



HAL
open science

Le droit constitutionnel à la libre communication numérique

Livio Orsi

► **To cite this version:**

Livio Orsi. Le droit constitutionnel à la libre communication numérique. Droit. Université du Sud Toulon Var, 2020. Français. NNT: . tel-03619732

HAL Id: tel-03619732

<https://theses.hal.science/tel-03619732v1>

Submitted on 25 Mar 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



UNIVERSITÉ DE TOULON
CENTRE DE DROIT ET DE POLITIQUE COMPARÉS JEAN-CLAUDE ESCARRAS
ÉCOLE DOCTORALE n° 509
SOCIÉTÉS MÉDITERRANÉENNES ET SCIENCES HUMAINES
UMR-CNRS n° 7318 DROIT INTERNATIONAL, COMPARÉ ET EUROPÉEN (DICE)

THÈSE

présentée par :

Livio Daniele ORSI

soutenue le : **1^{er} décembre 2020**

pour obtenir le grade de Docteur en droit public
Spécialité : Droit constitutionnel

Le droit constitutionnel à la libre communication numérique

**[Vers un renouveau constitutionnel en faveur des droits du
numérique]**

THÈSE dirigée par :

Madame BAUDREZ Maryse Professeur des universités, Université de Toulon
Monsieur SANTOLINI Thierry Maître de conférences, Université de Toulon

JURY :

Madame TÜRK Pauline Professeur des universités, Université Côte d'Azur
Monsieur PASSAGLIA Paolo Professeur des universités, Université de Pise
Monsieur BARDIN Michaël Maître de conférences, Avignon Université

Au passé, in memoriam de mes Grands-parents.

Au futur, ad vitam aeternam à mes frères Davide, Diego, à ma Mère et à mon Père.

Remerciements

Je tiens à exprimer ma profonde gratitude à mes directeurs de recherches :

Madame la Directrice Maryse BAUDREZ et Monsieur le co-encadrant Thierry SANTOLINI pour avoir accepté la direction de cette thèse. Qu'ils soient remerciés pour leurs conseils avisés et leur soutien continu.

Tout au long de mes études en droit j'ai suivi la lumière d'un phare, je tiens à remercier Richard GHEVONTIAN qui fut mon premier Professeur en droit constitutionnel et aussi le premier qui m'attribua des groupes de travaux dirigés dès la première année de doctorat.

Je remercie très chaleureusement ma Famille et mes proches qui ont su m'entourer de leur soutien précieux.

Je tiens à remercier sincèrement le personnel du Centre de Droit et de Politique Comparés Jean-Claude ESCARRAS et de la bibliothèque de la Faculté de droit de Toulon et d'Aix en Provence.

La Faculté de droit n'entend donner aucune approbation, ni improbation aux opinions émises dans cette thèse : ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Liste des abréviations

A.I.J.C.	Annuaire international de justice constitutionnelle
A.J. Pénal	Actualité juridique Pénal
A.J.D.A.	Actualité juridique de droit administratif
art.	Article d'une Constitution, d'une loi ou d'un texte
art. cit.	Article cité
Cass. civ.	Arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation
Cass. com.	Arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. crim.	Arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. soc.	Arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation
C.C.E.	Communication commerce électronique
C.D.P.C.	Centre de Droit et de Politique Comparés
CE	Conseil d'État
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'homme
Conv. ESDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme
CGU	Conditions générales d'utilisation
CNIL	Commission nationale de l'informatique et des libertés
CP	Code pénal
CPP	Code de procédure pénale
Cons.	Considérant
CJCE	Cour de Justice des Communautés Européennes
CJUE	Cour de Justice de l'Union Européenne
CC	Conseil constitutionnel
Cour const.	Cour constitutionnelle
D.	Dalloz
DDHC	Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen
DUDH	Déclaration Universelle des Droits de l'Homme
F.A.I.	Fournisseur d'accès à internet
G.D.C.C.	Grandes décisions du Conseil constitutionnel
G.A.F.A.M.	Google, Amazon, Facebook, Apple, Microsoft
Gaz. Pal.	Gazette du Palais

G.P.E.N.	Global Privacy Enforcement Network
H.A.D.O.P.I.	Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet
I.A.	Intelligence artificielle
I.C.A.N.N.	Internet Corporation for Assigned Names and Numbers
I.V.G	Interruption volontaire de grossesse
J.C.P.	Jurisclasseur périodique
J.O ou J.O.R.F.	Journal officiel de la République française
J.T.D.E.	Journal des tribunaux - droit européen
Journ. trib.	Journal des tribunaux
L.C.E.N.	Loi pour la confiance dans l'économie numérique
L.P.A.	Les petites affiches
Mél.	Mélanges
NTC	Nouvelles technologies de communication
NTIC	Nouvelles technologies de l'information et de la communication
O.N.U.D.C.	Office des Nations Unies contre la drogue et le crime
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
R.D. P.	Revue de droit public
R.D.U.E.	Revue du droit de l'Union européenne
Rec.	Recueil
Rev. dr. pen. crim.	Revue de droit pénal et de criminologie
Rev. gén. dr. inter. pub.	Revue générale de droit international public
R.F.D.A.	Revue française de droit administratif
R.G.P.D.	Règlement européen sur la protection des données personnelles
R.I.D.C.	Revue internationale de droit comparé
R.I.D.P.	Revue internationale de droit pénal
R.S.C.	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
R.T.D. Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
R.T.D.H.	Revue trimestrielle des droits de l'homme
R.U.D.H.	Revue universelle des droits de l'homme
S. n.	Sans nom
T. A.	Tribunal administratif

T.A.F.T.A.

Transatlantic Free Trade Area

T.I.C.

Technologies de l'information et de la communication

U.E.

Union européenne

PREMIÈRE PARTIE : LA DÉMOCRATIE RÉNOVÉE PAR LA LIBERTÉ DE COMMUNICATION NUMÉRIQUE

TITRE 1 : L'ÉVOLUTION DE LA LIBERTÉ DE COMMUNICATION NUMÉRIQUE DANS LA JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE

CHAPITRE 1 : LE CONTRÔLE DE LA CONSTITUTIONNALITÉ DES LOIS ET LA LIBERTÉ DE COMMUNICATION NUMÉRIQUE

CHAPITRE 2 : LE DÉVELOPPEMENT DE LA PROTECTION CONSTITUTIONNELLE DE L'ACCÈS À INTERNET ET DES COMMUNICATIONS NUMÉRIQUES À PARTIR DE LA DÉCISION HADOPI 1 DE 2009

