

N°s 425941 - 428381
Société Free

10^{ème} et 9^{ème} chambres réunies

Séance du 23 octobre 2020
Lecture du 13 novembre 2020

CONCLUSIONS

M. Laurent Domingo, rapporteur public

Issu de la loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet, l'actuel article L. 336-2 du code de la propriété intellectuelle, reprenant en substance l'ancien 4° de l'article L. 332-1, inséré par la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, institue un dispositif judiciaire de lutte contre les atteintes à un droit d'auteur ou à un droit voisin occasionnées par le contenu d'un service de communication au public en ligne.

Sur demande des titulaires de droits sur les œuvres et objets protégés ou de leurs ayants droit, ou encore d'organismes de gestion collective, d'organismes de défense professionnelle, voire du Centre national du cinéma et de l'image animée, le président du tribunal de grande instance, dorénavant tribunal judiciaire, statuant en la forme des référés et désormais selon la procédure accélérée au fond peut ordonner 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.

Il s'agit d'une transposition, dans notre droit, de la directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, dont l'article 8, relatif aux sanctions et voies de recours, prévoit, en son § 3, que les États membres veillent à ce que les titulaires de droits puissent demander qu'une ordonnance sur requête soit rendue à l'encontre des intermédiaires dont les services sont utilisés par un tiers pour porter atteinte à un droit d'auteur ou à un droit voisin. Selon le considérant n° 59 de cette directive, dans un environnement numérique, ces intermédiaires sont les mieux à même de mettre fin, dans de nombreux cas, à ces atteintes.

Indiquons que ces dispositions ne remettent aucunement en cause le principe de responsabilité limitée des intermédiaires, la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 dite e-commerce, qui pose ce principe (art. 12 et s.), ne faisant pas obstacle, ainsi que le rappellent ses considérants 45 et s., à la possibilité d'actions en cessation de différents types, pouvant notamment revêtir la forme de décisions de tribunaux ou d'autorités administratives exigeant qu'il soit mis un terme à toute violation ou que l'on prévienne toute violation, y compris en retirant des informations illicites ou en rendant l'accès à ces dernières impossible.

Ce dispositif de l'article L. 336-2 du code de la propriété intellectuelle, même s'il rencontre des limites, notamment du fait des sites dits « miroirs » ou des sites de streaming en direct, pour lesquels d'ailleurs des mesures spécifiques sont envisagées dans l'actuel projet de loi relatif à la communication audiovisuelle et à la souveraineté culturelle à l'ère numérique, en attente d'examen par l'Assemblée nationale depuis le début du mois de mars 2020, est plutôt efficace et le juge judiciaire est régulièrement saisi de demandes d'injonction.

En pratique, il s'agit essentiellement des fournisseurs d'accès à Internet qui sont destinataires des mesures d'injonction prononcées par les juridictions judiciaires, qui leur demandent de bloquer l'accès à des sites internet. Un moteur de recherche peut également, mais c'est plus rare, se voir adresser des obligations, comme par ex. une injonction de supprimer l'association automatique de mots-clés avec les termes d'une recherche (v. Cass., 12 juillet 2012, SNEP c/ Google, n° 11-20.358, Bull. 2012, I, n° 168, Dalloz 2012. 1880, obs. C. Manara). Les hébergeurs des contenus contrefaits, qui pourraient également être visés par les mesures judiciaires (v. CJUE 14 juin 2017, Stichting Brein, C-610/15, à propos du site The Pirate Bay) sont en général, en raison de difficultés à les identifier ou surtout de leur localisation, plus difficiles à atteindre.

Pour l'application de cet article L. 336-2 du code de la propriété intellectuelle, la Cour de cassation, par un arrêt du 6 juillet 2017 rendu dans l'affaire *Allostreaming* (n° 16-17.217 et a, au Bull ; Dalloz 2017. 2016, note C. Le Goffic ; 2390, obs. J. Larrieu, C. Le Stanc et P. Tréfigny ; Dalloz 2018. 748, chron. S. Canas ; Dalloz IP/IT 2018. 136, obs. O. Henrard ; RTD eur. 2018. 338, obs. A. Jeaneau ; Legipresse 2017, n° 353, p. 489 obs. T. Douville), a jugé que le droit de l'Union ne s'oppose pas à ce que le coût des mesures strictement nécessaires à la préservation des droits protégés par cette disposition soit supporté par les intermédiaires techniques, quand bien même ces mesures seraient susceptibles de représenter pour eux un coût important.

