

## CONSEIL D'ETAT

2<sup>ème</sup> et 7<sup>ème</sup> sous section, 7 août 2007

Vu 1°, sous le n° 298436, la requête sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 27 octobre et 21 décembre 2006 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour l'ASSOCIATION FRANÇAISE DES OPERATEURS DE RESEAUX ET DE SERVICES DE TÉLÉCOMMUNICATIONS (AFORS TELECOM), dont le siège est 165, boulevard Hausmann à Paris (75008), l'ASSOCIATION DES FOURNISSEURS D'ACCÈS ET DE SERVICES INTERNET (AFA), dont le siège est 37, rue de Turenne à Paris (75003), la SOCIÉTÉ FRANCE TÉLÉCOM, dont le siège est 6, Place d'Alleray à Paris (75015), représentée par son président directeur général en exercice, la SOCIÉTÉ NEUFCEGETEL, dont le siège est 40-42, quai du Point du Jour à Boulogne-Billancourt (92100), représentée par son président directeur général en exercice, la SOCIÉTÉ NUMERICABLE, dont le siège est 12-16, rue Guynemer à Issy-les-Moulineaux (92445), représentée par son président directeur général en exercice, la SOCIÉTÉ TONLINE, dont le siège est 11, rue de Cambrai à Paris (75019), représentée par son président directeur général en exercice, la SOCIÉTÉ TÉLÉCOM ITALIA, dont le siège est 10, rue Fructidor à Paris (75017), représentée par son président directeur général en exercice, la SNC AOL FRANCE, dont le siège est 115 123, avenue Charles de Gaulle Immeuble Le France à Neuilly-sur-Seine cedex (92525), la SOCIÉTÉ TELLÉ2 FRANCE, dont le siège est 14, rue des Frères Caudron à Vélizy (78143), représentée par son président directeur général en exercice ; l'ASSOCIATION FRANÇAISE DES OPERATEURS DE RESEAUX ET DE SERVICES DE TÉLÉCOMMUNICATIONS et les autres requérantes demandent au Conseil d'Etat:

1°) d'annuler pour excès de pouvoir l'arrêté du 22 août 2006 par lequel le garde des sceaux, ministre de la justice et le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie ont fixé, en application de l'article R. 213-1 du code de procédure pénale, la tarification applicable aux réquisitions ayant pour objet la production et la fourniture des données de communication par les opérateurs de communications électroniques ;

2°) de mettre à la charge de l'Etat le versement aux requérantes de la somme de 5 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Vu 2°, sous le n° 298532, la requête, enregistrée le 2 novembre 2006 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentée pour la SOCIÉTÉ BOUYGUES TÉLÉCOM, dont le siège est Arcs de Seine, 20, quai du Point du

Jour à Boulogne-Billancourt (92650) ; la SOCIÉTÉ BOUYGUES TÉLÉCOM demande au Conseil d'Etat d'annuler pour excès de pouvoir l'arrêté du 22 août 2006, pris en application de l'article R. 213-1 du code de procédure pénale, fixant la tarification applicable aux réquisitions ayant pour objet la production et la fourniture des données de communication par les opérateurs de communications électroniques ;  
Vu les autres pièces des dossiers ;  
Vu la Constitution ;  
Vu la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;  
Vu la directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil en date du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques ;  
Vu la directive 2006/24/CE du Parlement européen et du Conseil en date du 15 mars 2006 sur la conservation de données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications, et modifiant la directive 2002/58/CE ;  
Vu le code de procédure pénale ;  
Vu le code des postes et des communications électroniques ;  
Vu l'ordonnance n° 59-63 du 6 janvier 1959 ;  
Vu la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 modifiée ;  
Vu la loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 ;  
Vu le décret n° 2005-850 du 27 juillet 2005 ;  
Vu le décret n° 2006-358 du 24 mars 2006 ;  
Vu le code de justice administrative ;  
Après avoir entendu en séance publique :  
- le rapport de M. Jean-François Mary, Conseiller d'Etat,  
- les observations de la SCP Tiffreau, avocat de l'ASSOCIATION FRANÇAISE DES OPERATEURS DE RESEAUX ET DE SERVICES DE TÉLÉCOMMUNICATIONS (AFORS TELECOM) et autres, et de la SCP Piwnica, Molinié, avocat de la SOCIÉTÉ BOUYGUES TÉLÉCOM,  
- les conclusions de Mme Isabelle de Silva, Commissaire du gouvernement ;