TITRE 2 : LA CONSTITUTIONNALISATION PROGRESSIVE DE LA LIBERTÉ DE COMMUNICATION NUMÉRIQUE

CHAPITRE 1 : LE RENOUVEAU DE LA LIBERTÉ DE COMMUNICATION AVEC LE NUMÉRIQUE

CHAPITRE 2 : L'ÉVOLUTION DU RÉGIME CONSTITUTIONNEL DE LA LIBERTÉ DE COMMUNICATION AVEC LE NUMÉRIQUE

SECONDE PARTIE : L'EXERCICE ENCADRÉ DE LA LIBERTÉ DE COMMUNICATION ET LES DÉFIS LIÉS AU NUMÉRIQUE

TITRE 1 : UN ENCADREMENT INDUIT PAR LE RESPECT DES DROITS ET LIBERTÉS FONDAMENTAUX SUR INTERNET

CHAPITRE 1 : LE RESPECT DE LA DIGNITÉ HUMAINE SUR INTERNET

CHAPITRE 2 : LE RESPECT DE LA LIBERTÉ DE RELIGION SUR INTERNET

TITRE 2 : LA PRÉÉMINENCE DE LA SÉCURITÉ PUBLIQUE

CHAPITRE 1 : L'ACCÈS AUX DONNÉES ISSUES DES COMMUNICATIONS PAR LES SERVICES D'ÉTAT POUR LA SÉCURITÉ PUBLIQUE

CHAPITRE 2 : L'UTILISATION DE LA SÉCURITÉ PUBLIQUE POUR LA SURVEILLANCE DE MASSE

Introduction

*Ex facto oritur ius*¹

1. La « fondamentalisation », la consécration constitutionnelle, la garantie au niveau européen ou international de nouveaux droits émergents à l'ère numérique sont des sujets majeurs pour les constitutionnalistes au XXI^{ème} siècle. Les droits fondamentaux préexistants, renouvelés dans leur contenu ou leurs modes d'exercice, doivent sans doute faire l'objet de nouvelles analyses. Tel est le cas de la liberté d'expression, de la libre communication au sens de la Déclaration de 1789. La question de savoir si la « libre expression et communication numérique » en constitue un prolongement, un renouvellement, ou bien constitue un nouveau droit fondamental qu'il conviendrait de consacrer comme tel, et éventuellement d'encadrer spécifiquement, mérite attention. Le processus communicatif entraîne l'émission de messages². L'échange de messages permet à l'être humain d'avoir de l'influence sur les autres personnes et d'être influencé à son tour. Pour que la communication de ces messages soit une réussite, le récepteur doit être capable de décoder le message (de l'émetteur) et de l'interpréter. De fait, la communication par internet implique plusieurs nouveautés, tel un nouveau vocabulaire spécifique, avec notamment des nouveaux termes et symboles³. Internet est une technologie dont l'usage est devenu pour chacun nécessaire. Les rapports avec les services de l'État deviennent progressivement numériques et on assiste à un mouvement en faveur d'une « numérisation

¹ La maxime latine : « Du fait naît le droit », décrit le processus relatif au développement de la société et de l'ordre juridique selon lequel le droit évolue pour régler les nouvelles situations de la vie en société. *Ex facto oritur ius* s'applique à notre époque au droit du numérique ; du fait numérique, naît le droit numérique.

² Le mot « Messages » est ici envisagé *lato sensu*, il peut s'agir d'informations, de déclarations, de correspondances, de communications, de discours, de dépêches, de propos...

³ BENEDEK (W.), KETTEMANN (C.), *Liberté d'expression et internet*, Paris, Éd. du Conseil de l'Europe, 2015, pp. 66-68.

de l'Administration »⁴. En 2019, selon le communiqué de presse de Médiamétrie, en moyenne, les Français passent 2h12 chaque jour sur Internet. Mais ce chiffre cache de grandes disparités ; les 15% les plus connectés, soit 7,6 millions d'internautes, surfent près de 7 heures par jour (6h53) quand les plus modérés, soit 25,4 millions de Français, passent en moyenne 1h10 quotidienne sur la toile⁵. Cependant, la crise sanitaire liée à la pandémie de la Covid-19 et la politique de confinement de la population conduisent les statistiques à annoncer des fortes hausses générales entre 50 et 70%⁶.

2. L'agora grecque et le *forum* romain étaient les lieux publics de discussion des questions sociales, juridiques, et politiques. Ces débats étaient organisés par les gouvernants de l'époque, la parole était libre mais encadrée par des rites et coutumes fortement contraignants. Ces lieux favorisant la liberté d'expression et de communication ont progressivement évolué dans le temps jusqu'aux actuels forums de discussion et aux réseaux sociaux sur internet. Toutefois on peut relever que toute forme d'institutionnalisation des échanges est absente sur internet. Les droits fondamentaux sont protégés plus efficacement depuis le développement du contrôle de la constitutionnalité des lois, cependant on a constaté que cette protection peut conduire à nier les droits de l'homme, au profit de la prévention de certaines infractions. Comme l'affirme le Président du Conseil constitutionnel Laurent Fabius : « Nous sommes dans des temps où l'esprit public est un peu troublé et il est bon qu'il y ait une institution qui, quelles que soient les bourrasques d'aujourd'hui ou malheureusement de demain, soit là pour résister et pour dire le droit. Cette institution doit être incontestable, c'est-à-dire qu'elle doit s'appuyer sur des raisonnements juridiques, sur des textes et non pas sur tel ou tel parti pris politique ou idéologique. On connaît des temps qui ne sont pas faciles et on pourrait connaître des temps encore plus compliqués, et il faut que par rapport à cela qu'il y ait en particulier une institution qui soit capable d'affirmer quels sont les grands principes auxquels la France est et sera attachée, c'est le rôle du Conseil constitutionnel. Le droit c'est la traduction d'un certain état de la société mais c'est aussi un moyen de faire valoir des valeurs »⁷. Parmi les droits et libertés que protège le Conseil

⁴ Cf. Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique.

⁵ *L'année internet 2019*, Médiamétrie, publié le 20 février 2020, mediametrie.fr/fr/lannee-internet-2019

⁶ Insee.fr

⁷ Conférence de Monsieur Laurent Fabius, Président du Conseil constitutionnel, « Le Conseil constitutionnel, institution-repère de la République », Lille, Université de Lille Droit et Santé, 24 février 2017.

constitutionnel on trouve la liberté de communication, or aujourd'hui cette liberté est susceptible d'être menacée sur internet. Ce risque d'atteinte à la liberté de communication semble justifier qu'une étude y soit consacrée.

3. L'expression est amplifiée par l'utilisation du numérique. Le sujet de recherche impose une analyse qui soit en mesure de tenir compte des différents aspects qui touchent à la liberté de communication ainsi qu'à l'impact sur le droit de la révolution numérique. Les enjeux juridiques soulevés par les innovations numériques seront étudiés en partant du prisme constitutionnel et de la protection des droits fondamentaux de l'homme. Le numérique a induit à un bouleversement des frontières de l'expression. Selon la définition du dictionnaire Littré, le terme expression indique notamment une action de faire sortir, paraître au dehors, c'est-à-dire manière de rendre sa pensée par l'organe de la parole, ou à l'écrit⁸. Ainsi, cette conception de la formulation d'un message au travers de l'expression est démultipliée par l'utilisation du numérique. En effet, l'écrit n'est plus formalisé, la parole est désinhibée, et l'échange de messages est donc soumis à l'instantanéité et à l'immédiateté. Les frontières de l'expression s'en trouvent bouleversées. Fondatrice des droits individuels, la liberté d'expression permet de s'affranchir des codes sociaux, institutionnels et familiaux⁹. Son exploitation doit nécessairement être assortie de limites tant juridiques que sociales. Aussi, de nombreux propos peuvent se révéler attentatoires aux droits et libertés individuelles et collectives, par exemple c'est la raison d'être même du délit d'apologie du terrorisme, de diffamation, d'injure, et de menace. Par conséquent il a été nécessaire d'encadrer la liberté d'expression et de communication.

4. L'encadrement de la liberté d'expression et de communication. La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 dispose en son article 10 : « Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi », l'opinion désigne simultanément la réflexion intérieure et l'affirmation à laquelle elle aboutit. Elle définit, plus que toute autre caractéristique, l'être humain. Les libertés fondamentales et par conséquent la liberté d'expression et de communication des pensées et des opinions, inscrites dans la Déclaration de 1789, ont été

⁸ LITTRÉ (E.), *Dictionnaire de la langue française*, Paris, Éditions Librairie Hachette et Cie., 1863, p. 734.

⁹ ARISTOTE, *Rhétorique, Tome 1, Livre 1*, (entre 329 et 323 av. J. C.), Paris, Broché, 2003, pp. 58-60.

érigées au rang constitutionnel par le Conseil constitutionnel depuis la décision fondatrice « Liberté d'association » du 16 juillet 1971. Toutefois, la liberté d'expression comporte de nombreux aspects distincts et complémentaires. Elle se décline en effet en différentes composantes, celles-ci pouvant comporter une dimension humaine, sociale, politique, religieuse, et artistique. Cette conception extensive de la liberté d'expression, conduit cette dernière à être en évolution constante. En témoignent les récents développements de la communication liés à internet. Le citoyen bénéficie, dans le monde numérique de droits et libertés ayant fait l'objet d'une extension de fait, dont notamment la liberté de communication¹⁰. Toutes les sortes de formes de liberté d'expression sont facilitées et utilisées avec le numérique. Par conséquent, si la liberté de communication et d'expression est ancienne, l'émergence du numérique a conduit à nouveau à s'interroger à sa place au sein de notre droit positif.

