

**« MIEUX LÉGIFÉRER »
L'EXEMPLE DES NOUVELLES TECHNOLOGIES DE L'INFORMATION**

Jean-Claude BONICHOT¹

Résumé

Cette communication vise à déterminer les difficultés auxquelles le juge est confronté dans le domaine des nouvelles technologies de l'information ainsi que les solutions qu'il peut apporter. Il s'agit également de s'interroger sur la contribution du juge à l'amélioration de la qualité du droit de l'Union européenne.

Abstract

This paper aims at determining the difficulties with which the judge is confronted in the field of the new information technologies as well as the solutions which he can bring. The question is also about the contribution of the judge to the quality of European law.

On ne peut manquer de relever l'actualité du sujet retenu par le Centre d'Études et de Recherches Internationales et Communautaires (CERIC) de l'Université d'Aix-Marseille. En effet, le Conseil d'État, mon corps d'origine, vient de consacrer son étude annuelle 2016 au thème « simplification et qualité du droit »², après ses rapports de 1991 et 2006 consacrés à la sécurité juridique et à la complexité du droit³. Il s'était penché, en 2013, sur le « droit souple »⁴, idée prémonitoire puisqu'il y a juste quelques mois l'assemblée, puis la section du contentieux, ont défini son nouveau statut contentieux en faisant preuve d'un réalisme qu'on ne peut que saluer. En effet, le Conseil d'État a considéré que « les avis, recommandations, mises en garde et prises de position adoptés par les autorités de régulation dans l'exercice des missions dont elles sont investies » peuvent être attaqués pour excès de pouvoir lorsqu'ils ont des effets juridiques certains⁵. Il s'agit, en effet, de droit, et d'un

¹ Juge à la Cour de justice de l'Union européenne.

² Étude annuelle 2016 du Conseil d'État, *Simplification et qualité du droit*, La documentation Française, 2016, 256 p.

³ *De la sécurité juridique*, Études et documents du Conseil d'État, 1991 ; *Sécurité juridique et complexité du droit*, Études et documents du Conseil d'État, 2006.

⁴ *Le droit souple*, Étude annuelle 2013.

⁵ CE ass. 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GmbH et autres, et Société Numéricable*, *AJDA*, 2016, p. 717, chron. ; L. DUTHELLET DE LAMOTHE ET G. ODINET, *RFDA*, 2016, p. 497, conclusions S. VON COESTER et p. 506, conclusions V. DAUMAS ; CE sect. 13 juillet 2016, *Société GDF Suez*, *AJDA*, 2016, p. 2119, note F. MELLERAY.

droit très important en pratique et qui doit être contrôlé. Cela n'est pas sans rappeler la jurisprudence fort pragmatique de la Cour de justice tant pour ce qui concerne le recours en annulation que le renvoi préjudiciel⁶.

Comment se situe le juge par rapport à cet impératif de mieux légiférer ? Le juge n'est pas le législateur. Mais son rôle ne se limite pas à la seule application du droit ; il contribue de manière décisive à sa création. Il est aussi fort bien placé pour constater les insuffisances de la législation, ses lacunes éventuelles et même parfois ses contradictions. Il est au centre des questions de cohérence législative : il doit souvent se demander si tel concept (ou simplement définition) qui figure dans telle partie de la législation doit recevoir le même contenu dans une autre.

Cette question peut se poser pour de nombreuses notions, ou termes, ou expressions. Deux exemples : la notion majeure d' « établissement » doit-elle recevoir le même contenu en matière fiscale et dans celle des nouvelles technologies de l'information (NTI) ou encore en droit du travail ? Ou au contraire faut-il raisonner seulement à l'intérieur de l'une ou l'autre matière en fonction de ses caractéristiques propres, de sa logique à elle ? Dans un même domaine comme celui des NTI faut-il toujours donner le même sens à l'expression « communication au public » qui est utilisée dans différentes directives ?

