

## Mémoire complémentaire sur l'applicabilité de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

### PRODUIT PAR

1. **French Data Network (Réseau de données français)**, dite FDN.

Association régie par la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 établie 16 rue de Cachy, 80090 Amiens, enregistrée en préfecture de la Somme sous le numéro W751107563, opérateur déclaré auprès de l'ARCEP sous la référence 07/1149, prise en la personne de son président M. Fabien SIRJEAN.

Tél. : 06 36 18 91 00

Mail : [president@fdn.fr](mailto:president@fdn.fr) / [buro@fdn.fr](mailto:buro@fdn.fr)

2. **La Quadrature du Net**

Association régie par la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 établie au 60 rue des Orteaux 75019, Paris, enregistrée en préfecture de police de Paris sous le numéro W751218406, prise en la personne de son président M. Philippe AIGRAIN.

Tél. : 06 73 60 88 43

Mail : [contact@laquadrature.net](mailto:contact@laquadrature.net)

3. **Fédération des fournisseurs d'accès à Internet associatifs**, dite Fédération FDN (FFDN).

Fédération régie par la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 établie 16 rue de Cachy, 80090 Amiens, enregistrée en préfecture de la Somme sous le numéro W751210904, regroupant 27 fournisseurs d'accès associatifs français, déclarés auprès de l'ARCEP, et un fournisseur d'accès associatif belge déclaré auprès du régulateur, prise en la personne de son président M. Benjamin BAYART.

Tél. : 06 60 24 24 94

Mail : [contact@ffdn.org](mailto:contact@ffdn.org)

### CONTRE

Le refus implicite du Gouvernement d'abroger l'article R. 10-13 du code des postes et des communications électroniques et le décret n° 2011-219 du 25 février 2011 relatif à la conservation et à la communication des données permettant d'identifier toute personne ayant contribué à la création d'un contenu mis en ligne, JORF n° 50 du 1<sup>er</sup> mars 2011, p. 3643.

## TABLE DES MATIÈRES

<b>I</b>	<b>Faits et procédure</b>	<b>3</b>
<b>II</b>	<b>Discussion</b>	<b>4</b>
1	Champ d'application du droit de l'Union . . . . .	4
1.1	Protection des données à caractère personnel . . . . .	5
1.2	Directive 95/46/CE . . . . .	5
1.3	Directive 2002/58/CE . . . . .	6
1.4	Directive 2000/31/CE . . . . .	7
2	Exception prévue par le droit de l'Union . . . . .	9
3	Application des droits fondamentaux garantis par la Charte	10
4	Obligation de renvoi préjudiciel . . . . .	11
	<b>Table des jurisprudences</b>	<b>14</b>

## I. FAITS ET PROCÉDURE

Le 6 mai 2015, les associations requérantes ont demandé au Gouvernement d'abroger l'article R. 10-13 du code des postes et des communications électroniques (CPCE) et le décret n° 2011-219 du 25 février 2011 comme étant contraires à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (la Charte) et à la directive 2002/58/CE de l'Union européenne<sup>1</sup>. Le 6 juillet 2015, le Gouvernement a tacitement refusé d'abroger ces dispositions.

Les associations requérantes ont déposé le 1<sup>er</sup> septembre 2015 un mémoire introductif d'instance, complété d'un mémoire ampliatif le 27 novembre, contestant la validité du refus du gouvernement d'abroger les dispositions réglementaires litigieuses qui établissent chacune un régime de conservation généralisée de « données de connexion ».

Le 4 mai 2016, le Premier ministre et le ministère de la justice ont été mis en demeure de produire leurs observations en réponse.

En l'absence de réponse du Gouvernement, les associations requérantes soumettent à l'attention de votre chambre le présent mémoire dont l'objet est de présenter leurs observations complémentaires sur l'applicabilité de la Charte aux dispositions litigieuses.

---

1. Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques), JOUE L 201 du 31 juillet 2002, pp. 37 et s.