5. La recherche d'un équilibre juridique à l'ère du numérique. Les normes de référence du Conseil constitutionnel évoluent en fonction des nécessités de protection de la vie en société. Dans cette logique progressive, théoriquement on devrait être à l'horizon de l'adjonction d'un élément supplémentaire aux normes de référence du Conseil constitutionnel. Au vu de l'importance de la liberté d'expression et de communication sur internet, le Conseil constitutionnel a rattaché le droit d'accès à internet aux droits fondamentaux constitutionnels, notamment à l'article 11 de la Déclaration de 1789. Depuis que le juge constitutionnel a rendu la décision du 10 juin 2009¹¹, en France l'accès à internet constitue un droit fondamental. Le Conseil constitutionnel dans sa décision du 10 juin 2009 a estimé qu'« en l'état actuel des moyens de communication et eu égard au développement généralisé des services de communication 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 », la liberté d'opinion de l'article 11 de la Déclaration de 1789, implique la liberté d'accéder à ces services. Ainsi, le Conseil constitutionnel aurait érigé la liberté d'accès à internet au rang de nouveau droit fondamental. Pour l'instant on assiste à une « fondamentalisation » *a minima* du droit relatif au numérique, notamment avec le droit

¹⁰ OBERDORFF (H.), « La liberté d'expression à l'ère numérique en Europe », *Politeia*, 2017, n° 31, p. 194.

¹¹ Cons. const., n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*.

d'accès à internet¹². En effet, le Conseil constitutionnel, est de façon traditionnelle lié à la recherche d'un équilibre juridique, notamment à travers le contrôle de proportionnalité. Il a donc procédé, en l'espèce, à un balancement des intérêts entre les dispositions qui régissent internet¹³ et la liberté d'expression.

6. La démonstration porte sur l'importance de la constitutionnalisation des droits fondamentaux intéressés par la communication numérique. Le fondement jurisprudentiel de la recherche est la jurisprudence du Conseil constitutionnel, notamment à partir de 2009 avec la décision *Hadopi 1*¹⁴. À titre liminaire notons qu'en proclamant dans les articles 10 et 11, la liberté d'expression et de communication des pensées et des opinions, la Déclaration de 1789, a marqué la naissance d'un véritable socle pour le développement de la démocratie libérale française. Deux siècles plus tard, dans la décision fondatrice du 11 octobre 1984¹⁵, le Conseil constitutionnel s'est fondé sur ces articles et a précisé que : « la liberté d'expression et de communication des pensées et des opinions est d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés ». Plus récemment cette jurisprudence du Conseil constitutionnel a été confirmée et actualisée dans la décision du 10 juin 2009, relative à la loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet¹⁶, permettant aux publicistes et aux constitutionnalistes de « s'intéresser » à la protection constitutionnelle du droit d'accès à internet et *a fortiori* du droit numérique. L'année 2009 doit donc être considérée comme une année très importante pour les droits fondamentaux dérivant du numérique. Il s'agit de l'apparition d'un début d'une protection constitutionnelle avec comme fondements constitutionnels : la liberté d'expression et de communication des pensées et des opinions pour garantir l'accès à internet. Elle est la source de la prise en considération constitutionnelle du numérique, mais cette prise en considération sera vraisemblablement continue et expansive vers d'autres droits numériques. Le terme

¹² Pour le moment c'est une ouverture pédagogique plutôt que normative.

¹³ Loi n°2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet.

¹⁴ Cons. const., n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet, (dite loi Hadopi 1)*.

¹⁵ Cons. const., n° 84-181 DC du 11 octobre 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*.

¹⁶ Cons. const., n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet, « loi Hadopi 1 »*.

« numérique » provient du latin « *numerus* » et signifie « représentation par nombres »¹⁷. Au XXI^{ème} siècle le terme « numérique » est employé dans la langue française pour désigner les nouvelles technologies d'information et de communication (NTIC). Une « révolution numérique » s'est produite pour de nombreuses technologies et services qui exploitent le calcul numérique, là où auparavant le traitement du signal était analogique¹⁸. L'amélioration de la qualité des réseaux de communications numériques, des services, et de l'équipement des populations encourage ces nouvelles manières d'être en relation avec autrui. Plus qu'une simple nouveauté, le numérique a permis la création d'un nouveau monde virtuel. La richesse du numérique est encore accentuée par la diversité de ses ramifications et par les nombreuses branches du droit qu'il englobe.

7. Les droits fondamentaux n'ont pas été établis scientifiquement mais dogmatiquement. Comme le souligne Julien Freund : « La création des sciences humaines, juridiques et sociales a mis en évidence que dès qu'une nouvelle science ou technique voit le jour on prétend vouloir définir immédiatement sa méthode, avant même qu'un nombre suffisant de recherches concrètes aient frayé empiriquement les nouvelles voies »¹. Il est possible en ce sens de parler de nos jours d'une intempérance méthodologique, les spécialistes de certaines sciences discutant à l'infini des méthodes théoriquement les plus appropriées plutôt que de se livrer à des analyses positives, alors que les méthodes fécondes ne s'élaborent, souvent, qu'au cours de la recherche même. Il est possible d'aborder le problème méthodologique de plusieurs façons : en raisonnant selon la seule idée qu'on se fait *a priori* d'une branche de la science juridique ou bien en raisonnant selon la nature des choses, ce qui veut dire suivant les démarches effectivement suivies au cours de la recherche¹⁹. Il va de soi qu'il sera préférable de s'en tenir à la seconde voie, car, bien que la science des droits fondamentaux soit toujours en développement, la nature et la pratique des choses fournit un certain nombre d'éléments. Le terme de « dogmatique » a pris de nos jours une signification plutôt péjorative, bien que l'affirmation dogmatique soit de loin la plus courante, y compris dans les milieux intellectuels, que l'assertion véritablement scientifique.

¹⁷ Paradoxalement à d'autres langues qui ont évolué à partir de la langue latine, telle la langue italienne et espagnole, et qui utilisent notamment le terme « digital » pour désigner les NTIC. Le terme « digital » vient du latin *digitus* qui signifie « le doigt ».

¹⁸ On a ainsi, les communications numériques, les médias numériques, etc.

¹⁹ FREUND (J.), « Méthodologie et sciences », Paris, pp. 155-156. In CASSIN (R.), *Amicorum discipulorumque liber*, Paris, Éd. Pedone, 1972, 384 p.

Aussi préfère-t-on : « par respect humain, de fausser de façon anti-scientifique le réel au prix d'un certain nombre de subterfuges terminologiques, plutôt que de se soumettre aux faits quand cette soumission risque de donner prise aux dédains des préjugés à la mode »²⁰.

8. La validité pratique des droits de l'homme dépend (souvent) de décisions politiques. Cette allégation se heurte d'emblée à une objection capitale qui se fonde sur la distinction entre droit naturel et droit positif²¹. Les droits de l'homme appartiennent au « règne des fins », au même titre que la liberté, la justice, le bonheur, c'est-à-dire qu'ils ne constituent pas le but propre d'une activité déterminée et spécifique, par exemple la politique, l'économie ou l'art, mais reposent, comme l'écrivait René Cassin, « sur un acte de foi dans l'amélioration de l'avenir et du destin de l'homme »²². On leur reproche aussi la qualité d'un simple droit positif, à cet égard, la terminologie est assez significative, puisqu'on refuse de les désigner comme des « lois ». De plus, à la différence de la loi ordinaire, on estime qu'ils ne peuvent jamais être abrogés, c'est-à-dire qu'ils continuent à subsister même si un État ne le reconnaissait pas ou cessait de les reconnaître. Ces difficultés s'accroissent du fait qu'il y a une certaine concurrence entre les divers instruments qui ne s'harmonisent pas toujours, même au niveau de la conception des principes²³. Cette étude vise à mener une réflexion sur la situation actuelle et la nécessité de rénover le droit constitutionnel à la liberté de communication et d'expression des pensées et des opinions à l'ère du numérique. Mener une telle recherche implique de procéder à une étude de droit comparé. Le droit européen et international doit bénéficier d'une attention particulière par le jeune chercheur. Cet impératif est notamment justifié par l'importance du « dialogue des juges » dans l'Union européenne²⁴. Plusieurs références implicites fondamentales à la justice européenne et internationale sont faites régulièrement par le Conseil constitutionnel.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Il ne s'agit pas ici de rouvrir le vieux débat qui oppose les partisans du droit naturel aux positivistes. Il ne s'agit pas non plus de nier le droit naturel, dont il faut reconnaître l'importance. Les juristes positivistes qui nient ouvertement le droit naturel le réintroduisent « frauduleusement » dans leurs raisonnements, sans prendre conscience de leurs manipulations.