Le domaine des technologies de l'information est un champ d'étude intéressant du point de vue de la légistique. D'abord parce que c'est un domaine d'une importance considérable dans le monde d'aujourd'hui. Ensuite parce que c'est un domaine techniquement compliqué et difficile. En troisième lieu car il est transversal : j'étais intervenu ici même il y a un an et j'avais tenté de montrer que les technologies de l'information concernent aussi bien la protection des données personnelles que le commerce électronique (et donc la protection des consommateurs), la propriété intellectuelle et la procédure civile ou pénale⁷. Enfin parce qu'il est extrêmement évolutif. La question se pose donc de savoir comment appliquer des textes adoptés il y a quelques années alors que le contexte social comme technique peut avoir changé.

Je vais me placer délibérément du côté du juge : quelles sont les difficultés auxquelles il est confronté ? Comment s'en sort-il ? Quelle peut être sa contribution à l'amélioration de la qualité du droit ?

1) Commençons par constater qu'aussi parfaite soit-elle, une législation ne peut ni tout prévoir ni tout régler.

Elle ne le doit d'ailleurs pas. Une législation doit trouver un équilibre entre précision et souplesse. C'est la condition absolue de son applicabilité et de sa longévité. La manière dont a été écrit le code civil français en est un excellent exemple et gageons que les textes qui l'ont modifié sur des questions

⁶ E. VON BARDELEBEN, F. DONNAT, D SIRITZKY, *La Cour de justice et le droit du contentieux européen*, La Documentation française, 2012, p. 170 et 218.

⁷ On en retrouve les grandes lignes dans mon article : « La Cour de justice de l'Union européenne et les nouvelles technologies de l'information : vers une Cour 2.0 ? », *Les Petites Affiches*, 15.03.2016, n° 53 p. 8.

essentielles ne dureront pas aussi longtemps... Pour ce qui est du droit de l'Union, il est impératif de tenir compte du système particulier dans lequel il est élaboré⁸. Je ne vais pas insister sur cet aspect qui est abordé par ailleurs, mais il faut garder cela à l'esprit.

Contrairement à ce qui est souvent dit et répété dans un contexte, il est vrai, assez antieuropéen, la législation de l'Union européenne est dans son ensemble une bonne législation. Elle n'a sans doute pas grand-chose à envier à la législation française, si ce n'est les conditions dans lesquelles elle est mise à la disposition du public⁹.

En premier lieu, c'est une législation généralement rédigée de manière correcte, qu'il s'agisse des directives, des règlements ou des autres actes obligatoires ou pas.

Le Traité exige que les actes des institutions soient motivés. Cette obligation concerne aussi bien les actes généraux que les actes individuels.

Les actes législatifs et autres que nous avons à appliquer comportent un préambule, le plus souvent très détaillé. Il retrace en général l'histoire de la législation en cause et explicite le sens des différentes dispositions du texte. La plupart du temps figure au début du texte la définition des termes employés.

Les préambules sont très largement utilisés par la Cour de justice pour l'interprétation des textes. À cet effet ils sont largement cités dans les arrêts.

Dans certains domaines, le contenu de l'acte peut être inévitablement technique. Mais c'est une véritable utopie de croire que l'on peut mettre tous les textes juridiques à la portée du plus grand nombre. De ce point de vue, il n'y a pas de différence avec les législations nationales, notamment française. Vouloir à toute fin rédiger des textes juridiques dans le langage commun aboutit le plus souvent à des rédactions longues et absconses, ce qui ne veut pas dire qu'il faille systématiquement se complaire dans les termes de la technique juridique. Il faut seulement écrire le plus simplement possible.

En deuxième lieu, la législation communautaire se caractérise par une assez grande stabilité, contrairement, par exemple, à la législation française. Ce défaut de la législation française est d'ailleurs pointé une fois de plus par le Conseil d'État. Il est rare en droit de l'Union qu'une directive soit abrogée avant même d'être entrée en vigueur ; c'est un peu moins rare en France...

Cette stabilité tient en grande partie à la longueur du processus législatif, elle-même due à sa complexité et à la difficulté corrélative de modifier la législation.

⁸ G. TUTS, « Améliorer la qualité rédactionnelle : une approche lucide et enthousiaste », *A Man for all Treaties, Liber amicorum en l'honneur de Jean-Claude PIRIS*, Bruylant 2012, p. 565.