Considérant que les requêtes n° 298436 et 298532 sont dirigées contre le même arrêté ; qu'il y a lieu de les joindre pour statuer par une même décision ;

Considérant qu'aux termes du I de l'article L. 34-1 du code des postes et des communications électroniques : « Les opérateurs de communications électroniques, et 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, sous réserve des dispositions des II, III, IV et V » ; qu'aux termes du II du même article, dans sa rédaction issue de la loi susvisée du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant diverses

dispositions relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers : « Pour les besoins de la recherche, de la constatation et de la poursuite des infractions pénales et dans le seul but de permettre, en tant que de besoin, la mise à disposition de l'autorité judiciaire d'informations, il peut être différé pour une durée maximale d'un an aux opérateurs tendant à effacer ou à rendre anonymes certaines catégories de données techniques. Un décret en Conseil d'Etat, pris après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, détermine, dans les limites fixées par le V, ces catégories de données et la durée de leur conservation, selon l'activité des opérateurs et la nature des communications ainsi que 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 » ; qu'aux termes du V du même article : « Les données conservées et traitées dans les conditions définies aux II, III et IV portent exclusivement sur l'identification des personnes utilisatrices des services fournis par les opérateurs, sur les caractéristiques des communications assurées par ces derniers et sur la localisation des équipements terminaux. Elles ne peuvent, en aucun cas, porter sur le contenu des correspondances échangées ou des informations consultées, sous quelque forme que ce soit, dans le cadre de ces communications » ; enfin, aux termes de l'article 800 du code de procédure pénale, issu de la loi susvisée du 23 janvier 2006 : « Un décret en Conseil d'Etat détermine les frais qui doivent être compris sous la dénomination de frais de justice criminelle, correctionnelle et de police ; il en établit le tarif ou fixe les modalités selon lesquelles ce tarif est établi » ;

Considérant que le décret susvisé du 24 mars 2006 a introduit dans le code des postes et des communications électroniques un article R. 10-13 dont le I énonce les catégories de données devant être conservées pour les besoins de la recherche, de la constatation et de la poursuite des infractions pénales ; qu'aux termes de ce I, doivent être conservées : « a) Les informations permettant d'identifier l'utilisateur ; b) Les données relatives aux équipements terminaux de communication utilisés ; c) Les caractéristiques techniques ainsi que la date, l'horaire et la durée de chaque communication ; d) Les données relatives aux services complémentaires demandés ou utilisés et leurs fournisseurs ; e) Les données permettant d'identifier le ou les destinataires de la communication » ; qu'il a, par ailleurs, inséré dans le code de procédure pénale un article R. 213-1 qui renvoie à un arrêté du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie et du garde des sceaux, le soin de fixer les modalités de compensation des réquisitions demandées aux opérateurs par les autorités judiciaires, en distinguant les tarifs applicables selon les

catégories de données et les prestations requises, et en tenant compte, le cas échéant, des surcoûts identifiables et spécifiques supportés par les opérateurs requis par les autorités judiciaires pour la fourniture de ces données ; que l'arrêté pris sur le fondement de ces dispositions est l'acte attaqué ;

Sur le moyen tiré de ce que les auteurs de l'arrêté attaqué ne disposaient pas d'une délégation de signature régulière pour signer l'arrêté susvisé :

Considérant que le directeur des services judiciaires du ministère de la justice, nommé par un décret du 18 janvier 2006, bénéficiait, lorsqu'il a signé l'arrêté du 22 août 2006, de la délégation accordée par les dispositions du 1° de l'article 1er du décret du 27 juillet 2005 aux directeurs d'administration centrale pour signer l'ensemble des actes relatifs aux affaires des services placés sous leur autorité ; que l'autre signataire de l'arrêté, sous-directeur chargé de la 2ème sous-direction à la direction du budget au ministère de l'économie, des finances et de l'industrie, nommé par un arrêté en date du 16 novembre 2004, bénéficiait de la délégation accordée par les dispositions combinées du 2° de l'article 1er et de l'article 6 du même décret aux sous-directeurs d'administration centrale en fonction à la date d'entrée en vigueur de ce décret, pour signer l'ensemble des actes relatifs aux affaires des services placés sous leur autorité ; que, par suite, le moyen tiré de l'incompétence des auteurs de l'arrêté doit être écarté ;

