

L'IMPACT DE L'ÈRE NUMÉRIQUE SUR LE DROIT

*Mr Édouard Crépey,
Maître des requêtes au Conseil d'État,
rapporteur public à la 10^e chambre de la Section du contentieux*

Vue de France, l'irruption du numérique dans les échanges économiques et les rapports sociaux bouleverse, comme aucune autre révolution technologique avant elle, les systèmes juridiques. Cette remise en cause emprunte trois voies différentes, dont on donnera un aperçu à partir de jurisprudences récentes issues pour l'essentiel du Conseil d'État ou du Conseil Constitutionnel.

La révolution numérique, source de questions juridiques entièrement nouvelles

La révolution numérique fait d'abord émerger des questions nouvelles par leur objet même, et ces questions ne sont, par hypothèse, pas appréhendées par les outils juridiques existants, ou le sont très imparfaitement. On en donnera ici deux illustrations principales.

Le droit à l'oubli

L'exposition, active ou même simplement passive, des activités ou opinions de chacun sur le réseau internet (réseaux sociaux, blogs, sites d'information...), laisse des traces durables sous forme de données personnelles que les moteurs de recherche permettent de retrouver et exploiter des mois ou des années plus tard. L'ampleur du phénomène a fait naître, en réaction, la problématique du 'droit à l'oubli', dans un légitime souci de protection de la vie privée.

Aucun texte, pourtant, n'en posait clairement le principe ni n'en garantissait le respect. Saisie de la question, la CJUE a, comme on sait, consenti un effort prétorien particulièrement audacieux pour traiter, autant que faire se pouvait, le problème des moteurs de recherche avec les outils offerts par 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.¹).

¹ CJUE, 13 mai 2014, *Google Spain SL, Google Inc. contre Agencia Espanola de Proteccion de Datos, Mario Costeja Gonzalez*, aff. C-131/12

Elle a dû, pour cela, franchir plusieurs obstacles, principalement deux. Le premier était de faire entrer dans le champ d'application matériel de la directive les exploitants de moteur de recherche en les considérant comme des responsables de traitements de données personnelles au sens de l'article 2 de la directive, ce qui n'allait pas de soi faute que le moteur de recherche ait une véritable prise sur les données qu'il indexe à l'aveugle. Le second était de tirer des articles 12 et 14 de la directive consacrant, au profit des personnes concernées par les données figurant dans un traitement, des droits d'opposition et de rectification, l'obligation pour les moteurs de recherche de supprimer de la liste de résultats affichée à la suite d'une recherche effectuée à partir du nom de la personne des liens vers des pages web publiées par des tiers lorsque le surcroît de publicité induit par leur référencement porte une atteinte disproportionnée à leur vie privée. C'est le droit au déréférencement, ou droit à l'oubli.

Mais, saisi de quatre affaires relatives à la mise en œuvre du droit au déréférencement ainsi créé par le juge, le Conseil d'État a été directement confronté aux difficultés que soulevait cet effort prétorien. Étaient en cause des informations relatives, respectivement, à une relation intime présumée, aux liens d'une personne avec l'Église de scientologie, à l'implication d'une autre dans une affaire de financement de partis politiques et aux condamnations judiciaires d'une dernière pour des faits d'agressions sexuelles. Or le juge administratif français a identifié, dans le traitement de ces affaires, pas moins de huit difficultés sérieuses justifiant autant de questions préjudicielles adressées à la CJUE;² parmi ces difficultés, les questions de savoir si les restrictions concernant les données sensibles (c'est-à-dire relatives aux opinions, aux convictions, à la santé ou encore à la vie sexuelle) s'appliquent aux moteurs de recherche comme aux autres responsables de traitement, si la méconnaissance des obligations qui en découlent implique l'obligation de faire droit à la demande de déréférencement, ou encore si l'exception réservée en la matière aux traitements effectués aux seules fins de journalisme ou d'expression artistique ou littéraire peut valoir pour les moteurs de recherche lorsque les liens référencés mènent vers de tels traitements. Dans quelques semaines, le Conseil d'État examinera en outre la question du champ d'application territorial des obligations de déréférencement.