⁹ Il est regrettable que l'on n'explique pas mieux à nos concitoyens que les fameuses « règles européennes » que l'on trouve si excessives remplacent en réalité, dans chaque domaine, par une règle commune les 28 règles qui autrement, de toute façon, existeraient et divergeraient. C'est donc une simplification majeure que réalise mécaniquement la législation européenne !

Il est procédé périodiquement à une « codification » des textes qui ont fait l'objet de nombreuses modifications. Cette « codification » qui est, en réalité, une consolidation n'a pas grand-chose à voir avec la codification française qui est, il est vrai, un processus dont notre pays a l'habitude, qui est bien rôdé et donne de très remarquables résultats. On en a un excellent exemple avec le code des relations entre le public et l'administration¹⁰.

La codification communautaire a souvent pour objet d'incorporer au texte la jurisprudence à laquelle il a donné lieu. Le règlement 1408/71¹¹, sur la sécurité sociale et est un exemple.

On peut, en revanche, regretter les conditions de mise à disposition de la législation communautaire qui me semble moins accessible que la législation française qui bénéficie avec Légifrance, d'un instrument incomparable.

Il est vrai que la jurisprudence joue, comme partout, un rôle important, mais il n'y a là rien que de très normal.

Il ne faut donc pas considérer que lorsque le juge doit intervenir, c'est que la loi est mal faite.

À titre d'illustration je prendrai deux exemples dans la jurisprudence de ces derniers mois.

La Cour de justice a eu à s'interroger une nouvelle fois sur la notion de « communication au public » dans le cadre de la protection du droit d'auteur dans le contexte d'Internet. Le droit de l'Union, et en particulier la directive sur le droit d'auteur dans la société de l'information¹², prévoient le droit exclusif de l'auteur de permettre la communication au public de leurs œuvres. Comment appliquer ce principe sur Internet ?

Dans une affaire récente, *GS Media*, jugée le 8 septembre 2016¹³, était posée la question des liens hypertextes. *GS Media* exploite un site internet très consulté, sur lequel on trouve « des nouveautés, révélations scandaleuses et enquêtes journalistiques sur des sujets amusants et sur un ton de joyeuse plaisanterie ». La plaisanterie n'a pas plu à tout le monde car le site a diffusé des photos destinées à la revue « *Playboy* » de « *Madame Dekker nue* ». La société a refusé de les retirer malgré les mises en demeure de l'éditeur de *Playboy*. La Cour d'appel d'Amsterdam a demandé à la Cour de justice si un site internet qui reçoit un message contenant un lien hypertexte vers un site qui met à disposition une œuvre protégée dont la communication n'a pas été autorisée doit être regardé comme la communiquant au public. Si la réponse est positive il est possible de s'en prendre à lui pour faire cesser la violation des droits et pour réparer le préjudice.

¹⁰ Le Premier ministre préside la commission supérieure de codification, dont le vice-président est traditionnellement un membre du Conseil d'État, actuellement le président Labetoulle qui a succédé au président Braibant. V. B. STIRN ET Y. AGUILA, *Droit public français et européen*, Dalloz 2014, p. 200 et s. Sur le code des relations entre le public et l'administration : D. LABETOULLE, « Le code des relations entre le public et l'administration, Avant-propos », *RFDA*, 2016-1 et C. BARROIS ET M. VIALETES, « La fabrique d'un code ».

¹¹ Aujourd'hui remplacé par le règlement 884/2004.

¹² Directive 2001/29.

¹³ CJUE, 8 septembre 2016, *GS Media*, aff. C-160/15.

La Cour commence par rappeler que la directive ne donne pas d'autre précision sur la notion de « communication au public », mais elle rappelle que le but est une protection élevée des auteurs et que donc la notion doit être largement conçue. Elle se réfère même à sa jurisprudence sur cette notion pour l'application d'une autre directive, celle sur le droit de location et de prêt dans le domaine de la propriété intellectuelle¹⁴ car la notion y a la même portée. Elle rappelle les différents critères qu'elle a déjà utilisés et elle précise sa position par rapport à un autre arrêt dans lequel elle avait considéré que le placement de liens hypertextes ne constituait pas une communication au public. En effet, dans cet arrêt le lien renvoyait vers des œuvres librement disponibles sur Internet, ce qui n'était pas le cas des photos en cause¹⁵. Ensuite, elle examine la question sous l'angle des droits fondamentaux : liberté d'expression et liberté d'entreprise. Cela l'amène à distinguer selon que celui qui place le lien le fait pour des motifs lucratifs ou non : celui qui le fait dans le cadre d'une activité lucrative est présumé savoir que l'œuvre était protégée, présomption qui est réfragable.