Sur l'exception d'illégalité du décret du 24 mars 2006 :

Considérant que les requérants ne sont recevables à soulever, à l'encontre de l'arrêté du 22 août 2006 fixant les tarifs applicables aux réquisitions ayant pour objet la production et la fourniture de communications électroniques, l'illégalité par voie d'exception du décret susvisé du 24 mars 2006 qu'en tant que ce décret a créé dans le code de procédure pénale un article R. 213-1 en application duquel a été pris cet arrêté ;

Sur le moyen tiré du défaut de contreseing du ministre de la défense :

Considérant qu'en vertu de l'article 22 de la Constitution : « Les actes du Premier ministre sont contresignés, le cas échéant, par les ministres chargés de leur exécution » ; que l'exécution du décret critiqué, pris pour l'application de l'article L. 34-1 du code des postes et des communications électroniques, ne nécessite par elle-même l'intervention d'aucune mesure réglementaire ou individuelle du ministre de la défense ; qu'ainsi, le décret a pu être

légalement pris par le Premier ministre sans le contreseing de ce ministre ;

Sur le moyen tiré du défaut de notification préalable du décret à la Commission européenne :

Considérant que les dispositions de l'article 8 de la directive 98/34/CE du 22 juin 1998 imposent la notification préalable à la Commission de toute règle technique relative aux prestations de service assurées par les opérateurs au profit de leurs clients, que les autorités nationales envisagent d'instituer ; que les dispositions du décret attaqué ne comportent aucune règle technique de cette nature ; que, par suite, le moyen tiré de la méconnaissance de l'obligation résultant de cette directive doit être écarté ;

Sur le moyen tiré du caractère irrégulier de la consultation de la Commission nationale de l'informatique et des libertés :

Considérant que la Commission nationale de l'informatique et des libertés, saisie du projet de décret pris pour l'application de l'article L. 34-1 précité du même code, a rendu son avis dans sa séance du 9 décembre 2003 ; que la commission a été mise à même de s'exprimer sur l'ensemble des questions soulevées par ce décret ; que, par suite, la circonstance alléguée que la commission n'aurait été saisie que d'un texte ne déterminant pas de manière précise les données à conserver pour les besoins de la recherche, de la constatation et de la poursuite des infractions pénales n'est, en tout état de cause, pas de nature à entacher d'irrégularité cette consultation ; que, dès lors, le moyen susanalysé doit être écarté ;

Sur les moyens tirés de ce que le décret critiqué serait entaché d'une subdélégation illégale :

Considérant que l'article 800 précité du code de procédure pénale a réservé au pouvoir réglementaire la faculté de renvoyer à un arrêté le soin de fixer le montant des frais de justice que sont les tarifs des prestations fournies par les opérateurs ;

Considérant qu'en insérant dans le code de procédure pénale l'article R. 213-1 qui renvoie à un arrêté le soin de fixer les modalités de compensation des réquisitions demandées aux opérateurs par les autorités judiciaires, le Gouvernement a, par le décret contesté, choisi l'une des deux voies qui lui étaient ouvertes par l'article 800 du même code ; que, dès lors, le moyen tiré de ce que le décret attaqué ne pouvait légalement renvoyer à un arrêté le soin de fixer les modalités de compensation des prestations fournies par les opérateurs doit être écarté ; que l'article R. 213-1 précité du code de procédure pénale prévoit que l'arrêté fixant les modalités de compensation offertes aux

opérateurs distinguera les tarifs applicables selon les catégories de données et les prestations requises et tiendra compte, le cas échéant, des surcoûts identifiables et spécifiques supportés par les opérateurs requis par les autorités judiciaires pour la fourniture de ces données ; qu'ainsi, ces dispositions, qui ont pour effet d'obliger les ministres signataires de l'arrêté pris pour leur application à prévoir la compensation des surcoûts de fonctionnement et d'investissement correspondant aux opérations de remise des données demandées par les autorités judiciaires et effectuées par les opérateurs, ont défini avec une précision suffisante l'objet et l'étendue de la délégation attribuée par le pouvoir réglementaire à ces mêmes ministres ;

Sur les moyens tirés de la méconnaissance des articles L. 32 et L. 34-1 du code des postes et des communications électroniques :