²² René Cassin in FREUND (J.), *L'essence du Politique*, Paris, Éd. Dalloz, 1965, p. 637.

²³ Il y a d'une part la Déclaration Universelle des Nations Unies, de l'autre la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et enfin les Déclarations inscrites dans certaines Constitutions nationales.

²⁴ MARTENS (E.), *Le dialogue des juges*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 166 p.

9. Le droit constitutionnel protège de la violence la liberté d'expression et de communication²⁵. Hélas la paix se raconte et se communique très peu. Parmi ses objectifs, cette thèse a, humblement, l'ambition d'être un hommage au droit à la liberté, à la liberté d'expression et de communication des pensées et des opinions pacifiques. L'époque qu'on vit en Europe, et en France notamment devrait être merveilleuse. Néanmoins, on est entrés dans un nouveau type de guerre (en partie numérique), une sorte de « brouillard » qui paraît permanent, lié à des communications trop violentes et au risque d'attentats terroristes. Gaston Berger définit la prospective future comme étant « la recherche d'une attitude pour l'action, qui tienne compte des caractéristiques de l'avenir, en fonction de l'homme »²⁶. La recherche d'une attitude saine et pacifique pour les actions, ne doit pas être uniquement une philosophie mais un comportement actif. L'analyse de la mutation de nos sociétés ne permet pas de dégager une attitude qui tienne compte de ces caractéristiques de l'avenir et ce, pas en fonction de l'homme en tant que tel, mais parce qu'effectivement, dans les changements actuels, l'homme est ce qui change le moins et, par conséquent dans le numérique, il pourrait ne plus être l'invariant, mais la référence pour tous ceux qui veulent réfléchir aux meilleures conditions de l'action dans un monde en bouleversement. Au XXI^{ème} siècle, à l'ère de l'essor d'internet et du numérique, il n'est plus possible de protéger l'être humain en continuant à utiliser uniquement les fondements référentiels traditionnels du droit fondamental constitutionnel, un renouveau est nécessaire.

10. Internet est un vecteur puissant de la liberté fondamentale d'expression et de communication. D'emblée on a fait le constat que la liberté d'expression et de communication n'est pas un droit absolu, tant en droit interne qu'en droit européen et international cependant l'accès à internet est devenu une nécessité absolue. Ainsi les points de départ de l'étude sont notamment les articles 10 et 11 de la Déclaration de 1789, et la décision du Conseil constitutionnel du 10 juin 2009, décision *Hadopi 1*, relative à la loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet²⁷. Cette thèse est focalisée sur le droit public français et le droit fondamental constitutionnel est la branche du droit

²⁵ « Les mots sont (trop) souvent belliqueux », in ERNAUX (A.), *L'écriture comme un couteau*, Paris, Éd. Folio, 2011, p. 110.

²⁶ CASSIN (R.), *Amicorum discipulorumque liber*, Paris, Éd. Pedone, 1972, p. 245.

²⁷ Cons. const., n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*.

public qui est majoritairement étudiée. Dans notre recherche il a fallu se fonder sur trois distinctions : découvrir, vérifier, et démontrer. Ces distinctions correspondent aux trois grandes étapes intellectuelles de la thèse. Pour découvrir il a fallu de la réflexion sur le sujet de recherche, seules les idées liées au droit constitutionnel, au droit international et au droit numérique, qu'on a eu en avançant dans la recherche, ont mérité de faire partie intégrante de cette thèse. La vérification, il a fallu analyser le concept développé par le Conseil constitutionnel ; l'accès à internet en tant que droit fondamental dérivant de la liberté de communication, pour en faire l'élément de savoir à présenter dans la recherche. La démonstration, après avoir découvert le concept il a fallu l'expliquer et l'argumenter juridiquement notamment au regard du rapport entre la justice constitutionnelle et les nouvelles technologies de l'information et de la communication connectées avec internet.

11. Un constat de nouveautés, de changements et parfois de bouleversements liés à la liberté de communication numérique. La démarche empirique serait la démarche qui permet le mieux la liberté et l'expression des idées. En effet, dans notre recherche on est partis sans avoir des préjugés relatifs à la liberté constitutionnelle d'expression et de communication des opinions à l'ère du numérique et en se fixant comme objectif d'étudier les solutions actuelles. Dans cette logique, on essaye de tirer les enseignements du droit comparé pour, quand on l'estime nécessaire, faire progresser le droit national. Le droit constitutionnel a été longtemps victime de ce que le Doyen Louis Favoreu appelait le « politico-centrisme », une science qui est politique et qui a pris toute la place dans le droit constitutionnel. Cette étude, par sa stricte liaison avec l'actualité et l'évolution technologique et juridique est un constat de nouveautés, de changements et parfois de bouleversements. La jurisprudence constitutionnelle, concernant de nombreuses questions numériques, est encore mouvante et vraisemblablement en train de s'affermir. Plusieurs questions relatives au numérique et à son imbrication avec les droits et libertés fondamentaux seront soulevées et discutées, notamment la « fondamentalisation » de l'accès à internet, l'adaptation et l'adaptabilité des principes traditionnels à ce nouveau domaine, l'opportunité de constitutionnaliser de nouveaux principes relatifs au numérique, les avantages et les inconvénients du réseau, avec les solutions actuelles et envisagées pour y remédier.

12. Une nécessité fondamentale : l'accès à internet. Selon le Conseil des droits de l'homme de l'ONU « le caractère global et ouvert d'internet en fait un moteur du

développement sous ses diverses formes »²⁸. Ce développement est économique et social²⁹, en 2018, plus de 90.000 mails étaient échangés par minute en France³⁰. Internet a une importance significative à l'heure actuelle : il est utilisé pour les tâches de la vie quotidienne ; de la lecture des actualités aux moyens de paiement en ligne par exemple. Pour ces raisons, il est absolument nécessaire que l'accès à internet soit considéré comme un véritable droit de l'homme. Bien que le Conseil des droits de l'homme l'ONU ait adopté le 1^{er} juillet 2016 une résolution non-contraignante « pour la promotion, la protection et l'exercice des droits de l'homme sur internet », au niveau national, il faudrait d'une part accompagner constitutionnellement le développement d'internet en faveur des droits fondamentaux et de la démocratie, et d'autre part, il faudrait éviter la marginalisation numérique des citoyens fragiles notamment à cause du *digital divide*³¹. L'État pourrait donner la place constitutionnelle nécessaire à ce nouveau moyen de communication. À l'ère du numérique cette approche aurait le mérite de coordonner plusieurs politiques relatives à l'être humain et au numérique dans le futur. Le numérique est une réelle opportunité au service de l'être humain, de l'individu, du collectif, et de l'État. La transformation numérique et l'adaptation juridique sont un chantier ouvert devant nous qui possède une double dimension tant législative que constitutionnelle. Un renforcement et une évolution des règles sont nécessaires.

13. La France est au 1^{er} rang des nations numériques en Europe et à la 4^{ème} place au niveau mondial dans le classement de l'ONU sur les e-Républiques. Pauline Türk dans son étude sur la citoyenneté à l'ère du numérique, souligne que le rapport mondial 2016 de l'Union interparlementaire sur l'e-parlement³² fait ressortir que les nouvelles technologies et les réseaux sociaux ont entraîné de profonds changements de

²⁸ Conseil des droits de l'homme de l'ONU, projet de résolution sur la promotion, la protection et l'exercice des droits de l'homme sur internet, 29/06/2012.