Il en résulte que dans le cas d'espèce GS Media doit sans doute être regardé comme ayant communiqué les photos au public au sens de la directive, ce qu'il appartient toutefois à la Cour d'Amsterdam de vérifier.

Dans un autre arrêt récent, la Cour a confirmé sa jurisprudence sur la communication au public dans le cadre d'activités économiques comme les hôtels, restaurants ou établissements thermaux : en mettant à la disposition de ses clients des émissions de télévision, un établissement de traitements postopératoires les communique au public, ce qui a pour conséquence que l'organisme de gestion collective des droits d'auteur peut lui réclamer le paiement de redevances¹⁶.

Dans un domaine très différent, celui du fameux « doit à l'oubli » sur Internet, l'Avocat général Yves Bot a récemment conclu sur les suites à donner à l'arrêt *Google Spain* pour ce qui est des sociétés commerciales. Il a proposé à la Cour de justice de dire que ce droit n'existe pas pour les données inscrites au registre des sociétés¹⁷. La Cour de justice l'a suivi par un arrêt du 9 mars 2017. Certes, il s'agit de données personnelles, mais l'accès prévu par la législation communautaire vise à assurer la sécurité des tiers et cet objectif justifie que ces données soient accessibles même après que la société a cessé ses activités. Ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles que des « raisons prépondérantes et légitimes » qu'il faudrait apprécier au cas par cas et compte tenu de temps écoulé depuis la cessation des activités, pourraient venir, sous le contrôle du juge, limiter l'accès des tiers à ces données.

J'ai pris ces deux exemples pour montrer que, quelle que soit la législation, des questions fort importantes, de base même, se posent inévitablement et que cela ne signifie pas qu'elle soit entachée d'un défaut.

¹⁴ Directive 2006/115, du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2006. Dans son arrêt *Reha Training*, dont il sera question plus loin, la Cour précise que « compte tenu des exigences d'unité et de cohérence de l'ordre juridique de l'Union, les notions utilisées par les directives 2001/29 et 2006/115 doivent avoir la même signification » (pt 28).

¹⁵ CJUE, 13 février 2014, *Svensson*, aff. C-466/12.

¹⁶ CJUE, 31 mai 2016, *Reha Training*, aff. C-117/15.

¹⁷ CJUE, 9 mars 2017, *Camera di commercio di Lecce*, aff. C-398/15.

Le législateur utilise des notions qu'on ne saurait qualifier d'indéterminées car elles ont le degré de précision suffisante et qu'il ne serait même pas raisonnablement possible de les préciser plus avant. La jurisprudence fait ici son travail. Le législateur ne pourrait d'ailleurs pas le faire à sa place, sauf à entrer dans un degré de précision tel qu'il ferait de la législation un dédale et ne ferait d'ailleurs que repousser plus loin les problèmes en faisant apparaître d'autres questions. La Cour européenne des droits de l'homme résume bien les choses lorsqu'elle dit « ... dans quelque système juridique que ce soit, aussi clair que le libellé d'une disposition légale puisse être, y compris une disposition de droit pénal, il existe inévitablement un élément d'interprétation judiciaire. Il faudra toujours élucider les points douteux et s'adapter aux changements de situation. En outre, la certitude, bien que hautement souhaitable, s'accompagne parfois d'une rigidité excessive ; or le droit doit pouvoir s'adapter aux changements de situation »¹⁸.

2) Venons-en maintenant à un premier type de difficulté que l'on ne rencontre certes pas que dans le domaine des NTI mais auquel on y est très naturellement plus souvent confronté : la rapidité de l'évolution technologique.

Dans quelle mesure la législation doit-elle être adaptée aux nouvelles réalités ? La jurisprudence peut-elle suffire à faire face ou serait-il préférable de changer les règles et de les mettre au goût du jour ?