Considérant que si les dispositions du IV de l'article R. 10-13 font obligation à l'Etat de ne rémunérer que la seule fourniture des informations en cause, et non leur conservation, une telle limitation résulte des termes mêmes du II de l'article L. 34-1 qui a prescrit aux opérateurs de conserver ces données dans le seul but de leur mise à disposition de l'autorité judiciaire et a prévu le règlement des frais des prestations assurées à cette fin ;

Considérant qu'il ne résulte pas des dispositions réglementaires précitées que les tarifs établis en vue de compenser les surcoûts des opérateurs ne puissent prendre en compte les investissements consentis par chacun d'entre eux pour la fourniture des informations requises ; que, par suite, le moyen tiré de ce que le décret critiqué n'assurerait pas une juste rémunération des opérateurs contrairement aux exigences du II de l'article L. 34-1 doit être écarté ;

Sur le moyen tiré de l'atteinte au principe de sécurité juridique :

Considérant que les dispositions du décret critiqué, relatives aux modalités de compensation des obligations mises à la charge des opérateurs, ne sont entrées en vigueur qu'au lendemain de la publication au Journal officiel de la République française le 1er septembre 2006 de l'arrêté du 22 août 2006 pris en application de ce décret et qui a fixé la tarification applicable aux réquisitions de ces données ; que, par suite, eu égard à la date d'adoption de cet arrêté, la circonstance que les dispositions nouvelles n'aient pas été assorties de mesures transitoires, n'a pas entraîné, compte tenu de leur objet et de leurs effets, une atteinte excessive aux intérêts publics ou privés en cause de nature à porter atteinte au principe de sécurité juridique ;

Sur les autres moyens de légalité interne soulevés contre l'arrêté :

Considérant que les dispositions de l'article R. 213-1 précité du code de procédure pénale n'impliquaient ni que la grille tarifaire établie par l'arrêté contesté aurait dû comporter, au lieu d'un tarif uniforme par prestation, des modalités de compensation des surcoûts supportés individuellement par chaque opérateur, ainsi qu'une ligne spécifique correspondant aux surcoûts en terme d'investissement, ni qu'elle aurait dû être accompagnée d'une règle qui impose à ces opérateurs la tenue d'une comptabilité spécifique, ni que cette grille soit assortie d'un mécanisme compensateur permettant à l'opérateur réquisitionné de demander le paiement d'une rémunération supplémentaire en cas de fourniture de données particulièrement onéreuses ; qu'ainsi en s'abstenant de prévoir ces modalités de rémunération, les auteurs de l'arrêté attaqué n'ont pas fait une inexacte application des dispositions réglementaires précitées ;

Considérant qu'il ne ressort pas des pièces du dossier qu'en n'adoptant pas une tarification au coût réel, l'administration se soit livrée à une appréciation des charges subies par les opérateurs pour la fourniture de ces données qui soit entachée d'une erreur manifeste d'appréciation ;

Considérant que si l'arrêté a fixé les tarifs pour les prestations « détail des trafics », « identification d'un abonné à partir du patronyme ou de la raison sociale et filtre sur d'autres critères » et « recherche et identification d'un abonné appelant derrière une tête de ligne ou un serveur », ces prestations, qui entrent dans les prévisions du I de l'article R. 10-13 du code des postes et des communications électroniques, sont définies de manière suffisamment précise et ne peuvent, par suite, aboutir à des réquisitions dont l'exécution serait impossible ;

Considérant, par ailleurs, que, si l'arrêté litigieux fixe le tarif, au titre des prestations requises des opérateurs de téléphonie mobile, pour la « recherche d'un point de vente à partir d'un numéro de carte SIM, d'un identifiant d'abonné (IMSI) ou d'un identifiant de téléphone (IMEI) » et, au titre des prestations requises des opérateurs de téléphonie fixe, pour l'« identification d'un point de vente à partir d'une carte prépayée », ces tarifs correspondent à des données de communication permettant d'identifier les utilisateurs de services qui, comme telles, doivent être conservées par les opérateurs et, le cas échéant, remises aux autorités judiciaires en application des articles L. 34-1 V et R. 10-13 du code des postes et des communications électroniques ; que ces données ne sont pas non plus étrangères aux

catégories de données à conserver fixées par l'article 5 de la directive 2006/24 du 15 mars 2006 sur la conservation de données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications ; que, par suite, le moyen tiré de la méconnaissance de ces textes doit être écarté ;