La Cour de Luxembourg tranchera et trouvera les meilleures – ou les moins mauvaises – solutions ; mais, comme on le voit, la tentative de faire entrer les moteurs de recherche et la problématique du droit à l'oubli dans les catégories de la directive du 24 octobre 1995 montre surtout leur inadaptation, et l'on ne fera probablement pas l'économie, à terme, de l'adoption de textes *ad hoc*.

Le sort des données personnelles à la mort des personnes concernées

² CE, Assemblée, 24 février 2017, nos 391000, 393769, 399999 et 401258, *M^{me} Chupin, M. Tizjoli, M. Constantinoff et M. Drusian*, à publier au Recueil

C'est également le mouvement qui a commencé à être observé pour régler une autre question entièrement nouvelle posée par la révolution numérique et qui est celle du sort des données personnelles après le décès de la personne à laquelle elles se rapportent : dans quelle mesure les droits d'accès et de rectification qui lui étaient garantis de son vivant sont-ils transmis à ses héritiers?

En l'absence de texte, la jurisprudence a construit pas à pas une jurisprudence nuancée. Le Conseil d'État a ainsi jugé en substance que le droit au respect de la vie privée s'étendait au-delà de la mort de la personne concernée, de sorte en particulier que la seule qualité d'ayant droit de la personne à laquelle se rapportent les données ne suffit pas à être regardé comme concerné au sens de l'article 39 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés et donc, par exemple, à bénéficier du droit d'accès;³ il n'en va autrement que dans le cas très particulier où les demandeurs héritent de l'objet même des informations demandées.⁴ Tout récemment, le Conseil d'État a apporté une autre dérogation au principe général, en vertu de laquelle, lorsque la victime d'un dommage décède, les héritiers doivent être regardés comme des '*personnes concernées*' au sens des articles 2 et 39 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée, pour l'exercice du droit d'accès aux données à caractère personnel concernant le défunt, dans la mesure nécessaire à l'établissement du préjudice que ce dernier a subi en vue de sa réparation et pour les seuls besoins de l'instance engagée; en effet le droit à la réparation du dommage entre dans le patrimoine transmis aux héritiers, qui en application du premier alinéa de l'article 724 du code civil sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt, et ceci que la victime ait engagé elle-même une action en réparation avant son décès ou que ce soient les héritiers qui aient ultérieurement engagé une telle action.⁵

Ces solutions jurisprudentielles suppléaient, comme elles le pouvaient, le silence de la loi sur cette question nouvelle et il est heureux que, pour l'avenir, le législateur s'en soit saisi en prévoyant en substance, par l'article 63 de la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique complétant à cette fin la loi du 6 janvier 1978 par un article 40-1 nouveau, que le droit d'accès s'éteint au décès de l'intéressé et qu'à défaut, du moins, de directives laissées par ce dernier, ses héritiers ne peuvent exercer ce droit d'accès que dans la mesure nécessaire, notamment, à l'organisation et au règlement de sa succession.

La révolution numérique, facteur d'obsolescence de régimes juridiques anciens

³ CE, 8 juin 2016, n° 386525, *M^{me} et MM. Rafrafi*, Rec. p. 235

⁴ CE, 29 juin 2011, n° 339147, *Ministre du budget, des comptes publics et de la réforme de l'État c/ M^{me} Gubur et autres*, T. pp. 937-939, à propos des soldes des comptes bancaires du défunt, tels que retracés dans le fichier des comptes bancaires dit FICOBA

⁵ CE, 7 juin 2017, n° 399446, *Garrido*, à publier au Recueil

Non contente de soulever des questions entièrement nouvelles pour lesquelles les outils juridiques existants sont mal adaptés, la révolution numérique frappe d'obsolescence toute une série de régimes administratifs anciens; selon les cas, ceux-ci font le dos rond ou se raidissent, en attendant leur mort prochaine. On proposera ici trois exemples.

