

Décision n° 2010-45 QPC – 6 octobre 2010

M. Mathieu P.

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 9 juillet 2010 par le Conseil d'État d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) posée à l'occasion d'une requête en annulation dirigée contre l'arrêté du ministre de l'industrie du 19 février 2010 ayant désigné l'office d'enregistrement chargé d'attribuer et de gérer les noms de domaine de l'internet en terminaison « .fr ». Cette question était relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de l'article L. 45 du code des postes et des communications électroniques (CPCE).

Dans sa décision n° 2010-45 QPC du 6 octobre 2010, le Conseil constitutionnel a censuré la disposition contestée au motif que le législateur a méconnu sa propre compétence, cette incompétence négative affectant la liberté d'expression ainsi que la liberté d'entreprendre, toutes deux garanties par la Constitution.

I. – La disposition contestée

L'article L. 45 du CPCE trouve son origine dans l'article 24 de la loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle et n'a pas été modifié postérieurement à son adoption. Si cette loi a bien été soumise au Conseil constitutionnel¹, celui-ci ne s'est prononcé sur la conformité à la Constitution de cette disposition ni dans les motifs de sa décision ni dans son dispositif.

La question de constitutionnalité posée concerne l'attribution et la gestion des noms de domaine sur internet utilisant la terminaison géographique « .fr ». Le nom de domaine constitue l'adresse d'un site internet. Il est donc un élément central de la « toile ». Techniquement, il consiste dans « *une chaîne de caractère structurée, permettant la localisation et l'accès à un site internet, en évitant le recours à l'adresse IP (Internet Protocol) de celui-ci* »². L'adresse IP est formée d'une suite de chiffres qui identifie un ordinateur connecté au réseau ; le nom de domaine permet d'accéder très simplement au site internet qui est hébergé par

¹ Décision n° 2004-497 DC du 1^{er} juillet 2004.

² F. Sardain, « Noms de domaine », *Jurisclasseur Communication*, fasc. 4660, avril 2009, n° 4.

l'ordinateur en cause, sans avoir recours à son adresse IP (ex. : « conseil-constitutionnel.fr » au lieu de « 62.23.169.161 »).

L'Association française pour le nommage internet en coopération (AFNIC, créée en 1998) avait reçu mandat de l'État pour la gestion administrative et technique ainsi que pour l'établissement des noms de domaine pour les extensions géographiques correspondant au territoire national (« .fr »). Par la loi précitée du 9 juillet 2004, le législateur a entendu consacrer ce mode de gestion en prévoyant, à l'article L. 45 du CPCE, que « *le ministre chargé des communications électroniques désigne, après consultation publique, les organismes chargés d'attribuer et de gérer les noms de domaine* » en « .fr ». En application du même article, ont été adoptés, d'une part, le décret n° 2007-162 du 6 février 2007 relatif à l'attribution et à la gestion des noms de domaine de l'internet et modifiant le code des postes et des communications électroniques (articles R. 20-44-34 à R. 20-44-51) et, d'autre part, l'arrêté du 19 février 2010 portant désignation de l'AFNIC comme organisme d'attribution et de gestion des noms de domaine en « .fr ». C'est cet arrêté qui a fait l'objet devant le Conseil d'État d'un recours à l'occasion duquel été posée la présente QPC.

Outre les dispositions de l'article L. 45 relatives aux règles de désignation des offices d'enregistrement, il est prévu par ce texte que « *l'attribution d'un nom de domaine est assurée par ces organismes dans l'intérêt général, selon des règles non discriminatoires rendues publiques et qui veillent au respect, par le demandeur, des droits de la propriété intellectuelle* » (alinéa 2 du paragraphe I) ; par ailleurs, « *un décret en Conseil d'État précise en tant que de besoin les conditions d'application du présent article* » (alinéa 6 du même paragraphe).