## II. DISCUSSION

Les dispositions réglementaires contestées sont illégales en l'absence de toute base juridique qui en permettrait l'édiction, compte-tenu de la contrariété des dispositions législatives qu'elles mettent en œuvre avec la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (la Charte).

Les associations rappellent que les dispositions réglementaires viennent respectivement en application de l'article L. 34-1, III et s., du code des postes et des communications électroniques (CPCE) et de l'article 6, II, de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN).

Or, ces dispositions doivent respecter les droits et libertés fondamentaux garantis par la Charte, laquelle est bien invocable et applicable en l'occurrence.

En effet, les dispositions litigieuses « mettent en œuvre » le droit de l'Union au sens exact de l'article 51, al. 1<sup>er</sup>, de la Charte telle qu'interprétée par la Cour de justice de l'Union européenne.

Les dispositions litigieuses relèvent du champ d'application du droit de l'Union (section 1) et, quand bien même elles poursuivent un objectif de sauvegarde de la sécurité nationale, elles ne doivent pas moins être considérées comme mettant en œuvre le droit de l'Union (section 2 page 9). Cela implique que les droits fondamentaux garantis par la Charte s'appliquent à l'espèce (section 3 page 10). Toute autre appréciation révélerait nécessairement l'existence d'une difficulté réelle et sérieuse d'interprétation, non seulement des traités de l'Union européenne, en ce qu'ils comprennent la Charte, mais aussi des dispositions de droit dérivé, en particulier de la directive 2002/58/CE (section 4 page 11).

### 1. Champ d'application du droit de l'Union

Les dispositions du CPCE contestées s'inscrivent dans la section de ce code intitulée « protection de la vie privée des utilisateurs de réseaux et services de communications électroniques ». Les dispositions contestées résultant de la LCEN imposent quant à elles des obligations à des prestataires techniques de services de communication en ligne, soit des prestataires de services de la société de l'information. Or, ces deux ensembles de règles

relèvent indéniablement du champ d'application du droit de l'Union et ce à au moins quatre égards.

## 1.1. Protection des données à caractère personnel

**En droit**, la protection des données à caractère personnel fait incontestablement partie du champ matériel du droit de l'Union, qu'il s'agisse de l'article 8 de la Charte ou encore de la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

**En l'espèce**, d'une part, l'article L. 34-1, I, du CPCE prévoit que cet article « s'applique au traitement des données à caractère personnel dans le cadre de la fourniture au public de services de communications électroniques ».

D'autre part, l'article 6, II, de la LCEN prévoit que doivent être conservées des données « de nature à *permettre l'identification* de quiconque a contribué à la création » de contenu d'un service de communication au public en ligne. Ces données présentent donc un caractère personnel et leur conservation constitue un traitement de données à caractère personnel.

**En conséquence**, les dispositions attaquées relèvent du champ d'application du droit de l'Union relatif à la protection des données à caractère personnel.

## 1.2. Directive 95/46/CE

**En droit**, la directive 95/46/CE exige, à son article 7, que « les États membres prévoient que le traitement de données à caractère personnel ne peut être effectué que » sous certaines conditions. Parmi ces conditions, il est prévu à l'article 7(c) que sont licites les traitements nécessaires au respect d'« une obligation légale à laquelle le responsable du traitement est soumis ».

**En l'espèce**, l'article 6, II, de la LCEN exige que les personnes hébergeant de contenus en ligne pour autrui « détiennent et conservent les données de nature à permettre l'identification de quiconque a contribué à la création du contenu ou de l'un des contenus » qu'elles hébergent.

Ainsi, ces données à caractère personnel sont conservées par les hébergeurs afin de respecter une obligation légale.

**En conclusion**, l'article 6, II, de la LCEN met en œuvre directement l'article 7(c) de la directive 95/46/CE.

### 1.3. Directive 2002/58/CE

**En droit**, la protection des données à caractère personnel et de la vie privée dans le secteur des communications électroniques est spécifiquement l'objet de la directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 (« directive vie privée et communications électroniques » ou « ePrivacy »).