Les visas d'exploitation des films pour leur représentation en salle

L'autorité administrative et les juridictions continuent d'appliquer vaille que vaille un régime ancien voulant que puisse être interdite la représentation en salle aux mineurs, ou à une partie d'entre eux, de films à caractère notamment violent ou sexuel; la représentation est ainsi subordonnée, par les articles L. 211-1 et R. 211-12 du code du cinéma et de l'image animée, à la délivrance par le ministre chargé de la culture d'un visa d'exploitation, assorti des restrictions adaptées au contenu du film.

Ce régime n'a pas changé dans ses grandes lignes depuis le début des années 1960 même si la jurisprudence s'est adaptée à l'évolution des mœurs.⁶ Il répond et continue à répondre à des préoccupations parfaitement légitimes de protection de la jeunesse et de respect de la dignité humaine.

Force est toutefois de constater qu'il perd une grande partie de sa signification avec l'accès des mineurs, par internet, à ces mêmes films violents ou pornographiques, que les autorités compétentes ne peuvent pas ou ne veulent pas restreindre.

Taxis et VTC

L'encadrement administratif de la profession de taxi avait à l'origine des justifications solides, tirées d'une part de l'occupation de la voie publique par les véhicules en attente ou en recherche de clients et de la nécessité, par voie de conséquence, d'assurer la police de la circulation par des restrictions quantitatives, d'autre part de la nécessité de contrôler la connaissance par les taxis de la ville où ils exerçaient. Chacune de ces justifications a été fortement affectée par les services de mobilité offerts par la révolution numérique.

Dans les grandes métropoles du monde entier, les conflits entre les taxis et les sociétés comme Uber sont vifs; ce conflit se porte en particulier sur le terrain juridique, sous l'angle commercial ou administratif. Il est à noter qu'en France notamment, l'ancien monde tente, en réaction, d'étendre sa logique et ses modes

⁶ Pour des décisions récentes faisant le point sur l'état de l'art, voir respectivement CE, 1^{er} juin 2015, n° 372057, *Association Promouvoir*, Rec. p. 178, pour les films violents, et CE, 30 septembre 2015, n°s 392461 et 392733, *Ministre de la culture et de la communication et autres c/ Association Promouvoir*, T. p. 557, pour les films comportant des scènes de sexe

de fonctionnement à celui qui vient, mais ces tentatives sont probablement vaines.

Ainsi de l'idée qu'avait eue le législateur de réserver aux taxis la possibilité d'informer leurs clients à distance de la localisation et de la disponibilité de leurs véhicules; cette disposition de l'article L. 3210-2 du code des transports, issue d'une loi n° 2014-1104 du 1^{er} octobre 2014 relative aux taxis et aux voitures de transport avec chauffeur, a été censurée, au moins sur la forme à ce stade, comme ayant été prise en méconnaissance de l'article 8 de la directive 98/34/CE du 22 juin 1998 du Parlement Européen et du Conseil prévoyant une procédure d'information préalable de la Commission dans le domaine des normes et réglementations techniques.⁷

L'encadrement des contenus des services de radio ou de télévision diffusés par voie hertzienne

Les progrès considérables de la liberté d'expression permis par l'internet (sur cette question nous renvoyons au discours prononcé à Chypre, le 28 avril 2017, par M. le vice-président du Conseil d'État Jean-Marc Sauvé dans le cadre du Conseil de l'Europe⁸) et la concurrence entre les différents modes de diffusion posent, incontestablement, la question de la pérennité de certaines règles d'encadrement des contenus des services offerts par les chaînes de radio ou de télévision diffusés par voie hertzienne. Il devient étrange que les émissions de télévision fassent l'objet d'une forme de contrôle (en France par une autorité indépendante, le Conseil supérieur de l'audiovisuel), contrepartie de l'usage par ces services des fréquences hertziennes qui font partie du domaine public, alors que des vidéos par ailleurs analogues et consultables sur YouTube ou tout autre service comparable échappent à ce même contrôle.

Mais cette évolution s'accompagne paradoxalement de ce qui nous apparaît, à titre personnel, comme une forme de crispation des autorités compétentes dans le domaine hertzien qui reste sous leur empire. De nombreux exemples en attestent; on n'en citera que deux.