Tel est l'objet du décret précité du 6 février 2007 qui, sur de nombreux points, opère une « sous-délégation » au profit du ministre chargé des communications électroniques, qui, dans l'annexe de l'arrêté portant désignation d'un office d'enregistrement, peut fixer des prescriptions s'imposant à celui-ci. La convention conclue ensuite entre l'État et l'office d'enregistrement édicte encore certaines règles en matière d'attribution et de gestion des noms de domaine, de même, tout au bout de cette chaîne, que la « *Charte du nommage* » adoptée par l'office d'enregistrement lui-même³.

³ *Charte du nommage du « .fr »* publiée par l'AFNIC, en vigueur à compter du 16 mars 2010.

II. – La non-conformité à la Constitution

Le requérant faisait grief à l'article L. 45 du CPCE de laisser à l'autorité administrative et aux offices d'enregistrement désignés une latitude excessive pour fixer les règles d'attribution et de gestion des noms de domaine. Il reprochait donc au législateur d'avoir méconnu l'étendue de sa propre compétence.

Selon la décision du Conseil constitutionnel n° 2010-5 QPC du 18 juin 2010, *SNC Kimberly Clark*, « la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence ne peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité que dans le cas où est affecté un droit ou une liberté que la Constitution garantit » (cons. 3). Pour la première fois, dans sa décision n° 2010-33 QPC du 22 septembre 2010, *Société Esso SAF*, le Conseil constitutionnel, faisant application de cette jurisprudence, a jugé contraire aux droits et libertés que la Constitution garantit une incompétence négative qui affectait le droit de propriété. C'est la même logique que reprend la présente décision.

Pour que le Conseil constitutionnel censure une disposition pour incompétence négative, deux conditions doivent donc être réunies.

D'une part, le législateur n'a pas pleinement exercé la compétence que lui attribue la Constitution. Il a donc laissé aux autorités administratives ou judiciaires le soin de définir des règles qui, en vertu de la Constitution, relèvent de la loi.

D'autre part, un droit ou une liberté que la Constitution garantit est affecté par cette incompétence négative.

Qu'une de ces deux conditions manque et la déclaration d'inconstitutionnalité ne peut être encourue.

L'argumentation du requérant était notamment fondée sur le rattachement des noms de domaine au droit de propriété. Le requérant entendait faire juger par le Conseil constitutionnel que le droit sur un nom de domaine est assimilable au droit de propriété. Le Conseil n'a pas estimé nécessaire, pour apprécier la constitutionnalité de la disposition déferée, de trancher cette question

d'interprétation qui divise la doctrine entre les opposants⁴ et les partisans⁵ de l'assimilation.

Le Conseil a estimé que l'encadrement, tant pour les particuliers que pour les entreprises, du choix et de l'usage des noms de domaine sur internet affecte les droits de la propriété intellectuelle, la liberté de communication et la liberté d'entreprendre et qu'en l'espèce, le législateur avait méconnu l'étendue de sa compétence quant à la détermination des principes fondamentaux des obligations civiles et commerciales.

A. – Les droits et libertés affectés par la disposition en cause

Le Conseil a estimé qu'étaient en cause les droits de la propriété intellectuelle, la liberté d'expression et de communication et la liberté d'entreprendre.

- S'agissant des droits de la propriété intellectuelle, leur rattachement à la protection constitutionnelle des articles 2 et 17 de la Déclaration de 1789 s'est fait en deux temps. Le Conseil a d'abord reconnu la protection la propriété industrielle et commerciale, en 1991, définie comme : « *le droit, pour le propriétaire d'une marque de fabrique, de commerce ou de service, d'utiliser celle-ci et de la protéger dans le cadre défini par la loi et les engagements internationaux de la France* »⁶ ; le Conseil a ainsi contrôlé, à l'aune de la protection constitutionnelle du droit de propriété, des mesures qui soit limitaient l'usage de la marque par son propriétaire (restriction de la publicité pour les produits du tabac), soit, au contraire, autorisaient des concurrents à citer la marque d'autrui dans une publicité comparative.

