

ALEXIS FITZJEAN Ó COBHTHAIGH
Avocat au Barreau de Paris
5, rue Daunou - 75002 PARIS
Tél. 01.53.63.33.10 - Fax 01.45.48.90.09
afoc@afocavocat.eu

CONSEIL D'ÉTAT
SECTION DU CONTENTIEUX
NOUVELLES OBSERVATIONS

N° 433539

POUR :

- 1°) L'association « La Quadrature du Net » (LQDN), **représentante unique**
- 2°) L'association « Fédération des fournisseurs d'accès à Internet associatifs » (FFDN)
- 3°) L'association « Franciliens.net »
- 4°) L'association « French Data Network » (FDN)

CONTRE :

- 1°) Le Premier ministre
- 2°) Le ministre de la culture

EN PRÉSENCE DE : La CNIL

Table des matières

Faits	3
Discussion	4
I Sur la privation de base légale	4
II Sur l'absence de proportionnalité dans l'accès aux données personnelles et aux données de connexion	6
III Sur l'absence de contrôle préalable indépendant	7
Bordereau des productions	9

FAITS

1. À la suite du renvoi d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) par le Conseil d'État dans la présente affaire, le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur la constitutionnalité des trois derniers alinéas de l'article L. 331-21 du code de la propriété intellectuelle, par une décision n° 2020-841 QPC du 20 mai 2020. Il a estimé que les troisième et quatrième alinéas de cet article, dans sa rédaction résultant de la loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet, ainsi que le mot « notamment » figurant au cinquième et dernier alinéa de ce même article sont contraires à la Constitution. Il a différé l'abrogation des dispositions déclarées contraires à la Constitution au 31 décembre 2020.

2. Par un arrêt du 6 octobre 2020 (*cf.* CJUE, gr. ch., 6 octobre 2020, *La Quadrature du Net e. a.*, aff. C-511/18, C-512/18 et C-520/18), la grande chambre de la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) a précisé les conditions de conservation et d'accès des données de connexion, dont les adresses IP. Par une décision d'Assemblée du 21 avril 2021 (*cf.* CE, ass., 21 avril 2021, *French Data Network et autres*, n°s 393099, 394922, 397844, 397851, 424717, et 424718), le Conseil d'État a tiré les conséquences de cet arrêt en matière de renseignement.

3. Par un arrêt du 2 mars 2021 (*cf.* CJUE, gr. ch., 2 mars 2021, *Prokuratuur*, aff. C-746/18), la grande chambre de la CJUE a précisé les conditions d'accès aux données de connexion, en particulier les conditions d'indépendance que doivent remplir les autorités judiciaires et administratives qui contrôlent la licéité des accès.

4. Le 3 mai 2021, le greffe du Conseil d'État a indiqué aux associations exposantes que l'audience publique dans l'affaire n° 433539 se tiendra le 10 mai 2021 à 14h.

5. Ces différents éléments appellent de la part des associations exposantes les observations suivantes. Celles-ci ne modifient en rien les moyens et conclusions précédemment articulés, que les associations exposantes réitèrent expressément.

DISCUSSION

I. Sur la privation de base légale

6. **Premièrement**, les dispositions des alinéas 5, 6 et 10 du décret attaqué sont désormais dépourvues de base légale en ce qu'elles ont été adoptées en application de dispositions législatives qui ont depuis été déclarées contraires aux droits et libertés garantis par la Constitution.

7. **En droit**, le Conseil constitutionnel exige qu'une disposition offrant à l'administration un accès à des données personnelles soit suffisamment précise pour garantir que cet accès soit limité au strict nécessaire. Cette précision doit notamment porter sur les catégories de données accessibles ainsi que sur les catégories de personnes auprès desquelles l'administration est autorisée à obtenir ces données.

8. C'est ainsi que, dans sa décision du 20 mai 2020 susmentionnée, le Conseil constitutionnel a censuré les dispositions de l'article L. 331-21 du code de la propriété intellectuelle qui, de façon trop peu précises, conféraient « *aux agents de la [Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet (HADOPI)] le droit d'obtenir communication et copie de tous documents, quel qu'en soit le support, y compris les données de connexion* », et ce auprès de toute personne (point 14). Le Conseil dénonçait la circonstance que l'accès offert à la HADOPI portait non seulement sur « *tous documents, quel qu'en soit le support* » mais, surtout, que cet accès était permis « *en ne précisant pas les personnes auprès desquelles il est susceptible de s'exercer* » (point 16). Pour respecter la Constitution, le législateur aurait dû définir précisément les données de connexion auxquelles la HADOPI pouvait accéder ainsi que les personnes auprès desquelles elle pouvait les obtenir.