Deux exemples suffiront à illustrer cet aspect de la question.

Le premier me donne l'occasion de revenir à une affaire dont j'ai parlé au CERIC il y a un an, mais qui n'en était qu'au stade des conclusions : l'affaire *New Media Online*. Certains se souviennent peut-être qu'était en cause le site internet d'un journal autrichien : le *Tiroler Tageszeitung*. Le site comprend la version électronique du journal, mais aussi un « onglet » conduisant, lorsque l'on clique dessus, à une page compilant des vidéos d'information locale, sur des sujets politiques, économiques et culturels. Bref, quelque chose de désormais très courant car la presse française fait la même chose, aussi bien les organes nationaux que la presse régionale. Cette page de vidéos est-elle un service de médias audiovisuels « à la demande » au sens de la directive 2010/13 sur les services de médias audiovisuels (SMA) ? La question était posée par le *Verwaltungsgerichtshof*¹⁹ car si cela avait été le cas le site aurait dû faire l'objet d'une déclaration à l'autorité compétente en matière d'audiovisuel, ce qui n'avait pas été fait. L'Avocat général Szpunar avait proposé de dire que tel n'était pas le cas : cette directive ne viserait pas les portails d'information sur l'Internet. Le doute était permis puisque le 28^e considérant de la directive dit qu'elle ne s'applique pas à la version électronique d'un journal. Elle ne concernerait que les sites internet dont l'objectif est de diffuser, à la demande de l'utilisateur, des films ou séries télévisées ou encore des retransmissions d'événements sportifs : en somme, les sites de téléchargement de programmes, qu'ils soient gratuits ou payants. La question était un véritable défi. Ce genre de sujet préoccupe les écosystèmes médiatiques, tant ils sont au cœur des

¹⁸ CEDH, 21 octobre 2013, *Del Rio Prada c. Espagne*, req. 42750/09 (pt 92).

¹⁹ Cour administrative suprême d'Autriche.

bouleversements qu'ont connus, depuis l'entrée en vigueur de la directive 2001/13, les médias audiovisuels et la presse écrite sous l'effet de l'avènement du « tout numérique ».

Quelle est la *ratio legis* de la directive SMA ? Appliquer, dans un univers médiatique très concurrentiel, les mêmes règles à des acteurs qui s'adressent aux mêmes publics, comme le précise son préambule. Or, il suffit d'observer la manière dont les jeunes générations « consomment » de la vidéo sur Internet pour savoir que la substitution au programme télévisuel linéaire est d'ores et déjà une réalité. Au surplus les gens ne vont pas forcément visionner une vidéo parce qu'ils l'ont trouvée sur un site d'un organe de presse bien particulier : cela se fait de plus en plus indirectement, via un moteur de recherche ou parce que la vidéo a été partagée sur un réseau social. Néanmoins, force est de reconnaître que la directive n'a pas été conçue pour les sites des organes de presse.

La Cour a finalement décidé, contrairement aux conclusions de son Avocat général, qu'un site de ce type entrerait dans le champ d'application de la directive²⁰. La Cour a justifié sa décision par la nécessité d'appliquer les mêmes règles à des services comparables dans l'univers extrêmement concurrentiel qu'est celui des médias audiovisuels et précisé que de ce point de vue la qualité de l'opérateur – en l'espèce un journal – était indifférente.

On peut se demander s'il faut s'en tenir là ou si le législateur ne devrait pas se ressaisir de la question et réévaluer la situation compte tenu de l'évolution du marché, ce qui d'ailleurs pourrait le conduire à laisser les règles en l'état...