²⁹ Internet propose un accompagnement à la population, notamment avec des offres d'emploi en ligne. 40% de la population active est née après le développement numérique.

³⁰ KRABAL (J.), La modernisation Numérique, Séance à l'Assemblée Nationale, 24 mai 2018, La Chaîne Parlementaire, Paris.

³¹ Ce terme désigne l'écart entre ceux qui utilisent les potentialités des nouvelles technologies de l'information et de la communication pour leurs besoins personnels ou professionnels et ceux qui ne sont pas en état de les exploiter faute de pouvoir accéder aux équipements ou faute de compétences.

³² L'Union interparlementaire a analysé les pratiques de 114 chambres parlementaires dans 88 pays, enrichissant son enquête des contributions de 33 entités d'observation du travail parlementaire de 31 pays.

Cf. www.ipu.org/fr/ressources/publications/rapports/2016-07/rapport-mondial-2016-sur-le-parlement.

l'environnement opérationnel et du paysage culturel des parlements. En effet le parlement numérique est une réalité dynamique qui relie directement l'institution à ceux qu'elle sert par des moyens toujours plus performants. De nos jours le plus grand nombre de parlements sont dotés d'un site web, devenu le principal canal de communication parlementaire, et la plupart utilisent les réseaux sociaux, Facebook et Twitter en tête. Dans la moitié des parlements, les technologies numériques ont significativement amélioré les capacités de diffusion d'information et de documentation à destination du public et approfondi l'interaction avec les citoyens. De plus, la mise à disposition des comptes rendus de séance, l'accessibilité des données relatives aux débats en cours, aux votes, aux amendements en discussion, sont facilitées et accélérés³³. Cette facilitation et accélération de l'accessibilité permise par le numérique peut aussi avoir des inconvénients, ainsi il est nécessaire de protéger en permanence le citoyen et de lui garantir de nouveaux droits, notamment aujourd'hui avec le numérique. L'exploitation des données par les grandes entreprises du numérique et les services étatiques peuvent constituer une menace préoccupante. À cet égard, on peut légitimement craindre une utilisation arbitraire de certaines informations. En témoignent les procédés employés par certains régimes dictatoriaux qui consistent à incriminer des actes spécifiques, tels que des appels à des regroupement, pour éviter tout commencement de révolte populaire. Internet constitue un danger pour les dirigeants de ces États car ce procédé peut constituer un moyen facilitant la prise de conscience collective et une insurrection conduisant ainsi ces derniers à apporter des restrictions à la liberté d'expression et de communication.

14. Le numérique a conduit à la mutation du contexte des soulèvements populaires.

Pour s'en convaincre, il suffit de se référer au phénomène du « printemps arabe » où c'est internet et plus particulièrement les réseaux sociaux qui ont rendu possible les révolutions en Tunisie et en Égypte. D'autres exemples en ce sens peuvent être donnés avec les soulèvements en Libye, en Syrie et au Venezuela. Cette incidence d'internet sur la forme des révolutions est également perceptible avec l'organisation et la retransmission en direct des manifestations en ce qu'elles constituent un moyen de prévenir les arrestations ou répressions injustifiées. Un tel constat n'empêche pas pour autant de mettre l'accent sur la nécessité de l'encadrement de l'utilisation des réseaux sociaux pour des considérations

³³ TÜRK (P.), « La citoyenneté à l'ère du numérique », Paris, *RDP*, 2018, p. 623.

tenant à la protection de l'ordre public. À n'en pas douter, la liberté qui règne sur internet et les réseaux sociaux est susceptible de porter atteinte à certains principes essentiels. À titre d'exemple, l'anonymat permet une parole sans limites mais qui devrait être encadrée. Il en résulte un problème de compatibilité avec l'ordre public que l'on peut qualifier d'ordre public immatériel. Cette limite ne doit cependant pas constituer une restriction excessive. À cet égard, la protection de la sécurité publique doit garantir la fonction démocratique de la liberté de communication dans ce nouveau contexte qu'est internet.

15. Comme soulignait René David : « Le droit comparé et les modèles juridiques étrangers influencent le droit national »³⁴. Le droit fondamental numérique n'est pas mentionné dans les dispositions des Constitutions et des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme. Force est de constater que cette nouvelle typologie de droits fondamentaux n'est pas vraiment prise en considération par les normes fondamentales. Dès lors, la décision fondatrice du Conseil constitutionnel de 2009, reconnaissant le droit d'accès à internet est une grande avancée. Mais celle-ci gagnerait à être amplifiée et érigée au plus haut rang de la hiérarchie des normes nationales et internationales. Il s'agit d'une situation qui est en pleine évolution. En effet, même si les Constitutions nationales et les traités internationaux ne consacrent pas encore explicitement un tel droit, la Cour EDH le fait notamment concernant les sites internet depuis l'arrêt *Yildirim c. Turquie*³⁵. Dès lors, il est possible de supposer un glissement en faveur d'une progressive consolidation du droit relatif à l'accès à internet aux communications numériques vers un droit fondamental.

16. L'application indistincte à tous les médias de l'article 10 de la Convention EDH. Les caractéristiques uniques et particulières d'internet ont rendu nécessaire l'adaptation des concepts traditionnels défendus par la Cour EDH. La Cour a rappelé que les principes de la liberté d'expression contenus dans l'article 10 peuvent être appliqués directement et sous une forme indistincte à tous les médias. Plusieurs droits sont strictement liés à la liberté d'expression prévue par la Convention européenne : le droit au respect de la vie privée dans la correspondance ; le droit à la liberté de réunion et d'association pacifiques ; le droit

³⁴ DAVID (R.), *Traité élémentaire de droit civil comparé*, Paris, LGDJ, 1950, p. 175.

³⁵ Les juges de la Cour EDH ont sanctionné la mesure prise par les autorités turques, qui, voulant restreindre l'accès à un seul site hébergé par les services de Google, ont finalement bloqué le domaine tout entier. Cour EDH, 2^e Sect., 18 décembre 2012, *Ahmet Yildirim c. Turquie* (déf), n° 3111/10.

d'exprimer sa religion ou ses convictions. L'article 10 ne reconnaît pas la liberté d'expression en tant que liberté absolue et le paragraphe 2 précise que la liberté d'expression peut être limitée en fonction de certains intérêts. On pourrait se demander si ces exceptions sont trop larges. Toutefois, aux États-Unis et dans d'autres pays qui offrent une solide protection constitutionnelle de la liberté d'expression, certaines restrictions sont autorisées, à condition qu'elles soient autorisées par une décision judiciaire. Lorsqu'on analyse l'article 10 on se rend compte à quel point un article ainsi rédigé est préférable car la liste des restrictions possibles est limitée et le même article 10 réaffirme que toute restriction à l'exercice de la liberté d'expression doit consister en une limitation "prévue par la loi" et "nécessaire dans une société démocratique" pour sauvegarder l'un des intérêts indiqués. L'application des exceptions mentionnées au paragraphe 2 est toujours basée sur le contexte juridique et nécessite un examen au cas par cas. Le Conseil constitutionnel trouve dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme un catalogue de droits beaucoup plus récent que la Déclaration de 1789. Cependant et de façon traditionnelle cette influence est difficile à sonder vu que le Conseil constitutionnel ne s'y réfère pas expressément. La Cour JUE n'est pas intervenue quant au droit d'accès à internet. Elle a eu l'occasion de dire en 2018 que l'accès à internet implique des responsabilités notamment après les décisions sur les « *cookies* » où la Cour JUE souligne que le consentement doit être spécifique³⁶, et sur le droit à l'oubli³⁷. Elle a avec l'arrêt du 3 octobre 2019, *Eva Glawischnig-Piesczek c/ Facebook Ireland Limited*³⁸ été sollicitée au regard des contenus illicites dans les réseaux sociaux. La Cour avait à juger une affaire comportant des messages haineux contre une députée de nationalité autrichienne.