Le premier est une délibération du 25 juin 2014 par laquelle le Conseil supérieur de l'audiovisuel a estimé devoir observer qu'un message de sensibilisation à la trisomie 21, qui présentait un point de vue positif sur la vie des jeunes atteints de trisomie et encourageait la société à œuvrer à leur insertion et à leur épanouissement, et qui avait été diffusé à plusieurs reprises sur diverses chaînes

⁷ CE, 9 mars 2016, n°s 388213, 388343 et 388357, *Société Uber France et autre, Association Taxilibre et autre, Syndicat des artisans taxis de l'Essonne*, T. pp. 607-664-677

⁸ <http://www.conseil-etat.fr/content/download/98450/951355/version/1/file/2017-04-28%20-%20La%20libert%C3%A9%20d%27expression%20%C3%A0%20l%27%C3%A2ge%20d%27Internet.pdf>

de télévision, était ‘susceptible de porter à controverse’ et avait une ‘finalité qui peut paraître ambiguë’ dès lors qu’il se présentait comme adressé à une femme enceinte confrontée au choix de vie personnelle de recourir ou non à une interruption médicale de grossesse, et a invité les éditeurs à éviter, à l’avenir, de diffuser le message dans le cadre de messages publicitaires.⁹

Le second concerne la diffusion à la télévision, par les partis et groupements politiques, d’émissions de propagande électorale dans le cadre de la campagne pour les élections législatives. Le code électoral prévoit et régit cette campagne officielle en octroyant aux différents partis un temps d’antenne qui est notamment fonction de leur représentation dans l’Assemblée sortante. À l’heure d’internet, cette campagne officielle a perdu une grande partie de son importance, l’opinion n’y prêtant plus qu’une attention distraite. Elle a néanmoins été considérée comme ayant encore un rôle suffisamment structurant dans l’expression loyale du suffrage pour que les juges administratif et constitutionnel réexaminent en urgence, dans le cadre d’une question prioritaire de constitutionnalité posée à l’occasion des élections de juin 2017, la pertinence des règles en vigueur, qui ont été jugées désavantager les formations politiques non représentées jusqu’alors dans l’Assemblée sortante, comme c’était le cas du mouvement *En Marche !*, au point de porter atteinte à l’égalité devant le suffrage dans une mesure disproportionnée.¹⁰

La révolution numérique, élément de renouvellement des termes de questions anciennes

Il arrive enfin que la révolution numérique oblige à regarder différemment des problématiques anciennes qui conservent leur pertinence mais doivent être réévaluées à la lumière des potentialités et des dangers de l’internet. On pourrait en donner quantité d’illustrations très diverses; on en a ici choisi trois.

Fiscalité et répartition entre États du pouvoir d’imposition

Les entreprises n’ont pas attendu l’internet pour construire des stratégies de planification fiscale leur permettant d’optimiser les différences de systèmes d’imposition entre États. Mais le développement des échanges numériques, avec le commerce électronique, le *data business* et l’économie collaborative, favorise considérablement ces phénomènes. Dans ce contexte, les critères de répartition du pouvoir d’imposition entre États, tels que traditionnellement établis par les conventions fiscales bilatérales, ne sont plus parfaitement adaptés, comme le montre la difficulté à assujettir Google à l’impôt dans les pays dans lesquels son moteur de recherche génère des recettes publicitaires.

⁹ Voir ensuite la décision rendue au contentieux sous CE, 10 novembre 2016, nos 384691, 384692 et 394107, *M^{me} Marvilhac et autres*, Rec. p. 509

¹⁰ CC, 31 mai 2017, n° 2017-651 QPC, *Association En marche !*

Le programme BEPS de l'OCDE (*Base Erosion and Profit Shifting*) a ainsi retenu comme action n° 1 l'objectif de 'relever les défis fiscaux posés par l'économie numérique' afin, en particulier, de donner une cohérence internationale à la fiscalité des sociétés. Sont envisagées, à ce titre, une redéfinition de l'établissement stable (*Permanent Establishment*) pour y ajouter la notion de présence numérique significative et, le cas échéant, des taxes spécifiques sur l'économie numérique, notamment une retenue à la source sur les transactions numériques.