9. En contraste, dans la même décision (point 12), le Conseil constitutionnel a déclaré conforme à la Constitution les dispositions de l'article L. 331-21 qui permettent à la HADOPI d'accéder à des informations d'état civil explicitement délimitées (« *l'identité, l'adresse postale, l'adresse électronique et les coordonnées téléphoniques de l'abonné* ») auprès de personnes tout aussi explicitement délimi-

tées (« *des opérateurs de communications électroniques* »).

10. Le Conseil constitutionnel a laissé au législateur un délai de sept mois, jusqu'au 31 décembre 2020, pour modifier les dispositions concernant l'accès aux données de connexion afin de les rendre aussi précises et délimitées que celles concernant l'accès aux données d'état civil. À défaut d'une telle modification, aucune disposition réglementaire ne pourrait se fonder sur ces dispositions et la HADOPI ne pourrait donc plus obtenir ni traiter aucune donnée de connexion. Ce sont ces « *conséquences manifestement excessives* » qui ont conduit le Conseil constitutionnel à retarder exceptionnellement les effets de sa décision.

11. **En l'espèce**, il s'infère des dispositions combinées du I de l'article 4 du décret attaqué et des alinéas 5, 6 et 10 de son annexe, que la HADOPI peut obtenir trois catégories de données de connexion (adresse IP, protocole pair à pair utilisé, fournisseur d'accès à internet ayant fourni l'IP) auprès de quatre types d'acteurs (organismes de défense professionnelle, organismes de gestion collective, Centre national du cinéma et de l'image animée (CNC), ministère public).

12. Les dispositions combinées du 1° de l'article 8 du décret attaqué et des alinéas 5, 6 et 10 de son annexe organisent l'accès à ces données de connexion par la HADOPI via un système d'interconnexion avec trois types d'acteurs (organismes de défense professionnelle, organismes de gestion collective, CNC).

13. Ces dispositions réglementaires ont été prises en application directe et exclusive des dispositions de l'article L. 331-21 qui permettaient aux agents de la HADOPI de collecter des données de connexion, tel que le décrivait déjà l'exposé des motifs de la loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 : cet article « *encadre et précise les prérogatives de ces agents en matière d'accès aux documents nécessaires à la conduite des procédures.* » Toutefois, en application de la décision prise par le Conseil constitutionnel le 20 mai 2020, les dispositions permettant l'accès aux données de connexion ont été abrogées le 31 décembre 2020.

14. **En conclusion**, depuis le début de l'année 2021, le décret attaqué est dépourvu de base légale pour organiser l'accès par la HADOPI à des données de connexion. Par voie de conséquence, les dispositions des alinéas 5, 6 et 10 de l'annexe du décret, qui organisent cet accès, doivent être abrogées. Le refus, opposé par

le Premier ministre, d'abroger ces dispositions, est illégal et ne pourra ainsi qu'être annulé.

II. Sur l'absence de proportionnalité dans l'accès aux données personnelles et aux données de connexion

15. **Deuxièmement**, le décret attaqué est illégal en ce qu'il a été pris en application de dispositions inconvencionnelles qui autorisent l'accès à des données personnelles, dont des données de connexion, de façon disproportionnées.

16. **En droit**, la CJUE a estimé qu'il n'est possible d'accéder à des données de connexion — telles que l'adresse IP à la source d'une communication — qu'aux fins de lutte contre la criminalité grave ou la prévention de menaces graves contre la sécurité publique, que la conservation soit généralisée ou ciblée (*cf.* CJUE, gr. ch., 2 mars 2021, *Prokuratuur*, préc., pt. 33; CJUE, gr. ch., 6 octobre 2020, *La Quadrature du Net e. a.*, préc., pts. 140 et 146).

17. Le Conseil d'État a confirmé que l'adresse IP ne peut être conservée de manière généralisée qu'« à des fins de lutte contre la criminalité grave ou de prévention des menaces graves contre la sécurité publique » (*cf.* CE, Ass., 21 avril 2021, *French Data Network*, préc., pt. 37) et que « seules de telles infractions [peuvent] légalement justifier l'accès des services d'enquêtes aux données conservées par les opérateurs » (même arrêt, pt. 39).