17. La censure partielle par le Conseil constitutionnel le 18 juin 2020 de loi dite « Avia » contre la haine sur internet, contre l'homophobie, le racisme, le sexisme³⁹. Les atteintes à la liberté d'expression par la voie législative sont nécessaires pour garantir le

³⁶ Pour la Cour JUE le placement de cookies requiert le consentement actif des internautes. v. CJUE, 1^{er} octobre 2019, aff. C-673/17 *Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband eV/Planet49 GmbH*.

³⁷ CJUE (grande chambre), 24 septembre 2019, aff. C-136/17, *GC e.a. c/ Commission nationale de l'informatique et des libertés* et CJUE (grande chambre), 24 septembre 2019, aff. C-507/17, *Google LLC c/ Commission nationale de l'informatique et des libertés*.

³⁸ CJUE, 3 octobre 2019, aff. C-18/18, *Eva Glawischnig-Piesczek c/ Facebook Ireland Limited*.

³⁹ Cons. const., n° 2020-801 du 18 juin 2020, *loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet*.

respect des personnes⁴⁰. Le Conseil constitutionnel avec sa décision du 18 juin 2020 est venu préciser que les opérateurs internet ne peuvent pas être les censeurs de la liberté d'expression. Le Conseil constitutionnel n'a pas retenu une conception extensive de la liberté d'expression et de communication s'agissant des atteintes indirectes à celles-ci. Une telle approche a été adoptée pour les mesures de recueil de données de connexion. Cependant, certaines dispositions en la matière jugées conformes à la constitution sont susceptibles de conduire les individus à ne pas communiquer avec certaines personnes ou à exprimer librement leurs opinions en raison de la crainte que leurs correspondances ou propos ne soient analysés par les services de renseignement. On ne saurait exclure qu'il existe dans cette hypothèse une atteinte à la liberté d'expression et de communication. Or, dans le cadre de son examen de conformité à la constitution de la loi visant à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers⁴¹, le Conseil constitutionnel a confronté les dispositions concernées exclusivement au droit au respect de la vie privée⁴². Lorsque le Conseil constitutionnel a contrôlé la conformité de la loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière qui autorisait le juge des libertés et de la détention à effectuer des interceptions de correspondances, il l'a également fait au regard du droit au respect de la vie privée, sans comparer ces dispositions à la liberté d'expression ou de communication⁴³. Celui-ci a estimé que le non-respect du droit au respect de la vie privée affecte la liberté individuelle⁴⁴, et rattache le droit au respect de la vie privée à l'article 2 de la Déclaration de 1789⁴⁵. De plus, le Conseil constitutionnel a jugé que : « les droits naturels et imprescriptibles de l'Homme proclamés par cet article impliquent le respect de la vie privée »⁴⁶. La Cour JUE a déjà eu l'occasion de dire en 2018 que l'accès à internet implique des responsabilités. Certains

⁴⁰ *Loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet, 2020.*

⁴¹ Cons. const., n° 2005-532 DC du 19 janvier 2006, *Loi relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers.*

⁴² *Ibidem.*

⁴³ Cons. const., n° 2013-679 DC du 4 décembre 2013 *relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière.*

⁴⁴ Cons. const., n° 97-389 DC du 22 avril 1997, *Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration.*

⁴⁵ DDHC Art. 2 : « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression ».

⁴⁶ Cons. const., n° 99-416 DC du 23 juillet 1999, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle* ; n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité* ; n° 2010-604 DC du 25 février 2010, *Loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public.*

messages publiés sur internet peuvent porter atteinte à une ou plusieurs personnes, il ne faut pas courir le risque d'aggraver les nombres des cas de censure de la part des sociétés gestionnaires des réseaux sociaux⁴⁷. Par exemple, le détenteur d'une connexion à Internet, par laquelle des atteintes aux droits d'auteur ont été commises au moyen d'un partage de fichiers, ne peut pas s'exonérer de sa responsabilité en désignant simplement un membre de sa famille qui avait la possibilité d'accéder à cette connexion⁴⁸. Ainsi la Cour JUE impose à l'exploitant du moteur de recherche de prendre, si nécessaire, des mesures suffisamment efficaces pour assurer une protection effective des droits fondamentaux. Cependant et concernant le déréférencement, dans l'arrêt *Google c/ CNIL* du 24 septembre 2019 et contrairement à l'avis de la CNIL, qui soutenait l'idée d'un déréférencement mondial, elle a décidé que l'obligation de déréférencement imposée aux moteurs de recherche ne visait que les versions de son moteur correspondant à l'ensemble des États membres⁴⁹.

18. Internet *res communis*, les réseaux numériques ont contribué à l'évolution de notre société moderne. En ce sens, internet pourrait rejoindre la catégorie des *res communis*⁵⁰. C'est dire l'importance que représente la possibilité d'accéder à internet. Il s'agit d'ailleurs de l'un des points principaux de la loi pour une République numérique dite « loi Lemaire » adoptée en 2016⁵¹ en ce que son article 30 permet le maintien temporaire des connexions internet pour les foyers les plus défavorisés en cas d'échec dans l'exécution d'un paiement prévu dans un contrat de fourniture d'accès à internet⁵². Celle-ci constitue en ce sens une grande avancée : elle assure une protection du droit d'accès à internet. L'objectif de cette thèse a été, en partant de la reconnaissance du droit d'accès à internet, de développer les intérêts de la constitutionnalisation des droits fondamentaux relatifs au numérique⁵³. La

⁴⁷ CJUE, 18 octobre 2018, aff. C-149/17, *Bastei Lübbe GmbH & Co. KG/Michael Strotzer*

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ CJUE (grande chambre), 24 septembre 2019, aff. C-507/17, *Google LLC c/ Commission nationale de l'informatique et des libertés*.

⁵⁰ Chose commune.

⁵¹ Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique

⁵² « En cas de non-paiement des factures, la fourniture d'énergie et d'eau, un service téléphonique restreint et un service d'accès à internet sont maintenus jusqu'à ce qu'il ait été statué sur la demande d'aide. Le service téléphonique restreint comporte la possibilité de recevoir des appels ainsi que de passer des communications locales et vers les numéros gratuits et d'urgence » in Article 30 de la loi pour une République numérique.

⁵³ ROUVIÈRE (F.), « Comment construire un concept juridique ? », séminaire doctoral, Université d'Aix-Marseille, 1^{er} mars 2016, en ligne sur <https://www.youtube.com/watch?v=WW0V8dCaY8>

« prise d'une certaine hauteur », a été nécessaire pour qualifier et souligner la grande valeur actuelle et future du numérique, notamment afin d'éviter la *de lege ferenda*. Le caractère non contingent de la prise en considération spécifique de la constitutionnalisation du droit numérique conduit à une situation d'impasse juridique. Dans le cadre de cette recherche il a été nécessaire de soulever plusieurs questions interdisciplinaires relatives au juridique et au numérique.

19. Le sujet de la thèse requiert une fusion entre deux thèses. L'une, plus traditionnelle concernant la liberté de communication et l'autre plus futuriste portant sur le droit constitutionnel du numérique ou, plus précisément, sur le droit constitutionnel d'internet. Un des défis auxquels on a été confrontés était justement celui de trouver un équilibre entre ces deux volets et, en même temps, de trouver un fil rouge capable d'assurer une cohérence générale à l'exposition du travail de recherche. À titre préliminaire il s'agira de présenter la liberté d'expression et de communication des pensées et des opinions à travers sa fonction démocratique avec la communication numérique (§ I), puis on étudiera l'importance du droit fondamental d'accès à internet reconnu par le Conseil constitutionnel avec la décision *Hadopi 1* (§ II).