Dans un second temps, le Conseil a consacré l'extension de cette protection constitutionnelle aux droits de la propriété culturelle. Ainsi, depuis sa décision du 27 juillet 2006 sur la loi « DADVSI », le Conseil juge que les droits de la propriété intellectuelle, « *et notamment le droit d'auteur et les droits voisins* » figurent au nombre des « *domaines nouveaux* » du champ d'application qu'ont

⁴ Voir notamment G. Loiseau, « Nom de domaine et Internet : turbulences autour d'un nouveau signe distinctif », *D.* 1999, p. 245 ; « Protection et propriété des noms de domaine », *D.* 2001, p. 1379 ; Ch. Caron, « À la recherche de la nature juridique du nom de domaine », *CCE* 2001, comm. n° 60 ; J. Larrieu, *Droit de l'internet*, Ellipses, 2005, p. 33 ; A. Mendoza, *Les noms de l'entreprise*, PUAM, 2003, n° 158.

⁵ Voir notamment A. Lucas, J. Devèze et J. Frayssinet, *Droit de l'informatique et de l'internet*, Puf, 2001, n° 638 ; J.-C. Galloux, *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, 2003, n° 1379 ; C. Féral-Schuhl, *Cyberdroit*, Dalloz, 2000, p. 220 ; F. Sardain, fasc. préc., n° 92 et s.

⁶ Décision n° 90-283 DC du 8 janvier 1991, cons. 7 et n° 91-303 DC du 15 janvier 1992, cons. 9.

connu, depuis 1789, les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété⁷. Enfin, par une motivation proche de celle adoptée dans les deux décisions précitées de janvier 1991 et janvier 1992, dans sa décision « HADOPI 1 » du 10 juin 2009, le Conseil a précisé la portée de la protection constitutionnelle des droits d'auteur, compris comme *« le droit, pour les titulaires du droit d'auteur et de droits voisins, de jouir de leurs droits de propriété intellectuelle et de les protéger dans le cadre défini par la loi et les engagements internationaux de la France »*⁸.

Dans la motivation de sa décision du 6 octobre 2010, le Conseil constitutionnel n'a pas développé de nouveau le cheminement qui conduit des articles 2 et 17 de la Déclaration de 1789 jusqu'à la protection des droits de la propriété intellectuelle. Il a seulement relevé que l'encadrement du choix et de l'usage des noms de domaine affecte les droits de la propriété intellectuelle. Toutefois, en l'espèce, le législateur n'avait pas méconnu l'étendue de sa compétence. Par une incise, certes laconique, l'article L. 45 du CPCE impose en effet que les règles d'attribution des noms de domaines veillent au respect par le demandeur des droits de la propriété intellectuelle.

- Dans sa décision « HADOPI 1 » précitée⁹, le Conseil a consacré une valeur forte au droit d'accéder à l'internet comme un droit attaché à l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 en jugeant *« qu'en l'état actuel des moyens de communication et eu égard au développement généralisé des services de communication au public en ligne ainsi qu'à l'importance prise par ces services pour la participation à la vie démocratique et l'expression des idées et des opinions, ce droit implique la liberté d'accéder à ces services »*.

S'inspirant de cette rédaction¹⁰, le Conseil constitutionnel juge, dans sa décision du 6 octobre 2010, *« qu'en l'état actuel des moyens de communication et eu égard au développement généralisé des services de communication au public en ligne ainsi qu'à l'importance prise par ces services dans la vie économique et sociale, notamment pour ceux qui exercent leur activité en ligne, l'encadrement, tant pour les particuliers que pour les entreprises, du choix et de l'usage des*

⁷ Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, cons. 15.

⁸ Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, cons. 13.

⁹ Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, *précitée*, cons. 12.

¹⁰ Voir cons. 12.

noms de domaine sur internet affecte la liberté de communication et la liberté d'entreprendre » (cons. 5).