Un second exemple peut être tiré d'une affaire relative à la communication des documents des Institutions : il s'agit de l'affaire *Rayner Typke c./ Commission*²¹. Elle a donné lieu à des conclusions de l'Avocat Général Bobek prononcées le 21 septembre dernier et à un arrêt du 11 janvier 2017. Il s'agit d'une demande d'accès à des documents sur la base du règlement 1049/2001, du 30 mai 2001, qui est, comme vous le savez, l'équivalent communautaire de notre loi du 17 juillet 1978 sur l'accès aux documents administratifs. L'intéressé voulait un ensemble de données concernant des concours organisés par l'Office européen de sélection du personnel (EPSO). Le requérant a introduit auprès d'EPSO une demande d'accès visant à obtenir, en substance, l'accès à un « tableau » comprenant une série de données rendues anonymes sur les tests en question, en précisant que sa demande ne visait pas à ce qu'EPSO crée en format électronique un nouveau document, mais qu'une version des documents concernés, débarrassés de toute information couverte par l'une des exceptions au droit d'accès, serait suffisante. Cette demande a été rejetée au motif que le document souhaité ne constituait pas un document existant au sens du règlement. Elle viserait, en réalité, la production de nouveaux documents qui ne peuvent pas être extraits d'une base de données relationnelle en effectuant une recherche normale ou de routine à l'aide d'un outil de recherche existant.

Le requérant soutenait que le règlement n'excluait pas de son champ d'application une demande d'accès à une base de données relationnelle, exigeant la formulation de requêtes en langage de

²⁰ CJUE, 21 octobre 2015, *New Media Online GmbH*, aff. C-347/14.

²¹ aff. C-491/15 P.

requête structurée, qui n'ont pas été préprogrammées auparavant ou régulièrement utilisées par l'institution. Pour la Commission, en revanche, seuls les résultats des requêtes SQL pouvaient être considérés comme des documents existants.

Selon la définition extensive donnée par le législateur de l'Union, un document peut être tout contenu sur tout support concernant toute activité des institutions de l'Union. La définition de ce qu'est un document dans le cas de bases de données électroniques semble néanmoins exiger davantage de précisions.

Ainsi, se posait la question de savoir si la notion de document peut signifier toute combinaison de données qui pourrait éventuellement être extraite des bases de données grâce à des requêtes complexes.

C'est à ce stade que doit également intervenir la distinction entre « document » et « document existant » dans la mesure où le règlement prévoit seulement l'accès aux documents existants. Or, cette distinction devient particulièrement complexe dans le cas des bases de données.

La principale question qui se pose est la suivante : le document précis en cause existait-il dans une configuration de données spécifique avant que l'on clique, constituant ainsi un document existant, auquel le demandeur a un droit d'accès ou bien s'agit-il de générer un document nouveau auquel le demandeur n'a aucun droit d'accès ?

Exclure les documents générés qui n'existaient pas dans une configuration de données spécifique avant le « clic » semble exclure une grande partie des documents qui peuvent être contenus dans une base de données.

Selon l'Avocat général Bobek qui proposait de suivre le raisonnement du Tribunal, il était nécessaire, s'agissant de fichiers, de trouver un autre critère de distinction entre document existant et document nouveau : le degré de caractère dynamique et créatif que présente le processus de génération du document sollicité. Ainsi, seul devrait être regardé comme nouveau un document dont l'obtention nécessite un investissement substantiel qui modifie la base de données elle-même.

Un travail de programmation informatique, comme l'élaboration de nouvelles requêtes SQL et, partant, la création d'un nouveau résultat de recherche dans la base de données, doit être considéré comme nécessitant un investissement substantiel. Le document qu'il génère ne peut donc être considéré comme un document existant.

La Cour a largement suivi son avocat général. Elle relève que pour les bases de données électroniques, la distinction entre un document existant et un document nouveau « doit se faire sur la base d'un critère adapté aux spécificités techniques de ces bases et conforme à l'objectif du règlement n° 1049/2001 » qui est de garantir un accès aussi large que possible aux documents. Elle a, dès lors, jugé que devaient être qualifiées de document existant toutes les informations qui peuvent être extraites d'une base de données électronique dans le cadre de son utilisation courante à l'aide des outils de

recherche préprogrammés, alors même que ces informations n'auraient pas encore été affichées sous cette forme ou n'auraient jamais fait l'objet d'une recherche par les agents des institutions.

La conséquence en est que, dans le cas des bases de données, les institutions peuvent être conduites à constituer un document à partir des informations qui y sont contenues chaque fois qu'elles peuvent se borner à utiliser les outils de recherche existants. En revanche, serait un document nouveau l'information dont l'extraction d'une base de données nécessiterait un « investissement substantiel », c'est-à-dire une modification, soit de l'organisation de la base de données, soit des outils de recherche actuellement disponibles.