Nouveaux modes de production et droit du travail

Le rapport public 2017 du Conseil d'État consacre ses considérations générales, qui seront publiées en septembre, à l'ubérisation, terme qui désigne l'impact, sur les relations de travail, des nouveaux modes de production permis par les développements du numérique. Dans toute une série de secteurs, en effet, le salariat traditionnel n'est plus la forme d'organisation privilégiée, ce qui implique de repenser les protections et les parcours professionnels. Nous renvoyons sur ce point à cette future publication.

Sécurité et liberté

Dans la problématique de l'équilibre entre sécurité et liberté, qui est aussi vieille que la police administrative elle-même, les usages numériques soulèvent de nouvelles questions, dont la résolution est rendue plus difficile encore par le contexte des attentats terroristes. On peut en donner deux exemples.

Le premier concerne l'accès des services de police et singulièrement des services de renseignement aux méta-données conservées par les opérateurs de télécommunications, autrement appelées données de connexion: sont en cause les données relatives à l'auteur et au destinataire d'une communication, à la durée et à la date des échanges, au matériel ainsi qu'aux numéros de téléphone ou adresses IP utilisés, ou enfin à la localisation des intéressés. Bien qu'elles ne disent rien du contenu des échanges et que, pour ce motif, le Conseil constitutionnel exclut qu'elles soient couvertes par le droit au secret des correspondances au sens strict,¹¹ ces données générées malgré eux par les individus lorsqu'ils utilisent les multiples services de l'internet sont une formidable source d'informations pour les services compétents, par la connaissance qu'elles donnent des habitudes de la vie quotidienne d'une personne, de ses lieux de séjour permanents ou temporaires, des activités qu'elle exerce, de ses relations sociales et des milieux qu'elle fréquente.

¹¹ CC, 24 juillet 2015, n° 2015-478 QPC, *Association French Data Network et autres*, cons. 16

Le risque d'atteinte à la vie privée qui en résulte fait cependant l'objet d'une vigilance sourcilleuse du juge, à la fois constitutionnel et européen. La Cour de Luxembourg a même considéré à ce titre que le droit de l'Union, interprété à la lumière des articles 7, 8 et 11 de la charte européenne des droits fondamentaux, faisait obstacle à ce qu'un État membre impose aux opérateurs de conserver ces données de façon générale et indifférenciée pendant un temps déterminé, peu important ensuite que les conditions d'accès à ces données par les services soient ensuite strictement encadrées. Aux yeux de la cour, une obligation de conservation ne saurait valablement porter que sur 'des données afférentes à une période temporelle et/ou une zone géographique et/ou sur un cercle de personnes susceptibles d'être mêlées d'une manière ou d'une autre à une infraction grave (...)'.¹² Cette option jurisprudentielle forte pose des difficultés à de nombreux États membres dans le contexte des attentats terroristes.

Le second exemple est la récente tentative du législateur français de s'adapter aux phénomènes observés de radicalisation de certains individus par la fréquentation de sites djihadistes en réprimant spécifiquement, à l'article 421-2-5-2 du code pénal issu d'une loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale, la simple consultation habituelle de sites internet terroristes, plus exactement de sites provoquant directement à la commission d'actes terroristes ou faisant l'apologie de ces actes lorsqu'ils comportent, à cette fin, des images montrant la commission de tels actes.¹³ Le Conseil constitutionnel s'y est opposé en jugeant que la simple consultation ne valait pas démonstration de la volonté de l'intéressé de commettre des actes terroristes ni même de son adhésion à l'idéologie exprimée sur ces services.

On s'aperçoit bien souvent que, d'un point de vue juridique, l'internet est à la fois une solution et un problème. Nul doute que les législateurs et les juges auront besoin de quelque temps encore pour fixer un cadre adapté à ces enjeux.

¹² CJUE, gr. ch., 21 décembre 2016, *Tele2 Sverige AB contre Post- och telestyrelsen et Secretary of State for the Home Department contre Tom Watson e.a.*, aff. C-203/15 et C-698/15.

¹³ CC, 10 février 2017, n° 2016-611 QPC.