Cette directive concerne les fournisseurs de réseaux publics de communications et les fournisseurs de services de communications électroniques accessibles au public. Elle impose notamment aux États membres deux obligations d'une part, auxquelles elle prévoit une dérogation d'autre part :

– l'article 6 prévoit que :

« Les données relatives au trafic concernant les abonnés et les utilisateurs traitées et stockées par le fournisseur d'un réseau public de communications ou d'un service de communications électroniques accessibles au public *doivent être effacées ou rendues anonymes* lorsqu'elles ne sont plus nécessaires à la transmission d'une communication [...]. »

– l'article 9 prévoit que les « données de localisation » ne soient traitées

« qu'après avoir été rendues anonymes ou moyennant le consentement des utilisateurs ou des abonnés, *dans la mesure et pour la durée nécessaires à la fourniture d'un service à valeur ajoutée.* »

– l'article 15 prévoit que :

« Les États membres peuvent adopter des mesures législatives visant à limiter la portée des *droits et des obligations prévus aux articles 5 et 6 [...] et à l'article 9 de la présente directive* lorsqu'une telle limitation constitue une mesure nécessaire, appropriée et proportionnée, au sein d'une société démocratique, pour sauvegarder la sécurité nationale — c'est-à-dire la sûreté de l'État — la défense et la sécurité publique, ou assurer la prévention, la recherche, la détection et la poursuite d'infractions pénales ou d'utilisations non autorisées du système de communications électroniques [...]. À cette fin, les États membres peuvent, entre autres, adopter des mesures législatives *prévoyant la conservation de données pendant une durée limitée* [...]. Toutes les mesures visées dans le présent paragraphe sont prises dans le respect des principes généraux du droit communautaire, y compris ceux visés à l'article 6, paragraphes 1 et 2, du traité sur l'Union européenne. »

**En l'espèce**, l'article L. 34-1 CPCE prévoit :

– en partie I, que

« les opérateurs de communications électroniques [...] *effacent ou rendent anonyme* toute donnée relative au trafic »

– en partie V, que

« les données permettant de localiser l'équipement terminal de l'utilisateur ne peuvent ni être utilisées pendant la communication à des fins autres que son acheminement, *ni être conservées et traitées après l'achèvement de la communication* »

– en partie III, que

« pour les besoins de la recherche, de la constatation et de la poursuite des infractions pénales ou d'un manquement à l'obligation définie à l'article L. 336-3 du code de la propriété intellectuelle ou pour les besoins de la prévention des atteintes aux systèmes de traitement automatisé de données prévues et réprimées par les articles 323-1 à 323-3-1 du code pénal, [...] *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.* »

**En conséquence**, l'article L. 34-1 du CPCE met directement en œuvre les dispositions précitées de la directive 2002/58/CE.

- L'article L. 34-1, en partie I, met directement en œuvre l'article 6 de cette directive.
- L'article L. 34-1, en partie V, met directement en œuvre l'article 9 de cette directive.
- L'article L. 34-1, en partie III met directement en œuvre l'article 15 de cette directive.

#### 1.4. Directive 2000/31/CE

**En droit**, la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 concerne les « services de la société de l'information » définis à l'article 2 comme tout service presté à distance, par voie électronique et à la demande individuelle d'une personne — tels que les hébergeurs de contenus en ligne, visés à l'article 14 de la directive.

L'article 15(2) prévoit :

« Les États membres peuvent instaurer, pour les prestataires de services de la société de l'information, l'obligation [...] de communiquer aux autorités compétentes, à leur demande, les informations permettant d'identifier les destinataires de leurs services avec lesquels ils ont conclu un accord d'hébergement ».

**En l'espèce**, l'article 6, II, de la LCEN exige que les personnes hébergeant de contenus en ligne pour autrui « détiennent et conservent les données de nature à permettre l'identification de quiconque a contribué à la création du contenu ou de l'un des contenus » qu'elles hébergent et que « l'autorité judiciaire peut [en] requérir communication ».

