

N° 383110
Société Bouygues Télécom

2^{ème} et 7^{ème} sous-sections réunies
Séance du 7 décembre 2015
Lecture du 23 décembre 2015

CONCLUSIONS

Mme Béatrice BOURGEOIS-MACHUREAU, rapporteur public

La société Bouygues Télécom est, vous le savez, un opérateur de communications électroniques mais elle est également, depuis 2008, un fournisseur d'accès à internet.

A ce titre, elle collabore indirectement, à l'instar des autres fournisseurs d'accès, à la réalisation de la mission confiée en 2009 à la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet, la Hadopi.

Cette autorité publique indépendante, pour la mise en œuvre de sa mission de protection des œuvres, a mis en place un mécanisme dit de « réponse graduée », dont l'objet est de permettre à la commission de protection des droits, au sein de la Hadopi, d'intervenir de manière itérative et de plus en plus répressive, en cas de manquement à l'obligation fixée par l'article L. 336-3 du code de la propriété intellectuelle, c'est-à-dire en cas d'utilisation à des fins de reproduction, de représentation, de mise à disposition ou de communication au public d'œuvres ou d'objets protégés par un droit d'auteur ou par un droit voisin sans l'autorisation des titulaires des droits lorsque celle-ci est requise.

Pour la mise en œuvre de cette procédure, la commission de protection des droits doit pouvoir, dans un premier temps, identifier les utilisateurs concernés puis, dans un second temps, leur adresser une recommandation et enfin, en cas de réitération, les rendre destinataires d'un second avertissement avant, le cas échéant, de suspendre leur abonnement Internet et de transmettre le dossier à la justice.

C'est à ces différentes étapes qu'interviennent les fournisseurs d'accès à internet.

En effet, pour avoir accès aux coordonnées personnelles de ces utilisateurs et les informer des risques qu'ils encourent, la Hadopi est en droit d'exiger de la part des opérateurs qu'ils lui fournissent les renseignements dont ils disposent concernant l'identité des personnes en cause, lorsqu'il s'agit évidemment de leurs abonnés, et qu'ils transmettent à ces mêmes personnes, le cas échéant, les recommandations et avertissements émanant de la commission de protection des droits.

L'article L. 331-21 du code de la propriété intellectuelle dispose à cet égard que les membres de la commission de protection des droits et les agents assermentés « peuvent, pour les nécessités de la procédure, obtenir tous documents, quel qu'en soit le support, y compris

les données conservées et traitées par les opérateurs de communications électroniques en application de l'article L. 34-1 du code des postes et des communications électroniques ». Ce même article précise qu'ils « peuvent, notamment, obtenir des opérateurs de communications électroniques l'identité, l'adresse postale, l'adresse électronique et les coordonnées téléphoniques de l'abonné dont l'accès à des services de communication au public en ligne a été utilisé à des fins de reproduction, de représentation, de mise à disposition ou de communication au public d'œuvres ou d'objets protégés sans l'autorisation des titulaires des droits (...) ».

Les modalités par lesquelles les opérateurs doivent déférer à ces demandes sont quant à elles précisées par l'article R. 331-37 du même code, en vertu duquel les opérateurs de communications électroniques sont tenus de communiquer, par une interconnexion au traitement automatisé de données à caractère personnel ou par le recours à un support d'enregistrement assurant leur intégrité et leur sécurité, les données à caractère personnel et les informations mentionnées au 2° de l'annexe du décret n° 2010-236 du 5 mars 2010 dans un délai de huit jours suivant la transmission par la commission de protection des droits des données techniques nécessaires à l'identification de l'abonné dont l'accès à des services de communication au public en ligne a été utilisé à des fins de reproduction, de représentation, de mise à disposition ou de communication au public d'œuvres ou d'objets protégés sans l'autorisation des titulaires des droits.

Ce même article précise que les opérateurs sont tenus de fournir les documents et les copies des documents mentionnés à l'article L. 331-21 dans un délai de quinze jours suivant la demande qui leur en est faite par la commission de protection des droits et qu'ils sont également tenus d'adresser par voie électronique à l'abonné chacune des recommandations émises par la commission, en cas de manquement aux obligations légales, dans un délai de vingt-quatre heures suivant sa transmission par la commission de protection des droits.

Enfin, on relèvera que la liste des données personnelles mentionnées au 2° de l'annexe du décret n° 2010-236 du 5 mars 2005 auquel renvoie l'article R. 331-37, sont le nom de famille et les prénoms, l'adresse postale et les adresses électroniques, les coordonnées téléphoniques ainsi que l'adresse de l'installation téléphonique de l'abonné.

C'est dans ce cadre qu'a été modifié l'article L. 34-1 du code des postes et des communications électroniques. Cet article comportait jusqu'à la modification en cause, intervenue par le biais de l'article 14 de la loi du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet, des dispositions relatives aux réquisitions émanant de l'autorité judiciaire.

Il disposait ainsi que : « 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 opérations 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, (...), 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 ».