Peu satisfaite de cette jurisprudence, la société Free SAS, qui estime que les demandes de blocage de sites internet présentent, compte tenu de leur fréquence, de leur volume et de leur complexité, des coûts trop importants, a demandé au Premier ministre d'adopter des dispositions réglementaires mettant en place un système de compensation de ces surcoûts. Elle vous demande d'annuler le rejet implicite puis le rejet explicite qui lui a été opposé.

A l'occasion de ces deux recours pour excès de pouvoir, la société Free avait soulevé une question prioritaire de constitutionnalité dirigée contre l'article L. 336-2 du code de la propriété intellectuelle tel qu'interprété par la Cour de cassation. Par une décision du 24 avril 2019, vous avez refusé de renvoyer cette question au Conseil constitutionnel, motif essentiellement pris de ce que cet article L. 336-2 du code de la propriété intellectuelle a déjà été déclaré conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel dans les motifs et le dispositif de sa décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, et que l'arrêt de la Cour de cassation 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.

Il vous reste aujourd'hui à examiner les autres moyens des deux requêtes, identiques et tirés de la méconnaissance des stipulations de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, de celles de l'article 14 de cette convention, de l'article 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et de la directive précitée du 22 mai 2001.

La société Free estime, en invoquant l'article 1^{er} du premier protocole additionnel et l'article 16 de la Charte, que l'absence de mesures réglementaires de compensation des coûts exposés porte atteinte au droit au respect de ses biens, et plus particulièrement de son attente légitime de pouvoir exercer librement son activité commerciale, et constitue ainsi, sans qu'un motif impérieux d'intérêt général ne le justifie, une restriction à sa liberté d'entreprendre, comprenant le droit de pouvoir librement disposer de ses ressources.

On peut d'abord se demander si les stipulations invoquées par la société Free ont toutes la portée qu'elle en déduit. La réponse est positive s'agissant de la liberté d'entreprise protégée par l'article 16 de la Charte et dont bénéficient les opérateurs économiques, tels que les fournisseurs d'accès à Internet. La Cour de justice juge en effet que le droit à la liberté d'entreprise comprend notamment le droit, pour toute entreprise, de pouvoir librement disposer, dans les limites de la responsabilité qu'elle encourt pour ses propres actes, des ressources économiques, techniques et financières dont elle dispose. Et elle estime que l'adoption d'une injonction de bloquer un site internet constitue une restriction à cette liberté (arrêt du 27 mars 2014, UPC Telekabel Wien, C-314/12).

Il n'en va en revanche pas de même du droit au respect des biens garanti par l'article 1^{er} du premier protocole. Les situations économiques protégées par cette stipulation visent, outre bien entendu les biens corporels, des biens incorporels, des droits ou des intérêts juridiquement protégés ou dont les titulaires peuvent considérer légitimement qu'ils sont à l'abri d'une ingérence. Ce qui visent en particulier les licences et autorisations accordées par la puissance publique, le fonds de commerce, la clientèle, des droits de propriété intellectuelle. Il apparaît en revanche plus difficile d'y inclure la compensation de charges résultant de la mise en œuvre d'une politique publique.

Il n'existe pas, en effet, en droit interne, de principe interdisant au législateur de faire supporter des charges particulières à certaines catégories de personnes pour un motif d'intérêt général, ni de principe imposant, dans le cas où le législateur institue de telles charges, qu'il prévoit une contrepartie financière (CE, 25 novembre 2013, *Ministre de l'Économie et des Finances c/ France Télécom et Société Orange France*, n° 361118, T. 534-739-832). Nous ne décelons donc pas de biens ou d'intérêts, tel que la société Free les revendique, susceptibles de faire l'objet d'une protection sous l'angle de l'article 1^{er} du premier protocole.