**En conséquence**, l'article 6, II, de la LCEN met directement en œuvre l'article 15(2) de la directive 2000/31/CE.

**Ensuite et en droit**, l'article 3 de la directive 2000/31/CE impose aux États membres de ne prendre aucune mesure qui limiterait l'exercice par les prestataires de la société de l'information de mesures pouvant restreindre leur liberté de circulation.

En effet, l'article 3(2) de cette directive énonce le principe selon lequel :

« Les États membres ne peuvent, pour des raisons relevant du domaine coordonné, restreindre la libre circulation des services de la société de l'information en provenance d'un autre État membre. »

L'article 3(4) de cette directive énonce ensuite des exceptions à ce principe et précise que :

« a) les mesures doivent être :

« i) nécessaires pour une des raisons suivantes :

- l'ordre public, en particulier la prévention, les investigations, la détection et les poursuites en matière pénale, notamment la protection des mineurs et la lutte contre l'incitation à la haine pour des raisons de race, de sexe, de religion ou de nationalité et contre les atteintes à la dignité de la personne humaine, [...]
- la sécurité publique, y compris la protection de la sécurité et de la défense nationales, [...]

« ii) prises à l'encontre d'un service de la société de l'information qui porte atteinte aux objectifs visés au point i) ou qui constitue un risque sérieux et grave d'atteinte à ces objectifs ;

« iii) proportionnelles à ces objectifs ;

« b) l'État membre a préalablement et sans préjudice de la procédure judiciaire, y compris la procédure préliminaire et les actes accomplis dans le cadre d'une enquête pénale :

- demandé à l'État membre visé au paragraphe 1 de prendre des mesures et ce dernier n'en a pas pris ou elles n'ont pas été suffisantes,
- notifié à la Commission et à l'État membre visé au paragraphe 1 son intention de prendre de telles mesures. »

Ainsi, les États membres doivent garantir aux prestataires de la société de l'information la liberté énoncée à l'article 3(2) précité. Ce n'est que s'ils respectent les conditions posées par l'article 3(4) qu'ils peuvent y déroger.

**Or, en l'espèce**, les hébergeurs sont des prestataires de la société de l'information. Et les obligations auxquelles ils sont soumis au titre de l'article 6, II, de la LCEN sont des mesures que les États ne peuvent adopter qu'en respectant les conditions énoncées à l'article 3(4) de la directive 2000/31/CE.

**En conséquence**, l'article 6, II, de la LCEN impose aux hébergeurs des mesures exorbitantes du « domaine coordonné » couvertes par l'article 3(4) de la directive 2000/31/CE et ressortant bien du champ d'application du droit de l'Union.

Par conséquent, il résulte de chacun de ces points que les dispositions litigieuses entrent directement dans le champ d'application du droit de l'Union.

## 2. Exception prévue par le droit de l'Union

Le fait que les dispositions législatives et réglementaires contestées résultent d'une exception ou d'une dérogation prévues par le droit de l'Union ne saurait les soustraire à l'impératif de respecter les droits fondamentaux garantis par la Charte, et ce, y compris lorsqu'elles sont motivées par des raisons impérieuses d'intérêt général.

À cet égard, **en droit**, la jurisprudence la plus récente de la Cour de justice de l'Union européenne est sans aucune ambiguïté :

« lorsqu'il s'avère qu'une réglementation nationale est de nature à entraver l'exercice de l'une ou de plusieurs libertés fondamentales garanties par le traité, elle ne peut bénéficier des exceptions prévues par le droit de l'Union pour justifier cette entrave que dans la mesure où cela est conforme aux droits fondamentaux dont la Cour assure le respect. Cette obligation de conformité aux droits fondamentaux relève à l'évidence du champ d'application du droit de l'Union et, en conséquence, de celui de la Charte. **L'emploi, par un État membre, d'exceptions prévues par le droit de l'Union pour justifier une entrave à une liberté fondamentale** garantie par le traité doit, dès lors, être considéré, ainsi que Mme l'avocat général l'a relevé au point 46 de ses conclusions, comme « **mettant en œuvre le droit de l'Union** », au sens de l'article 51, paragraphe 1, de la Charte. »