En 2009, le législateur a décidé de greffer sur ce dispositif celui des prestations fournies par les opérateurs dans le cadre des demandes formulées par la Hadopi.

Il n'a modifié à ce titre que de manière très marginale ces dispositions, ajoutant à la première phrase la mention de la Hadopi.

Pour le reste, le texte est demeuré inchangé. On relèvera d'ailleurs qu'il comporte de ce fait une erreur puisque la seconde phrase continue à faire référence aux demandes présentées aux opérateurs **par l'Etat**, alors que la haute autorité est, on l'a dit, une autorité publique indépendante qui jouit, à ce titre, de la personnalité morale. Toutefois, la lecture des travaux parlementaires permet d'avoir la certitude que cette erreur est purement matérielle, liée au fait que la Hadopi avait initialement été conçue comme une autorité administrative indépendante la modification apportée à l'article L. 34-1 ayant été rédigée sur cette base, sans que le pense à modifier cette mention, lors de la discussion, après qu'il a été décidé de lui conférer la personnalité morale.

La seconde phrase, donc, qui renvoie à un décret en Conseil d'Etat le soin de déterminer les catégories de données devant être conservées et la durée de leur conservation, ainsi que les modalités de compensation, le cas échéant, des surcoûts identifiables et spécifiques des prestations assurées à ce titre par les opérateurs, n'a jamais été modifiée.

Or, si un décret en Conseil d'Etat est bien intervenu, le 24 mars 2006, pour définir l'ensemble de ces aspects, s'agissant des réquisitions judiciaires, aucun décret n'a en revanche été pris pour déterminer les modalités d'application de l'article L. 34-1 s'agissant des demandes émanant de la Hadopi.

Pour autant, les fournisseurs d'accès ont, sur le fondement des dispositions législatives ainsi modifiées, été saisis, à partir du mois de septembre 2010, de nombreuses demandes.

La haute autorité leur a transmis un « cahier des charge » dans lequel étaient précisées les exigences qui étaient les siennes au regard des modalités de transmission des éléments prévus par la loi.

Les opérateurs ont répondu, dans les conditions indiquées, aux demandes qui leur ont été adressées.

En parallèle, des discussions ont été entamées entre les fournisseurs d'accès et le ministère de la culture mais elles ont échoué, faute pour les parties de s'entendre sur le montant de la compensation susceptible d'être allouée aux opérateurs sur le fondement des dispositions de l'article L. 34-1.

Bouygues Telecom a, de son côté, présenté des factures périodiques à la Hadopi, sollicitant la compensation des frais qu'il indiquait avoir engagés pour répondre aux demandes adressées par elle.

Mais l'autorité a systématiquement refusé de faire droit à ces demandes. Bouygues Telecom a introduit un recours en excès de pouvoir contre un refus explicite opposé par l'autorité à une de ces demandes devant le tribunal administratif de Paris, où le dossier est actuellement en cours d'instruction.

La Hadopi a opposé en défense devant le tribunal administratif qu'elle était dans l'impossibilité de procéder au dédommagement demandé, dans la mesure où aucun décret n'était intervenu pour en fixer les modalités de la compensation mentionnée à l'article L. 34-1.

C'est dans ce contexte que la société Bouygues Telecom s'est tournée vers vous, après avoir saisi le Premier ministre, pour contester le refus implicite que celui-ci a opposé à sa demande de prendre les mesures réglementaires prévues par l'article L. 34-1 relatives à la compensation des surcoûts occasionnés par les prestations assurées pour le compte de la Hadopi. La société requérante a de surcroît présenté devant vous des conclusions tendant à la réparation du préjudice que ce refus lui a causé.

Vous rappelez, de jurisprudence constante, qu'en vertu de l'article 21 de la Constitution, le Premier ministre "assure l'exécution des lois" et "exerce le pouvoir réglementaire" sous réserve de la compétence conférée au Président de la République pour les décrets délibérés en Conseil des ministres par l'article 13 de la Constitution et que l'exercice du pouvoir réglementaire comporte non seulement le droit, mais aussi **l'obligation** de prendre **dans un délai raisonnable** les mesures qu'implique nécessairement l'application de la loi, hors le cas où le respect des engagements internationaux de la France y ferait obstacle.

Vous en déduisez logiquement que, lorsque ce délai raisonnable se trouve dépassé, la décision par laquelle le Premier ministre refuse d'édicter les mesures réglementaires qui font l'objet de la demande présentée devant lui, doit être annulée. Voyez notamment, 28 juillet 2000, Association France nature environnement, n° 204024, au Recueil ; 27 juillet 2005, Syndicat national des pharmaciens praticiens hospitaliers et praticiens hospitaliers universitaires et autres, n° 270327, aux Tables sur ce point ou encore 30 décembre 2009, Département de la Seine-Saint-Denis et département de Saône-et-Loire, n°s 325824-330223, aux Tables également sur ce point.