§ I. La fonction démocratique de la communication numérique

20. La communication numérique, un bouleversement de la démocratie. Révolutionnant la relation *ad tempus*⁵⁴, désormais instantanée, et la relation *ad spatium*⁵⁵, devenue sans frontières, l'actuelle révolution numérique est à l'origine d'une évolution générale de nos sociétés, dans leurs cultures, dans leurs modes de communication, dans leurs modes économiques, dans l'espace public comme la sphère privée. La liberté de communication, aux termes de l'article 11 de la Déclaration de 1789, devrait constituer « l'un des droits les plus précieux de l'Homme », y compris lorsqu'elle déplaît ou choque. Les droits et libertés fondamentaux protégés en France, et l'organisation institutionnelle française sont historiquement pris en exemple par de nombreux États en voie de construction

⁵⁴ Dans le sens de la relation au temps, devenu instantané avec les communications numériques.

⁵⁵ Dans le sens de la relation aux espaces. Internet est un phénomène transfrontalier qui apporte des avantages pour par exemple communiquer avec tout internaute dans le monde ou chercher des informations, mais qui amène aussi des inconvénients, notamment concernant son encadrement législatif et concernant l'exécution des décisions de justice.

démocratique. Le numérique a un impact positif dans la démocratisation et dans l'information des citoyens. Selon Henri Oberdorff, la liberté d'information et de documentation a pris une nouvelle densité pour les citoyens⁵⁶. En effet, la loi de 2016 pour une République numérique amplifie l'évolution de l'accès aux données publiques et donne, par là même, une réalité au droit à la communication des documents administratifs.

21. L'évolution du journalisme avec les médias numériques⁵⁷. Les journalistes sont souvent les relais médiatiques des lanceurs d'alerte. Dans cette logique : les lanceurs d'alerte⁵⁸ devraient bénéficier d'une protection accrue. Avec l'émergence de la communication numérique à travers internet, plusieurs nouvelles questions sur les violations des communications sont apparues. Nombreuses sont les situations d'abus, d'espionnage et de violation des correspondances⁵⁹. Le smartphone du journaliste avait été surveillé par le Renseignement Intérieur et l'Inspection Générale des Services⁶⁰. On est face à la nécessité d'instaurer une meilleure protection du journaliste par rapport aux institutions étatiques. On constate qu'en France comme à l'étranger, beaucoup de journalistes risquent d'être exposés à l'espionnage d'État. La mise en œuvre des politiques de protection de la population ne doit pas conduire à l'attaque des libertés individuelles et au détournement de celles-ci. Il s'agira de démontrer l'évolution des libertés des droits du citoyen avec la communication numérique **(A)**, ayant permis la création d'un nouvel espace pour l'exercice de la démocratie **(B)**.

⁵⁶ OBERDORFF (H.), « La République numérique : un nouvel espace pour de nouveaux droits ? », *RDP*, 2018, p. 665.

⁵⁷ La question forte pour les journalistes, c'est la question de la protection de leurs sources. Les journalistes peuvent protéger leurs sources, il y a eu des arrêts importants, y compris des arrêts de la Cour EDH, tel l'arrêt *Goodwin c/ RU* où la Cour EDH rappelle cet impératif de la protection des sources journalistiques à condition que cette protection n'aboutisse pas à commettre des exactions contre l'ordre public. La législation de 2010 sur la loi sur la protection du secret des journalistes indique de manière expresse : « il ne peut être porté atteinte directement ou indirectement au secret des sources que si un impératif prépondérant d'intérêt public le justifie et si les mesures exigées sont strictement nécessaires et proportionnées au but poursuivi ». Cour EDH, 27 mars 1996, *Goodwin c/ RU*, n° 17488/90, §32.

⁵⁸ Le terme « lanceur d'alerte » a été inventé dans les années 1990 par les sociologues Francis CHATEAURAYNAUD et Didier TORNAY. Le lanceur d'alerte désigne une personne ou un groupe qui estime avoir découvert des éléments qu'il considère comme menaçants pour l'homme, la société, l'économie ou l'environnement et qui décide de les porter à la connaissance d'instances officielles, d'associations ou de médias, parfois contre l'avis de sa hiérarchie.

⁵⁹ Cf. le cas du journaliste Gérard Davet du journal *Le Monde* chargé de l'enquête sur l'affaire Bettencourt.

⁶⁰ Le 1^{er} septembre 2011, le ministre français de l'Intérieur, Claude Guéant, avait reconnu que le service de renseignement français avait espionné les conversations téléphoniques de Gérard Davet.

A – L'évolution des droits du citoyen avec la communication numérique

22. L'individu est en constante évolution. Antoinette Rouvroy estime que nous aimons à nous penser, individus du XXI^{ème} siècle, comme des processus en constante évolution, non clôturés, peu définis, pour les possibilités de nouveautés que cette absence de définition rend possible plutôt que comme des êtres finis, achevés, définitivement rangés dans un statut social, une profession, une catégorie, raison pour laquelle on tient à garantir juridiquement, à travers le droit à la protection de la vie privée notamment, une forme d'immunité contre les contraintes déraisonnables dans la construction de sa propre identité⁶¹. Ce point de notre réflexion liminaire est central car les réalités sociales, humaines, économiques et juridiques impliquent une mise à jour permanente et continue du droit, notamment aujourd'hui avec les NTIC et le numérique. Parmi tous les domaines qui sont particulièrement transformés par le numérique, le domaine légal est sans doute celui qui est le plus compliqué à appréhender, notamment à cause de l'hétérogénéité des domaines qui doivent être maîtrisés : droit, technologie, philosophie...⁶².

23. Internet contient en lui-même les germes de la démocratie. Sa diffusion et son utilisation conduisent à une plus grande transparence et circulation de l'information dans tous les domaines de la vie économique, politique et sociale de notre époque, accélérant le processus de "démocratisation réelle" de la société. Le principe sur lequel repose Internet est la nécessité de décentraliser les centres de décision, permettant à plusieurs nœuds du réseau de communiquer entre eux par de multiples voies possibles, non préétablies. Ce moyen de communication avait été conçu pour une éventuelle guerre nucléaire, par le commandement militaire américain, pour augmenter les possibilités de défense en cas d'attaque nucléaire sur le Pentagone, décentralisant les centres de décision militaires américains sur de nombreux points du territoire, reliés entre eux dans un réseau non hiérarchique. Ce besoin militaire a en effet commencé à changer la structure du pouvoir du monde entier, basée sur des structures pyramidales et descendantes qui, principalement grâce à leur pouvoir, contrôlent

⁶¹ ROUVROY (A.), « La gouvernementalité algorithmique : radicalisation et stratégie immunitaire du capitalisme et du néolibéralisme ? », *La deleuziana – Revue en ligne de philosophie* – ISSN 2421-3098 n. 3 / 2016 <http://www.ladeleuziana.org/wp-content/uploads/2016/12/Rouvroy2f.pdf>

⁶² AUGIER (M.), *La société numérique*, Paris, Éditions L'harmattan, 2016, 252 p.

les informations et les redistribuent en fonction de leur utilisation et de leur consommation par les citoyens.

24. La menace terroriste actuelle. La menace terroriste actuelle paraît être tellement présente que l'intérêt général et la protection de la sécurité publique semblent devoir primer malgré les traditionnelles garanties relatives notamment au nécessaire respect des textes constitutionnels. Le Conseil constitutionnel lors de son contrôle de la loi fonde ses raisonnements en grande partie sur le respect par la loi de la proportionnalité entre l'objectif sécuritaire à atteindre et la protection des droits et libertés fondamentaux⁶³. Ces propos peuvent s'appuyer sur un exemple d'inconstitutionnalité de dispositions visant à surveiller les communications⁶⁴. Il s'agit de celles qui figuraient à l'article L 811-5 du Code de la sécurité intérieure, reformulant le dispositif de surveillance et de contrôle des communications dont l'inconstitutionnalité et la violation du respect de la vie privée a été mise en évidence par Olivier Le Bot : « Pour être conformes à la Constitution, les atteintes à ce droit doivent être justifiées par un motif d'intérêt général et mises en œuvre de manière adéquate et proportionnée à cet objectif ». L'exigence de proportionnalité de la restriction fait défaut en l'absence de tout encadrement de celle-ci. La disposition en cause n'interdisait pas que les mesures qu'elle autorise puissent être utilisées "à des fins plus larges" que la mise en œuvre des seules exigences constitutionnelles inhérentes à la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la nation. La loi ne définit pas « la nature » des mesures de surveillance et de contrôle que les pouvoirs publics sont autorisés à prendre. Et surtout, les dispositions en cause « ne soumettent le recours à ces mesures à aucune condition de fond ni de procédure et n'encadrent leur mise en œuvre d'aucune garantie⁶⁵. On peut moduler la garantie des droits en fonction de la nécessité de la société, et sous l'effet des attentats terroristes, l'attitude jurisprudentielle du Conseil constitutionnel a été en faveur de la protection de la sécurité⁶⁶.