On voit bien ici comment, à partir du même texte qu'est le règlement sur l'accès aux documents, la Cour de justice construit une solution qui permet de passer du cas des documents papier à celui des documents électroniques et de faire ainsi face à l'évolution technologique. Le législateur aurait-il fait mieux ? Il est permis d'en douter.

Ces deux exemples, parmi de nombreux autres qu'on pourrait donner, montrent que si l'adaptation de la législation est nécessaire elle doit être soigneusement pesée et que le travail des juges a ce double avantage de permettre au législateur de prendre un peu de temps et de lui donner des éléments de réflexion.

3) Un autre type de difficultés auxquelles je suis assez sensible résulte du caractère très technique de certains textes.

C'est le cas en matière de télécommunications, de brevets, d'inventions technologiques, de bioéthique...

Ici, la question est simple : de quoi s'agit-il ? De quoi parle-t-on ? Qu'a voulu faire le législateur de l'Union ? Quelles hypothèses a-t-il voulu viser ?

Il faut bien sûr faire la part du feu.

Ainsi, pour définir ce qu'est un « embryon humain », au sens²², au moins, de la législation communautaire sur la protection des inventions biotechnologiques, la Cour a-t-elle hésité. Elle a donné une orientation dans son arrêt *Brüstle*²³, puis une autre dans l'arrêt *International Stem Cell Corporation* après que de nouvelles informations lui eurent été apportées²⁴. Le législateur n'a pas autrement défini la notion et on peut se douter pourquoi.

²² Sur le sens de ce « au sens de », fondamental dans la pratique juridictionnelle : C. VIGOUROUX, « L'expression « au sens de » ou le juge linguiste sans être encyclopédiste », *Juger l'administration, administrer la justice, Mélanges en l'honneur de Daniel LABETOULLE*, Dalloz 2007, p. 847.

²³ CJUE, 18 octobre 2011, *Brüstle/Greenpeace eV*, aff. C-345/10.

²⁴ CJUE, 18 décembre 2014, *International Stem Cell Corporation*, aff. 364/13.

En revanche, il arrive que le législateur sache exactement de quoi il parle, ou au moins les experts qui ont préparé les textes, mais que les choses soient moins familières aux juges²⁵.

J'ai rencontré ce problème notamment dans le domaine des télécommunications.

Un exemple parmi d'autres : l'affaire *Base NV*, un arrêt du 6 octobre 2010²⁶. Il s'agissait de savoir si la Belgique avait correctement appliqué l'une des directives sur la libéralisation du secteur des télécommunications. La question était la suivante : quand les entreprises chargées du service universel supportent des « coûts injustifiés », ceux-ci peuvent être pris en charge par l'État ou répartis sur les autres entreprises. L'enjeu financier est considérable. Qu'est-ce que des « coûts injustifiés » ? La directive dit qu'il faut partir du « coût net ». Mais il est évident que chacun ne le voit pas de la même façon. Peut-être le législateur aurait-il pu donner quelques orientations. À défaut, la Cour est assez largement tributaire des parties et aussi et surtout de la Commission européenne dont on attend toujours beaucoup. Comme vous le savez, la Commission est appelée à donner son avis sur toutes les questions préjudicielles et joue un peu le rôle *d'amicus curiae*.

Autre exemple avec une affaire récente : CJUE, 17 décembre 2015, *Proximus*²⁷.

Que faut-il entendre par « redevance pour les droits de mettre en place des ressources » ?

La Cour était interrogée sur le point de savoir si l'article 13 de la directive « autorisation » s'opposait ou non à ce qu'une taxe soit imposée aux propriétaires de structures, telles que des pylônes et des unités d'émission et de réception, nécessaires au fonctionnement du réseau de télécommunication, comme l'avait fait la Province de Namur, alors que la directive limite les cas dans lesquels peut être imposée une redevance en contrepartie de l'autorisation, afin d'assurer l'utilisation optimale de ressources par définition rares.

Certes, aux termes de la directive, les États restent libres d'imposer des redevances en contrepartie de l'octroi de droits de mettre en place des ressources sur ou sous des biens publics ou privés, mais encore faut-il que ces redevances sur les pylônes question soient considérées comme relevant de cette catégorie.