18. **En l'espèce**, tel que décrit ci-avant, le décret attaqué organise l'accès par la HADOPI à des données personnelles dont des données de connexion. Cet accès a été prévu par l'article L. 331-21 avec pour objectif la sanction de l'infraction de négligence caractérisée, définie et sanctionnée à l'article R. 335-5 du code de la propriété intellectuelle. Il s'agit d'une contravention de cinquième classe pour ne pas avoir mis en place un moyen de sécurisation d'un accès à Internet. Il ne s'agit donc pas de faits relevant de la criminalité grave, encore moins de menaces graves contre la sécurité publique.

19. Ce faisant, l'article L. 331-21 autorise l'accès aux données de connexion, dont les adresses IP à la source d'une communication, à des fins étrangères à la lutte

contre la criminalité grave ou à la prévention des menaces graves contre la sécurité publique, contrairement à ce qu'exige le droit de l'Union.

20. **En conclusion**, le décret attaqué a été pris en application de dispositions législatives contraires à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, notamment ses articles 7, 8, 11 et 52, ainsi qu'à l'article 15 de la directive n° 2002/58/CE du 12 juillet 2002 en ce qu'il organise l'accès par la HADOPI à des données de connexion. Pour les mêmes motifs, il est lui-même contraire à ces dispositions issues du droit primaire et du droit dérivé de l'Union européenne. Par suite, les alinéas 5, 6 et 10 de son annexe doivent être abrogés. Le refus, opposé par le Premier ministre, d'abroger ces dispositions, est illégal et ne pourra ainsi qu'être annulé.

III. Sur l'absence de contrôle préalable indépendant

21. **Troisièmement**, le décret attaqué est inconstitutionnel en ce qu'il ne prévoit pas de contrôle indépendant avant l'accès aux données personnelles.

22. **En droit**, la CJUE exige que l'accès aux données de connexion fasse l'objet d'un contrôle par une autorité indépendante (*cf.* CJUE, 2 mars 2021, *Prokuratuur*, préc., pts. 46 et s.). Elle a notamment précisé que, lorsque le contrôle n'est pas effectué par une juridiction mais par une autorité administrative, celle-ci doit avoir « *la qualité de tiers par rapport à celle qui demande l'accès aux données* », afin de pouvoir être qualifiée d'indépendante (même arrêt, pt. 54).

23. **En l'espèce**, le décret attaqué autorise la conservation de données personnelles, dont des données de connexion, suite à leur accès par la HADOPI, sans contrôle par une juridiction. Si l'article L. 331-21 du code de la propriété intellectuelle précise que les agents de la HADOPI « *procèdent à l'examen des faits* », l'article L. 331-25 du même code précise que cette même autorité est responsable de l'engagement de la « *riposte graduée* ». La HADOPI ne peut donc être qualifiée d'autorité administrative indépendante au sens des exigences du droit de l'UE.

24. **En conclusion**, le décret attaqué a été pris en application de dispositions législatives (notamment les articles L. 331-21 et L. 331-25 du code de la pro-

priété intellectuelle) contraires à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, notamment ses articles 7, 8, 11 et 52, ainsi qu'à l'article 15 de la directive n° 2002/58/CE du 12 juillet 2002 en ce qu'il organise l'accès à des données personnelles sans contrôle préalable par une juridiction ou, à tout le moins, par une autorité administrative indépendante. Pour les mêmes motifs, il est lui-même contraire à ces dispositions issues du droit primaire et du droit dérivé de l'Union européenne.

PAR CES MOTIFS, les associations exposantes persistent dans leurs précédentes conclusions et, y ajoutant :

DÉCLARER les articles L. 331-21 et L. 331-25 contraires au droit de l'Union européenne et, notamment, à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, notamment ses articles 7, 8, 11 et 52, ainsi qu'à l'article 15 de la directive n° 2002/58/CE du 12 juillet 2002 ;

METTRE A LA CHARGE de l'État une somme de 4 096 euros par exposante, au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Fait à Paris, le 6 mai 2021

Alexis FITZJEAN Ó COBHTHAIGH
Avocat au Barreau de Paris

BORDEREAU DES PRODUCTIONS

Pas de nouvelles pièces.