

CONCLUSIONS

M. Guillaume ODINET, rapporteur public

Comme vous le savez pour en avoir déjà connu deux fois, l'article 14 de la loi du 12 juin 2009¹ favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet a permis à la Hadopi, afin de pouvoir poursuivre les manquements à l'obligation de tout titulaire d'un accès à Internet de veiller à ce que cet accès ne soit pas utilisé pour mettre à disposition de façon illicite des œuvres ou objets protégés par des droits d'auteur ou des droits voisins, d'exiger des opérateurs de communications électroniques qu'ils diffèrent l'effacement ou l'anonymisation de certaines données techniques dans le but de les mettre à sa disposition. En insérant ces dispositions à l'article 34-1 du code des postes et des communications électroniques, le législateur a également prévu qu'un décret en Conseil d'Etat déterminerait les catégories de données concernées et la durée de leur conservation, ainsi que les modalités de compensation des surcoûts des prestations assurées à ce titre par les opérateurs.

Par une décision du 23 décembre 2015 (Société Bouygues Télécom, n° 383110, inédite au Recueil), vous avez jugé que ces dispositions ne pouvaient, en raison de leur généralité, recevoir application sans qu'un décret en précise les modalités. Constatant, par ailleurs, que le délai raisonnable pour adopter ce décret était dépassé, vous avez annulé le refus du Premier ministre de l'édicter et lui avez enjoint de le faire dans un délai de six mois, sous astreinte de 100 euros par jour de retard.

Par cette même décision, vous avez sursis à statuer sur les conclusions indemnitaires de la société Bouygues Télécom, auxquelles vous avez ensuite fait droit, à hauteur de 900 000 euros, par une décision du 4 avril 2016 (n° 383110, inédite).

Il vous revient aujourd'hui de statuer sur la liquidation de l'astreinte provisoire que vous avez prononcée par votre décision du 23 décembre 2015.

1. Vous ferez pour cela application de l'article L. 911-7 du code de justice administrative. C'est un article très simple. Son premier alinéa dispose : « En cas d'inexécution totale ou partielle ou d'exécution tardive, la juridiction procède à la liquidation de l'astreinte qu'elle avait prononcée ». Et son troisième alinéa² prévoit que la juridiction « peut modérer ou supprimer l'astreinte provisoire, même en cas d'inexécution constatée ».

¹ N° 2009-669.

² Le deuxième n'est pas applicable ici, car l'astreinte prononcée n'était pas définitive.

En résulte, s'agissant d'une astreinte provisoire, un office en deux temps bien distincts. Le premier consiste à déterminer si la décision a été exécutée dans les temps ou non, ce qui conduit, ou non, à liquider l'astreinte. Le second consiste à examiner s'il y a lieu de modérer ou de supprimer l'astreinte provisoire.

S'y ajoute un éventuel troisième temps, prévu par l'article L. 911-8, qui permet à la juridiction de décider qu'une part de l'astreinte ne sera pas versée au requérant. Elle est alors versée à l'Etat, sauf lorsque celui-ci en est débiteur (v. 30 mars 2001, Epoux R., n° 185107, T. p. 1148).

Peut-être en raison de votre habitude des questions complexes – voire, pire, de votre goût pour elles –, votre jurisprudence n'a pas su s'en tenir à cette parfaite simplicité. Il vous arrive, en effet, comme par une sorte de fusion des deux temps de l'article L. 911-7, de décider qu'alors même que la décision n'a été exécutée qu'avec retard, il n'y a pas lieu de liquider l'astreinte (v. not. 16 juin 1997, Mme C..., n° 116809, T. p. 1023 ; et, en dépit des conclusions de D. Botteghi, 12 décembre 2012, E... et autres, n°s 332082 336634, T. p. 933³ – v. précédemment, pour une application rigoureuse du texte, 15 décembre 1993, Mme B..., n° 119714, T. pp. 865-972).

Nous pensons que ce regrettable raccourci de raisonnement est toutefois condamné par la décision du 6 mars 2015 (n° 2014-455 QPC) par laquelle le Conseil constitutionnel a déclaré l'article L. 911-8 conforme à la Constitution en se fondant, notamment, sur le fait que « la faculté ouverte à la juridiction (...) de réduire le montant de l'astreinte effectivement mise à la charge de l'État s'exerce postérieurement à la liquidation de l'astreinte ».

Nous nous en tiendrons donc, par respect de l'article 62 de la Constitution autant que par goût pour les choses simples, à la lettre de l'article L. 911-7.

2. En l'espèce décret nécessaire à l'application des dispositions de l'article L. 34-1 du CPCE issues de la loi du 12 juin 2009 a été adopté le 9 mars 2017 et publié au Journal officiel le 11 mars suivant.

2.1. Votre décision du 23 décembre 2015 ayant été notifiée au Premier ministre le jour même, celui-ci avait jusqu'au 23 juin 2016 pour édicter ces dispositions réglementaires. Votre décision a ainsi été exécutée avec 261 jours de retard, le premier jour de retard étant le 24 juin 2016 et le dernier le 11 mars 2017, jour de publication du décret – date à prendre en compte en vertu de votre jurisprudence (v. 24 octobre 1997, S..., n° 144575, T. p. 1023).

En raison de ce retard d'exécution, vous procéderez à la liquidation de l'astreinte. Cette liquidation sera définitive, car votre décision a été entièrement exécutée.