L'expression « mettre en place des ressources » renvoie aux infrastructures matérielles permettant la fourniture de réseaux et de services et à leur mise en place matérielle sur les propriétés publiques ou privées et tel semblait être le cas dans l'affaire *Proximus* car les infrastructures étaient utilisées pour des activités couvertes par une autorisation générale accordée sur le fondement de la directive.

La Cour adopte pourtant une solution contraire. Elle considère, en s'en tenant à une lecture formelle des termes utilisés par l'autorité nationale pour désigner la taxe en cause, qu'elle n'est pas

²⁵ J'ai connu ce genre de difficultés dans le droit de l'urbanisme. Les documents d'urbanisme des années 1970, après la loi d'orientation foncière de 1967, étaient largement rédigés par des ingénieurs, au demeurant fort qualifiés, mais qui n'étaient pas de juristes. Ils se comprenaient très bien entre eux, mais la portée des dispositions des plans d'occupation des sols de l'époque ont laissé plus d'un juge perplexe. Fort heureusement le mode de rédaction des documents a changé et les juristes participent de plus près à leur établissement.

²⁶ CJUE, 6 octobre 2010 *Base NV*, aff. C-389/08.

²⁷ CJUE, 17 décembre 2015, *Proximus*, aff. C-517/13.

liée à la procédure d'autorisation dès lors qu'elle s'applique à toute personne qui exploite des installations situées sur le territoire de la province.

Or, un examen de la réalité concrète aurait pu montrer que seules y sont assujettis les exploitants de réseaux et de communications de téléphonie mobile, titulaires d'autorisations d'exploitation et souhaitant mettre en place des ressources dans le cadre de leurs activités, ces infrastructures étant par ailleurs absolument nécessaires à la poursuite des activités des opérateurs. Dans ce cas, il s'agirait d'une imposition additionnelle, à qualifier de redevance au sens de l'article 13, et légale seulement si elle en remplissait les conditions.

Cet arrêt ne met pourtant pas fin aux incertitudes qui entourent les taxes sur les pylônes, dans la mesure où la Cour considère qu'il appartient à la juridiction nationale de vérifier si, en dépit de la formulation utilisée par le législateur national, celle-ci ne vise pas en réalité à instaurer une charge additionnelle pour l'opérateur de téléphonie mobile titulaire d'autorisation d'exploitation²⁸.

Le législateur de l'Union pourrait opportunément, à l'occasion du processus de révision du cadre réglementaire des communications électroniques, préciser les cas dans lesquels peuvent être prévues de telles taxes.

4) J'en viens maintenant au rôle que le juge peut jouer dans l'amélioration de la législation européenne.

Je me limiterai à trois séries de rapides remarques.

a) Par sa jurisprudence constante le juge peut conduire à un remodelage des textes. Comme je l'ai dit plus haut, le législateur de l'Union prend en compte la jurisprudence afin d'actualiser les règlements et directives par la voie d'une codification, au sens communautaire du terme.

b) Le juge contribue aussi à éclairer la législation. Cela le conduit même à la compléter. Il doit avoir le souci de lever les ambiguïtés par une formulation de ses arrêts aussi compréhensible que possible. Il s'agit là d'une « ardente obligation ».

c) Il me semble enfin que la Cour de justice pourrait aussi appeler l'attention du législateur sur les insuffisances de la législation qui se sont révélées au fil des affaires dans le cours d'une année judiciaire. Cela pourrait faire l'objet d'une partie de son rapport annuel. Bien évidemment, il ne s'agirait pas de prendre parti sur les orientations de fond qui relèvent du seul pouvoir politique, mais plus modestement de pointer telle obscurité ou telle insuffisance, souvent d'ordre technique. Cela contribue grandement à la prévention du contentieux qui devient, dans le système communautaire, aussi nécessaire que dans les États membres. Je ne méconnais pas que les traditions sont différentes, mais je pense que participer ainsi, au fur et à mesure, à l'amélioration du corpus législatif, fait partie de la mission des juges.

²⁸ CJUE, 8 juillet 2015, *Ville de Mons*, aff. C-346/16, pt 23.