La première question à trancher consiste donc à déterminer si, en l'absence d'intervention de dispositions réglementaires, l'application de la loi est rendue impossible.

Rappelons à cet égard que la circonstance que la loi ait ou non fait référence à l'intervention d'un décret d'application n'est pas en elle-même dirimante et que c'est à vous qu'il appartient, au regard du contenu des dispositions en cause, de déterminer si l'intervention d'un tel décret est nécessaire. Voyez sur ce point votre décision du 7 mars 2008, Fédération Nationale des Mines et de l'Energie CGT, n° 298138, aux Tables ainsi que les conclusions de la présidente Fombeur sur votre décision du 28 mai 2003, C..., n° 247492, aux Tables également.

En l'espèce, nous n'avons guère de doutes à vous proposer de considérer que cette condition se trouve en l'espèce remplie.

L'article L. 34-1 renvoie au décret au Conseil d'Etat, on l'a dit, notamment le soin de déterminer les modalités de compensation des surcoûts le cas échéant engendrés pour les opérateurs par la mise en œuvre des prescriptions assurées à la demande de la Hadopi.

Or, en l'absence d'intervention d'un tel décret, on ne voit réellement pas de quelle manière il serait possible de fixer, de manière transversale et appropriée, les règles applicables en la matière, règles en l'absence desquelles les dispositions législatives ne sauraient être intégralement mises en œuvre.

On observera à cet égard qu'un tel décret est bien intervenu, s'agissant des dispositions identiques s'appliquant aux réquisitions judiciaires, décret qui a notamment déterminé les conditions de compensation des coûts exposés par les opérateurs dans le cadre de ce dispositif.

Il était ainsi logique qu'un décret intervienne pour déterminer ces **mêmes** conditions, lorsqu'a été étendu le champ des dispositions de l'article L. 34-1 aux prestations effectuées pour la Hadopi.

Et, contrairement à ce que fait valoir en défense la ministre de la culture devant vous, il ne saurait être soutenu que les dispositions du décret du 24 mars 2006, prises dans le strict cadre des réquisitions judiciaires, auraient pu également valoir pour les prestations fournies à la haute autorité.

Nous n'avons donc pas d'hésitation à vous proposer de considérer que l'intervention du décret prévu par le III de l'article L. 34-1 était nécessaire à l'application de la loi.

Nous n'avons au demeurant pas de doutes non plus sur le fait que le délai raisonnable, au sens de votre jurisprudence, pour édicter un tel texte était, à la date à laquelle Bouygues Telecom a saisi le Premier ministre, largement dépassé.

Certes, ce décret n'était pas des plus faciles à élaborer, dans la mesure où il devait reposer sur un travail préalable de concertation avec les opérateurs. L'échec des discussions qui ont été conduites à cet effet révèle d'ailleurs le caractère délicat du sujet.

Néanmoins, la modification en cause de l'article L. 34-1 est, on l'a vu, intervenu le 12 juin 2009. Près de cinq ans s'étaient donc écoulés lorsque, le 21 mars 2014, la société Bouygues Telecom a demandé au Premier ministre d'édicter ce décret.

Cette durée nous paraît tout-à-fait excessive et vous pourrez en conséquence, si vous nous suivez, annuler la décision implicite par laquelle le Premier ministre a refusé d'édicter ce décret.

Vous pourrez également, en réponse aux conclusions à fin d'injonction et d'astreinte présentées par la société requérante, enjoindre en conséquence au Premier ministre de prendre ce décret dans un délai de six mois sous astreinte de 100 euros par jour de retard.

Restent alors les conclusions présentées à fin d'indemnité.

A cet égard, vous ne pourrez vous prononcer en l'état, dans la mesure où la société Bouygues Telecom a produit un nouveau mémoire vendredi 4 décembre en fin de journée, par lequel elle a modifié de manière assez conséquente le montant des indemnités réclamées, lequel est passé de 957.314, 19 euros à 1.263.846,40 euros. Cette augmentation s'explique par la prise en compte de trois nouvelles factures adressées à la Hadopi les 5 août, 2 novembre et

4 décembre 2015 au titre des prestations que la société indique avoir réalisées entre le 1^{er} avril et le 30 novembre 2015.

S'il ne s'agit nullement de contester l'actualisation des données comptables à laquelle s'est livrée la requérante pour tenir compte du temps écoulé depuis l'intervention de son dernier mémoire, force est de reconnaître qu'eu égard aux sommes en jeu et au moment où ce nouveau mémoire a été enregistré puis communiqué à la partie adverse, celle-ci ne peut être regardée comme ayant été mise à même d'y répondre dans des conditions acceptables.

Nous pensons que vous serez conduits à surseoir à statuer sur les conclusions indemnitaires présentées par la société Bouygues Telecom afin de respecter le caractère contradictoire de la procédure et de permettre à la ministre de la culture, le cas échéant, de répondre utilement aux prétentions nouvelles énoncées par la société requérante.

C'est en ce sens que nous concluons.