Considérant que les tableaux annexés à l'arrêté contesté prévoient que les indemnités mentionnées à l'article R. 213 du code de procédure pénale pour la recherche et la reproduction d'archives rémunéreront les copies du contrat d'abonnement, des documents annexés au contrat et des factures fournies par les opérateurs de téléphonie mobile et de téléphonie fixe ; que la mention de ces tarifs dans les tableaux n'a pas pour objet et ne saurait avoir légalement pour effet d'imposer aux opérateurs la conservation obligatoire de ces données ; qu'ainsi, le moyen tiré de ce que cette mention serait relative à des données, dont la conservation n'est pas imposée par l'article L. 34-1 du code des postes et des communications électroniques, et qui ne répondent pas non plus aux critères posés par les articles L. 34-1 V et R. 10-13 du même code, est opérant ;

Considérant, en revanche, qu'il résulte des dispositions du II de l'article A. 43-2 introduit dans le code de procédure pénale par l'arrêté contesté indiquent que « pour les prestations ne figurant pas dans les tableaux annexés, le montant du remboursement prévu au I est déterminé sur devis » ; que dans le tableau des tarifs hors taxe applicable aux prestations « Recherche et identification d'un abonné appelant derrière une tête de ligne ou un serveur » et « Détail des trafics en relation avec un abonné d'un opérateur étranger », qui sont susceptibles d'être exigées des opérateurs de téléphonie fixe, les tarifs doivent également être déterminés par devis ; qu'en retenant ce mode de rémunération sans faire référence à un tarif applicable, l'arrêté a méconnu l'article R. 213-1 du code de procédure pénale qui délègue à cet arrêté le soin de distinguer les tarifs selon les catégories de données et les prestations requises ; que, par suite, le moyen tiré de ce que l'arrêté est sur ce point entaché d'illégalité doit être accueilli ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que les requérantes sont seulement fondées à demander l'annulation, eu égard à leur caractère divisible par rapport à l'ensemble de l'arrêté litigieux, dans le tableau annexe « tarifs hors taxe applicables aux prestations requises aux opérateurs de téléphonie fixe », dans la catégorie de données « informations permettant d'identifier l'utilisateur », du tarif « recherche et identification d'un abonné appelant derrière une tête de ligne ou un serveur », et, dans la

catégorie de données « caractéristiques techniques », du tarif sur devis mentionné à la ligne « détail des trafics en relation avec un abonné d'un opérateur étranger » ;

Sur les conclusions tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire application de ces dispositions et de mettre à la charge de l'Etat une somme globale de 3 000 euros au titre des frais exposés par l'ASSOCIATION FRANÇAISE DES OPERATEURS DE RESEAUX ET DE SERVICES DE TÉLÉCOMMUNICATIONS et par les autres requérantes et non compris dans les dépens ;

#### **DECIDE :**

Article 1er : Sont annulés dans le tableau « tarifs hors taxe applicables aux prestations requises aux opérateurs de téléphonie fixe » annexé à l'arrêté du 22 août 2006 : dans la catégorie de données « informations permettant d'identifier l'utilisateur », le tarif sur devis mentionné à la ligne « recherche et identification d'un abonné appelant derrière une tête de ligne ou un serveur et, dans la catégorie de données « caractéristiques techniques », le tarif sur devis mentionné à la ligne « détail des trafics en relation avec un abonné d'un opérateur étranger ».

Article 2 : L'Etat versera ensemble à l'ASSOCIATION FRANÇAISE DES OPERATEURS DE RESEAUX ET DE SERVICES DE TÉLÉCOMMUNICATIONS et aux autres requérantes la somme globale de 3 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : Le surplus des conclusions des requêtes est rejeté.

Article 4 : La présente décision sera notifiée à l'ASSOCIATION FRANÇAISE DES OPERATEURS DE RESEAUX ET DE SERVICES DE TÉLÉCOMMUNICATIONS (AFORS TELECOM), à l'ASSOCIATION DES FOURNISSEURS D'ACCÈS ET DE SERVICES INTERNET (AFA), à la SOCIÉTÉ FRANCE TÉLÉCOM, à la SOCIÉTÉ NEUFCEGETEL, à la SOCIÉTÉ NUMERICABLE, à la SOCIÉTÉ T-ONLINE, à la SOCIÉTÉ TÉLÉCOM ITALIA, à la SNC AOL FRANCE, à la SOCIÉTÉ TÉLÉ2 FRANCE, au garde des sceaux, ministre de la justice et au ministre de l'économie, des finances et de l'emploi.