(CJUE, 3<sup>e</sup> ch., 30 avr. 2014, *Pfleger*, C-390/12, §36 ; voir également en ce sens, CJUE, 18 juin 1991, *ERT*, C-260/89, §43)

**En l'espèce**, tel qu'exposé plus tôt, l'article L. 34-1, III et s. du CPCE résulte de l'emploi, par un État membre [la France], d'exceptions prévues

par le droit de l'Union [l'article 15 de la directive 2002/58/CE] pour justifier une entrave à une liberté fondamentale garantie par le traité. En l'occurrence, cette liberté est explicitement visée par la directive comme étant la protection des données à caractère personnel, protégée à l'article 8 de la Charte.

De même, l'article 6, II, de la LCEN résulte nécessairement du recours par la France à l'une des exceptions prévues par l'article 3(4) de la directive 2000/31/CE pour justifier l'imposition d'obligations supplémentaires aux prestataires de services de la société de l'information que sont les hébergeurs.

**En conséquence**, l'article L. 34-1, III et s., du CPCE ainsi que l'article 6, II, de la LCEN doivent « dès lors, être considéré[s] [...] comme mettant en œuvre le droit de l'Union, au sens de l'article 51, paragraphe 1, de la Charte ».

### 3. Application des droits fondamentaux garantis par la Charte

**En droit**, l'application du droit de l'Union implique l'application des droits fondamentaux garantis par les traités et notamment par la Charte. Ainsi que l'a jugé la grande chambre de la Cour de justice :

« Les droits fondamentaux garantis par la Charte devant, par conséquent, être respectés lorsqu'une réglementation nationale entre dans le champ d'application du droit de l'Union, **il ne saurait exister de cas de figure qui relèvent ainsi du droit de l'Union sans que lesdits droits fondamentaux trouvent à s'appliquer.** L'applicabilité du droit de l'Union implique celle des droits fondamentaux garantis par la Charte. »

(CJUE, g<sup>de</sup> ch., 26 févr. 2013, *Åklagaren*, C-617/10, § 21)

**En l'espèce**, les dispositions litigieuses relèvent et mettent en œuvre le droit de l'Union.

La seule circonstance que les dispositions réglementaires et législatives contestées soient motivées par la sauvegarde de la sécurité nationale ne saurait avoir pour conséquence de les soustraire au respect du droit de l'Union européenne, dès lors que ces mesures entrent dans le champ d'application du droit de l'Union et résultent même de sa mise en œuvre.

**En conséquence**, le fait que les dispositions réglementaires et législatives contestées relèvent de matières régies par le droit de l'Union implique que celles-ci respectent les droits fondamentaux reconnus par la Charte.

## 4. Obligation de renvoi préjudiciel

Toute autre appréciation révélerait nécessairement l'existence d'une difficulté réelle et sérieuse d'interprétation des stipulations des traités de l'Union européenne – parmi lesquels figure la Charte des droits fondamentaux – mais aussi des dispositions des actes de droit dérivé – dont en particulier les directives 95/46/CE du 24 octobre 1995 et 2002/58/CE du 12 juillet 2002.

Or, en application de l'article 267 du Traité sur l'Union européenne, et plus précisément de son alinéa 5 qui prévoit une obligation de renvoi préjudiciel pour les juridictions nationales qui, à l'instar du Conseil d'État, rendent des « décisions [qui] ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne », une telle situation exigerait nécessairement qu'une question préjudicielle soit adressée à la Cour de justice de l'Union européenne qui pourrait ainsi être libellée :

« Des dispositions nationales telles que les articles L. 34-1, III et s., du CPCE et 6, II, de la LCEN mettent-elles « en œuvre le droit de l'Union » au sens des stipulations de l'article 51, al. 1<sup>er</sup>, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne de sorte que les droits et libertés prévus notamment par les articles 7 et 8 de cette Charte lui sont opposables ?