Seule l'invocation de la liberté d'entreprise de l'article 16 de la Charte apparaît donc pertinente. Sur ce terrain, le refus en litige du Premier ministre de prendre des mesures de compensation financière au titre de l'article L. 336-2 du code de la propriété intellectuelle n'est pas illégal.

En effet, cet article, tel qu'interprété par le Conseil constitutionnel et par la Cour de cassation, et ainsi qu'il résulte également de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, ne permet pas que des mesures disproportionnées, notamment à raison de leurs coûts, soit mises à la charge des FAI.

Le Conseil constitutionnel, dans sa décision précitée 2009-580 DC, a émis, à propos de cet article, une réserve d'interprétation, dont il n'est point besoin de rappeler qu'elle s'impose en vertu de l'article 62 de la Constitution aux juridictions. Il a jugé qu'en permettant aux titulaires du droit d'auteur ou de droits voisins, ainsi qu'aux personnes habilitées à les représenter pour la défense de ces droits, de demander que le tribunal de grande instance ordonne, à l'issue d'une procédure contradictoire, les mesures nécessaires pour prévenir ou faire cesser une atteinte à leurs droits, le législateur n'a pas méconnu la liberté d'expression et de communication. Et il ajoute qu'il appartient à la juridiction saisie de ne prononcer, dans le respect de cette liberté, que les mesures strictement nécessaires à la préservation des droits en cause.

Cette décision concorde avec la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. La Cour a en particulier jugé que le droit de l'Union s'oppose à une injonction faite à un fournisseur d'accès à Internet de mettre en place un système généralisé de filtrage de toutes les communications électroniques transitant par ses services (notamment par l'emploi de logiciels « peer-to-peer »), qui s'appliquerait indistinctement à l'égard de toute sa clientèle, à titre préventif, à ses frais exclusifs, et sans limitation dans le temps, système qui serait capable d'identifier sur le réseau de ce fournisseur la circulation de fichiers électroniques contenant une œuvre musicale, cinématographique ou audiovisuelle sur laquelle le demandeur prétend détenir des droits de propriété intellectuelle, en vue de bloquer le transfert de fichiers dont l'échange porte atteinte au droit d'auteur (arrêt du 24 novembre 2011, *Scarlet Extended*, C-70/10).

Cette interdiction de prendre des mesures aussi générales est également énoncée par l'article 15 de la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 préc., selon lequel les États membres ne doivent pas imposer aux prestataires, pour la fourniture des services, une obligation générale de surveiller les informations qu'ils transmettent ou stockent, ou une obligation générale de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illicites.

Pour la Cour, les autorités et les juridictions nationales doivent assurer un juste équilibre entre la protection du droit de propriété intellectuelle, dont jouissent les titulaires de droits d'auteur, et celle de la liberté d'entreprise dont bénéficient les opérateurs tels que les FAI en vertu de l'article 16 de la Charte (24 novembre 2011, *Scarlet Extended*, préc.).

Dans ce cadre, la Cour estime qu'une injonction de bloquer un site Internet fait certes peser sur son destinataire une contrainte qui restreint la libre utilisation des ressources à sa disposition, puisqu'elle l'oblige à prendre des mesures qui sont susceptibles de représenter pour celui-ci un coût important, d'avoir un impact considérable sur l'organisation de ses activités ou de requérir des solutions techniques difficiles et complexes. Mais, pour la Cour, une telle injonction n'apparaît pas porter atteinte à la substance même du droit à la liberté d'entreprise d'un fournisseur d'accès à Internet, notamment si cette injonction laisse à son

destinataire le soin de déterminer les mesures concrètes à prendre pour atteindre le résultat visé de sorte que celui-ci peut choisir de mettre en place des mesures qui soient les mieux adaptées aux ressources et aux capacités dont il dispose et qui soient compatibles avec les autres obligations et défis auxquels il doit faire face dans l'exercice de son activité (arrêt du 27 mars 2014, UPC Telekabel Wien, préc.). Il n'en n'irait autrement indique la Cour que si le FAI était tenu de faire des « sacrifices insupportables », ce qui serait injustifié notamment au regard du fait qu'il n'est pas l'auteur de l'atteinte au droit fondamental de propriété intellectuelle ayant provoqué l'adoption de ladite injonction (même arrêt).

