- la Constitution, notamment son Préambule et son article 61-1 ;
- l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 ;

- le code des postes et des communications électroniques ;
- le code de la propriété intellectuelle ;
- la loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016, notamment son article 40 ;
- l'ordonnance n° 2016-1823 du 22 décembre 2016, notamment son article 2 ;
- le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Raphaël Chambon, maître des requêtes,
- les conclusions de Mme Anne Iljic, rapporteur public ;

La parole ayant été donnée, avant et après les conclusions, à la SCP Spinosi, Sureau, avocat de la société Free ;

Considérant ce qui suit :

1. Les mémoires présentés par la société Free sous le n° 425941 et sous le n° 428381 présentent à juger les mêmes questions. Il y a lieu de les joindre pour statuer par une seule décision.
2. Aux termes du premier alinéa de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel : " Le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution peut être soulevé (...) à l'occasion d'une instance devant le Conseil d'Etat (...) ". Il résulte des dispositions de ce même article que le Conseil constitutionnel est saisi de la question prioritaire de constitutionnalité à la triple condition que la disposition contestée soit applicable au litige ou à la procédure, qu'elle n'ait pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances, et que la question soit nouvelle ou présente un caractère sérieux.
3. L'article L. 336-2 du code de la propriété intellectuelle dispose : " En présence d'une atteinte à un droit d'auteur ou à un droit voisin occasionnée par le contenu d'un service de communication au public en ligne, le tribunal de grande instance, statuant le cas échéant en la forme des référés, peut ordonner à la demande des titulaires de droits sur les oeuvres et objets protégés, de leurs ayants droit, des organismes de gestion collective régis par le titre II du livre III ou des organismes de défense professionnelle visés à l'article L. 331-1, toutes mesures propres à prévenir ou à faire cesser une telle atteinte à un droit d'auteur ou un droit voisin, à l'encontre de toute personne susceptible de contribuer à y remédier. La demande peut également être effectuée par le Centre national du cinéma et de l'image animée ". Selon l'article L. 336-3 du même code : " La personne titulaire de l'accès à des services de communication au public en ligne a l'obligation de veiller à ce que cet accès ne fasse pas l'objet d'une utilisation à des fins de reproduction, de représentation, de mise à disposition ou de communication au public d'oeuvres ou d'objets protégés par un droit d'auteur ou par un droit voisin sans l'autorisation des titulaires des droits prévus aux livres Ier et II lorsqu'elle est requise ".
4. La société Free a demandé au Premier ministre d'adopter des dispositions réglementaires mettant en place un mécanisme de compensation des surcoûts supportés par les fournisseurs d'accès à internet au titre de la mise en oeuvre de mesures de blocage, de déréférencement ou

d'effacement de données en exécution d'une décision judiciaire prise en application des dispositions de l'article L. 336-2 du code de la propriété intellectuelle afin de prévenir ou de faire cesser une atteinte à un droit d'auteur ou à un droit voisin occasionnée par le contenu d'un service de communication au public en ligne. A l'occasion de son recours pour excès de pouvoir contre le refus du Premier ministre d'accéder à cette demande, la société Free soutient que la portée effective que la jurisprudence constante de la Cour de cassation confère aux articles L. 336-2 du code de la propriété intellectuelle et L. 34-1 du code des postes et des communications électroniques précités méconnaît le droit de propriété, la liberté d'entreprendre et les principes d'égalité devant la loi et d'égalité devant les charges publiques garantis par les articles 2, 4, 6, 13 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, en ce que les surcoûts des prestations assurées par les fournisseurs d'accès à internet au titre des mesures propres à prévenir ou à faire cesser les atteintes aux droits d'auteurs ou aux droits voisins ordonnées par le tribunal de grande instance dans les conditions prévues par l'article L. 336-2 du code de la propriété intellectuelle sont exclus du champ d'application du dispositif de compensation financière des surcoûts occasionnés par la conservation, par les mêmes opérateurs, en application du III de l'article L. 34-1 du code des postes et des communications électroniques, de certaines données techniques relatives au trafic pour une durée maximale d'un an pour les besoins de la recherche, de la constatation et de la poursuite d'un manquement à l'obligation définie à l'article L. 336-3 du code de la propriété intellectuelle.

5. En premier lieu, les dispositions de l'article L. 336-2 du code de la propriété intellectuelle ont déjà été déclarées conformes à la Constitution par le Conseil constitutionnel dans les motifs et le dispositif de sa décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009. La décision de la Cour de cassation n° 16-17.217, 16-18.298, 16-18.348 et 16-18.595 du 6 juillet 2017, qui juge que les dispositions de la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 relatives à la responsabilité des intermédiaires techniques ne s'opposent pas à ce que le coût des mesures strictement nécessaires à la préservation des droits d'auteur, ordonnées sur le fondement de l'article L. 336-2 du code de la propriété intellectuelle, soit supporté par les intermédiaires techniques, quand bien même ces mesures sont susceptibles de représenter pour eux un coût important, ne constitue pas, eu égard à sa portée, une circonstance nouvelle de nature à justifier que la conformité de ces dispositions à la Constitution soit à nouveau examinée par le Conseil constitutionnel. Ne présentent pas davantage un tel caractère les modifications mineures apportées à l'article L. 336-2 du code de la propriété intellectuelle par la loi du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine et par l'ordonnance du 22 décembre 2016 portant transposition de la directive 2014/26/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 concernant la gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins et l'octroi de licences multiterritoriales de droits sur des oeuvres musicales en vue de leur utilisation en ligne dans le marché intérieur.

6. En second lieu, l'article L. 34-1 du code des postes et communications électroniques, qui prévoit que les opérateurs de communications électroniques, notamment les personnes dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public en ligne, effacent ou rendent anonyme toute donnée relative au trafic, dispose qu'il peut être différé pour une durée maximale d'un an aux opérations tendant à effacer ou à rendre anonymes certaines catégories de données techniques, pour les besoins de la recherche, de la constatation et de la poursuite des infractions pénales ou d'un manquement à l'obligation définie à l'article L. 336-3 du code de la propriété intellectuelle ou pour les besoins de la prévention des atteintes aux systèmes de traitement automatisé de données prévues et réprimées par les articles 323-1 à 323-3-1 du code pénal, et dans le seul but de permettre, en tant que de besoin, la mise à disposition de

l'autorité judiciaire ou de la haute autorité mentionnée à l'article L. 331-12 du code de la propriété intellectuelle ou de l'autorité nationale de sécurité des systèmes d'information mentionnée à l'article L. 2321-1 du code de la défense. Le même article renvoie à un décret en Conseil d'Etat le soin de déterminer les modalités de compensation, le cas échéant, des surcoûts identifiables et spécifiques des prestations assurées à ce titre, à la demande de l'Etat, par les opérateurs. Les dispositions de cet article ne sont pas applicables, au sens de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, au litige relatif au refus d'édicter des mesures réglementaires permettant la compensation des surcoûts assumés par les opérateurs de communications électroniques au titre des mesures ordonnées par le tribunal de grande instance dans les conditions prévues par l'article L. 336-2 du code de la propriété intellectuelle.

7. Il résulte de tout ce qui précède qu'il n'y a pas lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité posée par la société requérante.

D E C I D E :

Article 1er : Il n'y a pas lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité posée par la société Free.

Article 2 : La présente décision sera notifiée à la société Free, au Premier ministre et au ministre de la culture.

Copie en sera adressée au Conseil constitutionnel.