La référence à la liberté d'entreprendre, qui découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789, vient ainsi s'ajouter à la liberté de communication déjà invoquée en 2009. Outre qu'il peut être en lui-même vecteur d'opinions et permet en tout état de cause un accès aisé à celles-ci, comme le soutenait le requérant, le nom de domaine présente aussi une importante valeur économique et, surtout, son attribution et sa conservation peuvent être déterminantes pour l'exercice d'une activité économique, ce qui conduit par exemple certaines entreprises à payer des sommes très importantes pour racheter un nom.

La proximité rédactionnelle entre la décision du 10 juin 2009 et la décision du 6 octobre 2010 ne doit pas conduire à confondre les normes constitutionnelles consacrées dans l'une et l'autre de ces décisions.

– En juin 2009, le Conseil a reconnu la protection constitutionnelle de la liberté d'accéder à internet. Il a ainsi posé une norme constitutionnelle matérielle dont l'effet est de limiter la compétence du législateur quant à l'adoption de mesures ayant pour effet de restreindre la liberté d'accéder à internet.

– En octobre 2010, le Conseil a rappelé la compétence du législateur et l'obligation de fixer lui-même certains principes fondamentaux qui encadrent le droit du nom de domaine. Il a affirmé une réserve de compétence du législateur mais n'a pas reconnu un droit constitutionnel au libre choix de son nom de domaine pour créer son site internet.

B. – L'incompétence négative

Dans sa décision du 6 octobre 2010, le Conseil a constaté que le législateur avait méconnu l'étendue de sa compétence au regard des dispositions de l'article 34 de la Constitution qui prévoient que la loi de déterminer « *les principes fondamentaux... des obligations civiles et commerciales* ». Les décisions relatives au partage entre le domaine de la loi et le domaine du règlement en matière d'obligation civiles et commerciales sont peu nombreuses et n'ont pas donné lieu à la formulation de considérants de principe. Il s'en évince cependant que, dès lors que l'existence des obligations civiles et commerciales est en cause, les dispositions relèvent du domaine de la loi. Il en va ainsi lorsque les

dispositions touchent au principe de la responsabilité¹¹ ou à l'extinction des créances¹².

C'est ainsi que, dans sa décision du 6 octobre 2010, le Conseil a précisé que « *ressortissent en particulier aux principes fondamentaux de ces obligations civiles et commerciales les dispositions qui mettent en cause leur existence même* » (cons. 4).

Or, en l'espèce, le Conseil a relevé que le législateur, « *a entièrement délégué le pouvoir d'encadrer les conditions dans lesquelles les noms de domaine sont attribués ou peuvent être renouvelés, refusés ou retirés* », sous la seule réserve de la protection des droits de la propriété intellectuelle (cons. 6).

Ainsi, pour les terminaisons en « *.fr* », les critères d'éligibilité à l'attribution du nom de domaine ne résultent par exemple que de l'article 2 de l'annexe de l'arrêté du 19 février 2010. De même, le principe d'une liste de noms interdits est prévu à son article 3, la liste elle-même étant fixée par le conseil d'administration de l'AFNIC, *etc.* S'il n'est certes pas possible que le législateur édicte l'intégralité d'une telle réglementation, la loi devrait néanmoins fixer un certain nombre de principes fondamentaux en matière d'attribution et de gestion des noms de domaine. Le nom de domaine, en effet, n'est pas simplement l'équivalent d'une suite de chiffre désignant l'adresse IP d'un ordinateur assimilable à une fréquence hertzienne ou à un numéro de téléphone. La vie économique et sociale souligne tous les jours combien les noms de domaines sur internet sont beaucoup plus que cela.