2.2. Vous devrez ensuite vous interroger sur la question de savoir s'il y a lieu de modérer ou de supprimer cette astreinte de 26 100 euros.

³ Pour d'autres décisions inédites au Recueil, v. not. 17 novembre 2000, Fédération nationale des infirmiers, n° 189508 ; 27 juillet 2001, M. H..., n° 217663.

Pour vous demander cette suppression ou, à tout le moins, cette modération, le ministre de la culture met en avant plusieurs éléments.

Il fait valoir, d'une part, que l'élaboration du texte présentait une « complexité certaine », car il requerrait d'importants travaux préparatoires, qui ont conduit à demander un rapport à l'inspection générale des finances, la coordination de nombreuses administrations de l'Etat et un travail commun avec les opérateurs de communications électroniques et la HADOPI.

D'autre part, le ministre explique que la définition des modalités de compensation des surcoûts devait être traitée en même temps que l'indemnisation des opérateurs pour leurs surcoûts antérieurs à l'adoption du texte, ce qui commandait d'attendre votre décision du 4 avril 2016 se prononçant sur l'indemnisation de la société Bouygues Télécom.

Mais ces arguments ne nous convainquent guère.

Nous constatons, tout d'abord, que le texte réglementaire nécessaire consiste en l'ajout d'un unique article, de neuf alinéas, dans le code de la propriété intellectuelle. Le travail interministériel n'apparaît pas considérable : nous notons que le décret n'a fait l'objet que d'une seule réunion interministérielle. Certes, les avis de l'ARCEP et de la CNIL étaient nécessaires, ceux du conseil général de l'économie, de l'industrie, de l'énergie et des technologies et du commissariat aux communications électroniques de défense ont été sollicités à titre facultatif, et les mesures réglementaires relevaient du décret en Conseil d'Etat. Mais rien de tout cela ne nous paraît justifier un dépassement du délai de six mois que vous aviez donné au Gouvernement en tenant compte, précisément, des nécessaires consultations.

A la vérité, il ressort assez nettement du dossier que le ministre a attendu votre seconde décision, se prononçant sur l'indemnisation due à la société Bouygues Télécom, pour mettre en œuvre l'exécution de la première. Nous relevons ainsi que la première demande d'information adressée par la section du rapport et des études au ministre de la culture le 28 décembre 2015 est demeurée sans réponse, la seconde, du 27 juin 2016, alors que le délai était expiré, n'ayant reçu une réponse que le 2 août suivant.

Or, contrairement à ce que soutient le ministre, une telle attente n'était pas justifiée ; car elle allait directement à l'encontre du choix que vous aviez fait, alors que vous sursoyiez à statuer sur le contentieux indemnitaire, de régler néanmoins le contentieux d'annulation et d'enjoindre sans attendre au Gouvernement de prendre les mesures réglementaires nécessaires à l'application de la loi. C'est en violation directe de cette injonction que le Gouvernement a attendu le 26 mai 2016, presque à l'échéance du délai que vous lui aviez donné, pour confier une mission à l'inspection générale des finances. Le rapport de cette mission a été remis au Gouvernement le 4 octobre 2016, soit déjà plus de 4 mois après l'échéance que vous aviez fixée. La réunion interministérielle a eu lieu plus de 5 mois après cette échéance, et les consultations facultatives ont été lancées encore un mois plus tard.

Au total, il nous semble donc que, si le Gouvernement avait fait les diligences nécessaires dès la notification de votre décision, il aurait tout-à-fait pu tenir le délai que vous lui aviez fixé. *A fortiori* s'il avait décidé d'agir rapidement pour qu'un texte de loi vieux de 6 ans et demi puisse enfin s'appliquer.

Dans ces conditions, compte tenu de l'attitude dilatoire qu'a eue l'administration depuis la publication de la loi, nous pensons qu'il n'y a lieu ni de supprimer, ni même de modérer

l'astreinte liquidée. Nous notons que c'est également l'avis de la section du rapport et des études.

2.3. Vous devrez enfin examiner s'il y a lieu de faire usage du pouvoir que vous tenez de l'article L. 911-8 pour décider qu'une part de l'astreinte ne sera pas versée au requérant. La section du rapport et des études estime que seule la moitié du produit de l'astreinte pourrait être versée à la société Bouygues Télécom. Nous pensons pour notre part qu'il n'y a pas lieu de réduire le montant versé à la société requérante, pour deux raisons.

D'une part, le versement de l'intégralité de l'astreinte n'aura aucun effet de richesse sur cette société, parce que le montant de l'astreinte (26 100 euros) est assez modéré pour les parties en présence et parce que la carence de l'Etat a bien été préjudiciable à la société Bouygues Télécom – ce que vous avez certes indemnisé, mais par une appréciation globalisante.

D'autre part, et surtout, dès lors que le débiteur de l'astreinte est l'Etat, prévoir qu'une part de l'astreinte ne sera pas versée au requérant revient en réalité à modérer le montant de l'astreinte, car la part non versée n'est alors pas versée du tout par le débiteur (v. 30 mars 2001, Epoux R..., n° 185107, préc.). Or, pour les raisons que nous vous avons dites, une telle modération nous paraîtrait tout-à-fait malvenue.

Par ces motifs nous concluons à ce que vous condamnerez l'Etat à verser à la société Bouygues la somme de 26 100 euros.