« Corrélativement, l'arrêt *Digital Rights Ireland e.a.* (C-293/12 et C-594/12) doit-il être interprété en ce sens qu'il pose des exigences, au regard des articles 7 et 8 de la Charte, qui s'imposent à un régime national régissant la conservation des données relatives à des communications électroniques et l'accès à de telles données ? »

Une telle question rejoindrait celles posées à la Cour de justice par la Haute cour de justice britannique dans l'affaire *Davis* (C-698/15) après que la juridiction de première instance a considéré que les exigences dégagées par la Cour de justice dans l'arrêt *Digital Rights*<sup>2</sup> sont bien applicables aux régimes nationaux de conservation et d'accès des données de connexion.

Dans cette affaire, la Haute cour a aussi posé deux questions résumées comme suit par le président de la Cour de justice dans son ordonnance du 1<sup>er</sup> février 2016 :

« Par sa première question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'arrêt *Digital Rights Ireland e.a.* (C-293/12 et C-594/12, EU :C :2014 :238) doit être interprété en ce sens qu'il pose des exigences, au regard des articles 7 et 8 de la Charte, qui s'imposent à un régime national régissant la conservation des données relatives

---

2. CJUE, g<sup>de</sup> ch., 8 avr. 2014, *Digital Rights Ireland*, C-293/12, C-594/12

à des communications électroniques et l'accès à de telles données. Par sa seconde question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si les articles 7 et 8 de la Charte doivent être interprétés en ce sens que les exigences découlant de ces articles sont plus strictes que celles découlant de l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, tel qu'interprété respectivement par la Cour et la Cour européenne des droits de l'homme. »

(CJUE, Ordonnance du président de la Cour du 1<sup>er</sup> février 2016, *Davis*, point 6).

Par cette même ordonnance, le président de la Cour de justice procède tout d'abord à la jonction de l'affaire *Davis* avec une affaire *Tele2* (C-203/15), dans laquelle la juridiction de renvoi interroge la Cour de justice « au sujet de la conformité avec l'article 15, paragraphe 1, de la directive 2002/58 ainsi que les articles 7, 8 et 52, paragraphe 1, de la Charte d'une législation suédoise prévoyant la conservation des données relatives aux communications électroniques » (point 9).

Ensuite, le président de la Cour de justice décide que la procédure accélérée doit être appliquée aux deux affaires compte tenu notamment de l'ingérence grave que les législations nationales en cause sont susceptibles de comporter (point 10).

Alors que dans une affaire précédente (arrêt du 12 février 2016, n° 388134) le Conseil d'État n'a pas abordé la question de l'applicabilité de la Charte sur une question connexe, il lui incombe désormais soit d'y répondre dans le sens que lui imposent les arrêts les plus récents de la Cour de justice, soit de poser la question préjudicielle évoquée ci-dessus.

**Par ces motifs**, et tous autres à produire, déduire, suppléer, au besoin même d'office, les associations exposantes persistent dans les conclusions de leurs précédentes écritures, avec toutes conséquences de droit.

Le 17 mai 2016 à Paris,

Pour l'association  
**French Data Network**,  
pour l'association  
**La Quadrature du Net**,  
et pour la  
**Fédération des fournisseurs d'accès à Internet associatif**,  
le mandataire unique,  
Benjamin BAYART

## TABLE DES JURISPRUDENCES

CJUE, 18 juin 1991, *Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE et Panellinia Omospondia Syllogon Prossopikou contre Dimotiki Etairia Pliroforissis et Sotirios Kouvelas et Nicolaos Avdellas et autres.*, C-260/89

CJUE, g<sup>de</sup> ch., 26 févr. 2013, *Åklagaren contre Hans Åkerberg Fransson*, C-617/10

CJUE, g<sup>de</sup> ch., 8 avr. 2014, *Digital Rights Ireland Ltd contre Minister for Communications, Marine and Natural Resources et autres et Kärntner Landesregierung et autres*, C-293/12, C-594/12

CJUE, 3<sup>e</sup> ch., 30 avr. 2014, *Pfleger et autres*, C-390/12