La comparaison avec les règles fixées par l'Union européenne pour l'attribution des noms de domaines en « *.eu* » permet de mesurer dans quelles proportions le législateur français a abandonné sa compétence, en la matière, au ministère des finances et à l'organisme chargé d'attribuer les noms de domaines en « *.fr* »,

¹¹ Décisions n° 92-171 L du 17 décembre 1992, *nature juridique de dispositions de la loi n° 65-491 du 29 juin 1965 modifiée codifiées sous les articles L 111-4 à L 111-9 du code des ports maritimes*, cons. 1 et 2 et n° 85-142 L du 13 novembre 1985, *Nature juridique de dispositions contenues dans des textes relatifs à la sécurité sociale*, cons. 14.

¹² Décision n° 85-142 L du 13 novembre 1985, *Nature juridique de dispositions contenues dans des textes relatifs à la sécurité sociale*, cons. 5.

l'Union européenne s'étant dotée, d'une part, d'un règlement du Conseil¹³ et, d'autre part, d'un règlement de la Commission¹⁴.

L'article 34 de la Constitution ne peut, désormais, se satisfaire du laconisme de l'article L. 45 du CPCE. Cela méconnaît l'importance que revêt internet dans la vie économique et sociale et la place déterminante qu'y joue l'attribution des noms de domaines.

Il appartient donc au législateur de se saisir de cette question et de fixer certains principes généraux en matière de noms de domaine, pour ne plus laisser à d'autres autorités, voire à la pratique, le soin de définir les conditions dans lesquelles s'exercent la liberté de communication et la liberté d'entreprendre sur internet. À cet égard, le Conseil constitutionnel énumère spécialement les règles relatives à l'attribution des noms de domaine, à leur renouvellement, à leur refus ainsi qu'à leur retrait.

III. – Les effets dans le temps de la décision

Comme il a déjà eu l'occasion de le faire dans de précédentes décisions, notamment en matière de QPC¹⁵, le Conseil constitutionnel a décidé de reporter dans le temps les effets de sa déclaration d'inconstitutionnalité. Il estime en effet « *qu'eu égard au nombre de noms de domaine qui ont été attribués en application des dispositions de l'article L. 45 du code des postes et des communications électroniques, l'abrogation immédiate de cet article aurait, pour la sécurité juridique, des conséquences manifestement excessives* » (cons. 7). Le législateur dispose ainsi d'un délai courant jusqu'au 1^{er} juillet 2011 pour « *procéder à la correction de l'incompétence négative constatée* ». Par cette décision, le Conseil a manifesté la tendance de sa jurisprudence à reconnaître une place croissante à la sécurité juridique.

¹³ Règlement CE du Parlement et du Conseil n°733/2002 du 22 avril 2002 concernant la mise en œuvre du domaine de premier niveau en *.eu*

¹⁴ Règlement CE de la Commission n°874/2004 du 28 avril 2004 établissant les règles de politique d'intérêt général relatives à la mise en œuvre et aux fonctions du domaine de premier niveau *.eu* et les principes applicables en matière d'enregistrement.

¹⁵ Voir décision n° 2010-1 QPC du 28 mai 2010, *Consorts L.* (cristallisation des pensions), cons. 12 ; décision n° 14/22 QPC du 30 juillet 2010, *M. Daniel W. et autres* (garde à vue), cons. 30.

On observera que la première décision dans laquelle le Conseil constitutionnel a reporté dans le temps l'effet d'une censure concernait également une question d'incompétence négative¹⁶.

Le Conseil constitutionnel ajoute, d'une part, que les actes réglementaires pris sur le fondement de la disposition en cause (décret précité du 6 février 2007 et arrêté précité du 19 février 2010) « *ne sont privés de base légale qu'à compter de cette date* » et, d'autre part, « *que les autres actes passés avant cette date en application des mêmes dispositions ne peuvent être contestés sur le fondement de cette inconstitutionnalité* ». Il en va spécialement ainsi pour les décisions qui ont été prises et qui seront prises jusqu'au 1^{er} juillet 2010 par les offices d'enregistrement en matière de retrait ou de refus d'attribution ou de renouvellement d'un nom de domaine.

¹⁶ Décision n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, cons. 58.