Il existe donc bien une obligation générale de proportionnalité de la mesure prononcée sur le fondement de l'article L. 336-2 du code de la propriété intellectuelle. La question du coût de cette mesure fait partie intégrante de sa proportionnalité, mais elle n'est pas réglée en elle-même par le droit de l'Union européenne, qui renvoie au droit national (considérant 59 de la directive du 22 mai 2001).

C'est la Cour de cassation, par son arrêt *Allostreaming* précité, qui se réfère à ces précédents du Conseil constitutionnel et de la Cour de justice, qui a tranché la question. Comme nous vous l'avons dit, elle a jugé que le coût des injonctions pouvait être mis à la charge des intermédiaires techniques. Mais elle a aussi et surtout jugé que, la cour d'appel a retenu, à bon droit, que ce n'est que dans l'hypothèse où une mesure particulière devait s'avérer disproportionnée, eu égard à sa complexité, à son coût et à sa durée, au point de compromettre, à terme, la viabilité du modèle économique des intermédiaires techniques, qu'il conviendrait d'apprécier la nécessité d'en mettre le coût, en tout ou en partie, à la charge du titulaire de droits. Autrement dit, les FAI ne supportent pas nécessairement seuls la charge financière du blocage. Il appartient au juge saisi d'apprécier, eu égard au principe de proportionnalité, s'il convient d'en partager voire d'en transférer la charge sur le demandeur.

Certes, ainsi que le fait valoir la société Free, c'est aussi l'accumulation des injonctions qui, pour elle, engendre des coûts qu'elle considère comme n'étant pas proportionnés. Mais elle ne vous fournit cependant aucun élément chiffré, tant sur le nombre et la nature des injonctions qui lui sont adressées que sur les coûts financiers que celles-ci représentent pour elle, qui pourrait vous convaincre de ce que la jurisprudence *Allostreaming* est insuffisante, à elle-seule, pour garantir la proportionnalité, sur le plan financier, d'obligations cumulativement mises à sa charge et qu'elle devrait donc être complétée par un mécanisme réglementaire de compensation. Ou, pour le dire avec les mots employés par la Cour de cassation et empruntés à la Cour de justice, la société Free n'apporte aucun élément permettant de penser qu'elle soit tenue à des « sacrifices insupportables ».

Il en résulte, et c'est bien le sens de la réponse explicite rédigée par le ministère de la culture à l'endroit de la société Free, que le refus du Premier ministre de faire droit à sa demande ne méconnaît pas sa liberté d'entreprendre garantie par l'article 16 de la Charte des DF de l'UE.

Pour les mêmes raisons, ce refus ne méconnaît pas non plus la directive du 22 mai 2001 sur le droit d'auteur et les droits voisins, car l'état du droit y est conforme.

La société Free considère aussi que l'absence de mesures réglementaires de compensation des coûts exposés pour le blocage des sites crée une différence de traitement, qui n'est pas justifiée par un motif d'intérêt général, au regard du dispositif prévu au III de l'article L. 34-1 du code des postes et télécommunications et pour lequel il existe des mesures de compensation.

En vertu de ce III, et par dérogation au principe figurant au II de l'effacement ou de l'anonymisation de toute donnée relative au trafic, les FAI sont tenus de conserver ces données et le cas échéant les communiquer aux autorités habilitées à les recevoir pour les besoins de la recherche, de la constatation et de la poursuite des infractions pénales, pour la prévention des atteintes aux systèmes de traitement automatisé de données ou encore dans la cadre de la « riposte graduée » mise en œuvre par la Hadopi. Ce III prévoit qu'un décret en Conseil d'Etat détermine les modalités de compensation, le cas échéant, des surcoûts identifiables et spécifiques des prestations assurées à la demande de l'Etat (ou de la Hadopi), c'est-à-dire les surcoûts éventuels générés par la mise à disposition des données (et non ceux exposés pour leur conservation, v. CE, 7 août 2007, Association des fournisseurs d'accès et de services internet (AFA) et autres, n° 293774). Concernant la « riposte graduée », c'est un décret n° 2017-313 du 9 mars 2017, complété par arrêté du 23 mars 2017, qui fixe ces modalités (lequel est intervenu après injonction en ce sens que vous avez prononcée par une décision du 23 décembre 2015, Société Bouygues Télécom, n° 383110)¹.

Si l'article 1^{er} du premier protocole, comme nous vous l'avons dit, pas plus qu'une autre stipulation de la Convention, ne confère à la société Free de droit à compensation au titre de l'article L. 336-2 du code de la propriété intellectuelle, on peut le cas échéant admettre, pour les besoins de la cause, que la compensation instituée par le décret de 2017 au titre de l'article L. 34-1 du code des postes et communications électroniques puisse relever du champ de cette stipulation, au titre d'une espérance que la société Free pourrait, sans garantie de succès néanmoins, invoquer à ce que cette compensation ne soit pas supprimée, de sorte qu'elle peut invoquer en l'espèce l'article 14 de la Convention en arguant qu'il résulte une distinction injustifiée entre ces deux régimes.

Toutefois, si ceux deux régimes poursuivent un même but de protection du droit d'auteur et des droits voisins, les mesures qu'ils prévoient n'ont ni la même nature, ni le même objet. Les mesures prononcées par le juge judiciaire sur le fondement de l'article L. 336-2 du code de la propriété intellectuelle visent tous les intermédiaires, et nous pas seulement les FAI, même si, comme nous vous l'avons dit, ce sont eux le plus souvent sollicités en pratique. Elles consistent, pour les FAI, en des opérations de blocage de l'accès à des sites internet. Basiquement, il s'agit de configurer les DNS (Domain Name System) pour empêcher que des requêtes atteignent l'adresse IP correspondant au site recherché. Evidemment, le blocage peut aussi donner lieu à des opérations plus complexes que cet énoncé sommaire, mais encore une fois la société Free ne vous a pas fourni d'explication sur la réalité de ces opérations. Enfin, en application de la jurisprudence *Allostreaming*, le coût de l'opération peut, même si l'on peut penser que ce n'est pas fréquent, être reporté, en tout ou partie, sur le demandeur.

¹ Pour les infractions pénales, v. articles R. 213-1 et A 43-9 du code de procédure pénale.

En revanche, dans le cadre de l'article L. 34-1 du code des postes et communications électroniques, les FAI, et eux-seuls sont concernés, répondent à une demande d'information d'une autorité administrative, en recherchant, dans les données conservées, et à partir d'adresses IP, des éléments d'informations sur une personne (nom de famille, prénoms, adresse postale et adresses électroniques, coordonnées téléphoniques, adresse de l'installation téléphonique de l'abonné, v. annexe du décret n° 2010-236 du 5 mars 2010 relatif au traitement automatisé de données à caractère personnel autorisé par l'article L. 331-29 du code de la propriété intellectuelle dénommé « Système de gestion des mesures pour la protection des œuvres sur internet »). Même si après une forte croissance depuis le début des années 2010, les volumes tendent à diminuer depuis le milieu de cette décennie, les demandes adressées par la Hadopi aux FAI restent massives : plus de 12 millions d'identifications d'IP demandées par la Hadopi en 2016 (la Haute autorité étant elle-même saisie de plus de 20 millions de demandes) ; environ 8 millions de demandes en 2019 (pour un taux de réponses positives de l'ordre de 75 %). Ce sont donc des dizaines de milliers de demandes quotidiennes qui sont adressées aux FAI. Tout cela est très largement automatisé, certes, mais reste sans commune mesure avec les injonctions judiciaires de l'article L. 336-2 du code de la propriété intellectuelle.

Il y a bien une différence entre ces deux régimes, justifiant une différence de traitement en matière de prise en charge financière des coûts. Il s'ensuit que le moyen tiré de ce que le refus d'adopter les dispositions réglementaires mettant en place un mécanisme de compensation des surcoûts exposés au titre de la mise en œuvre des mesures ordonnées en application des dispositions de l'article L. 336-2 du code de la propriété intellectuelle serait à l'origine d'une discrimination injustifiée doit, en tout état de cause, être écarté.

PCMNC au rejet des requêtes.