⁶³ LE BOT (O.), « L'oubli d'intégrer les communications hertziennes dans le droit commun du renseignement », Paris, *Constitutions*, 2016, pp. 653-655.

⁶⁴ Cons. const., n° 2016-590 QPC du 21 octobre 2016, *La quadrature du Net et autres (surveillances et contrôle des transmissions empruntant la voie hertzienne)*.

⁶⁵ LE BOT (O.), « L'oubli d'intégrer les communications hertziennes dans le droit commun du renseignement », Paris, *Constitutions*, 2016, pp. 653-655.

⁶⁶ V. par ex. Cons. const., n° 2016-600 QPC du 2 décembre 2016, *M. Raïme A. [Perquisitions administratives dans le cadre de l'état d'urgence III]*.

La réforme pénale⁶⁷ est intervenue malgré le fait qu'aux États-Unis des dispositions similaires avaient déjà été adoptées sans pour autant aboutir à d'efficaces résultats. En tout état de cause, et malgré cette comparaison de cadres juridiques, un point commun intéressant rapproche ces systèmes, la volonté de la loi anti-terroriste d'accentuer la protection des citoyens, priorité qui reste l'un des objectifs principaux de l'État.

25. Les lois sur le renseignement ouvrent la possibilité d'une récolte massive et d'un traitement généralisé d'informations personnelles et privées. Ce type de moyens, dont l'inefficacité a été démontrée dans les États qui l'ont mis en place, ne sont, en l'état actuel, ni susceptibles d'un encadrement précis, ni une assurance absolue contre les attaques et attentats terroristes. Cela d'autant que les moyens humains des services de renseignement sont encore insuffisants en qualité et en quantité pour parvenir à éradiquer les racines djihadistes qui conduisent des dizaines d'hommes et femmes radicalisés à rejoindre les rangs de l'organisation terroriste ISIS ou agir, comme dans l'attentat de *Nice*, en « loups solitaires ». L'instauration de l'état d'urgence permet de contrôler les communications qui ne sont pas cryptées et qui ne sont pas effectuées à travers le *dark web*. Le terme *darkweb* définit non seulement le web non indexé et non accessible par des moyens standards mais aussi le web criminel ; il n'existe pas un terme pour différencier les deux, et dans l'imaginaire collectif, ce terme définit surtout le web criminel. L'utilisation du *dark web* permet en effet d'échapper à toute surveillance de la part des forces de l'ordre. Le contrôle du *dark web* est unanimement retenu par tous les spécialistes du numérique, comme impossible car les communications effectuées à travers le *dark web* sont anonymes et ne laissent aucune trace IP rendant impossible la localisation de leurs auteurs⁶⁸. En amont des questions relatives à « l'internet caché » et l'exception de l'état d'urgence, se pose celle de l'intérêt de l'exception de l'état d'urgence en matière numérique alors que les services de renseignement sont conscients de ne pas pouvoir avoir accès à de nombreuses communications secrètes effectuées à travers cet « internet caché ». Dans la situation actuelle où les terroristes cherchent précisément à

⁶⁷ Loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et portant mesures de renforcement de la lutte antiterroriste.

⁶⁸ Notons que l'anonymat a déjà eu de graves conséquences dans le passé, et notamment l'envoi des lettres anonymes a permis la délation sous l'occupation pendant la Seconde Guerre mondiale. En France plus de 3 millions de lettres anonymes ont été envoyées dénonçant les voisins, les concurrents ou même des membres de la famille.

réduire les libertés fondamentales, il peut sembler paradoxal qu'on les restreint, sans privilégier d'autres voies moins coercitives.

26. La nécessité d'un droit d'accès à internet avec des droits corollaires protecteurs.

Un des grands risques relatifs à internet concerne la manipulation des communications, des informations et la possibilité de masquer la réalité. Cette réalité masquée est possible avec les « bulles de filtres »⁶⁹, la censure des informations et le contrôle des médias sociaux. Aujourd'hui le plus grand rempart contre ces agissements est le fait d'être conscients de ces pratiques douteuses et critiquables. D'emblée il est possible d'affirmer que les « bulles de filtres » peuvent porter atteinte et fausser la démocratie numérique. Repenser le domaine constitutionnel uniquement sous l'aspect de l'évolution des nouvelles technologies de la communication paraît ne pas être suffisant si une réflexion éthique et morale n'est pas menée parallèlement. Par conséquent dans notre recherche relative à l'essor de nouveaux droits fondamentaux constitutionnels liés au droit d'accès à internet et à la libre communication numérique il a été nécessaire de choisir de s'intéresser à certains des nombreux domaines issus de cette liberté protéiforme. Portant un grand intérêt au sujet, on a souvent été confrontés à l'apparition de nouveautés. On constate l'utilisation par les internautes d'un nouveau type d'internet, le *dark web* qui leur permet de naviguer de façon anonyme et cryptée afin d'éviter toute répercussion liée aux espionnages privés ou publics.

B – Un nouvel espace pour l'exercice de la démocratie

27. Le domaine des relations humaines a été profondément modifié par l'introduction du numérique et d'internet. Internet constitue un élément désormais incontournable de l'exercice de la liberté de communication et d'information, mais également un facteur de risque nouveau pour la protection de la vie privée et des données personnelles⁷⁰. On remarque que les débats relatifs au rôle d'internet dans la vie politique et dans la démocratie ont très rapidement laissé la place à la pratique elle-même, comme si on

⁶⁹ Elie Pariser souligne le fait que lorsqu'on effectue une recherche sur internet par mot clé, deux utilisateurs d'internet n'ont pas les mêmes résultats à leurs recherches. Avec les algorithmes ils auront des résultats qui correspondent à leurs idées et à leurs opinions. PARISER (E.), *The filter bubble, what the internet is hiding from you*, 2011, Éditeur Penguin, p. 55.

⁷⁰ FALQUE-PIERROTIN (I.), « La constitution et l'Internet », Paris, *Les Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n°36, juin 2012, p. 9.

attendait depuis si longtemps cette nouvelle voie démocratique sans hiérarchie. Toute notre organisation sociale est basée sur des structures de pouvoir hiérarchiques. L'église est un exemple d'organisation hiérarchique par excellence, organisée de manière pyramidale du pape aux cardinaux en passant par les évêques jusqu'au curé de campagne. Une autre structure hiérarchique est la structure militaire, qui part des généraux en passant par les différents grades (major, capitaine, lieutenant...) jusqu'au simple soldat. L'État est également organisé de manière similaire, du Président de la République, aux Ministres, en passant par les différentes structures hiérarchiques territoriales (régions, provinces, communes). Le même constat est possible avec la plupart des organisations économiques et sociales, telles que les partis politiques, les syndicats, les chaînes de distribution, les entreprises nationales, diverses associations. Tous ont en commun des structures hautement hiérarchisées, avec des degrés de pouvoir précis et un échange d'informations et de décisions de haut en bas. Internet est un réseau non hiérarchique qui échange des informations de manière non traditionnelle, les informations ne sont pas médiatisées ou filtrées par les structures de pouvoir, il est libre de circuler sur le net à très faible coût, sans censure, avec le schéma de communication un par un, un à beaucoup, beaucoup à plusieurs.

28. L'individu crée un réseau de contacts dans lequel il veut être le protagoniste. Par conséquent, le réseau social est né et se développe après le réseau traditionnel, qui est un élargissement participatif de l'ego individuel, qui place les petits ou les grands groupes dans un système dans lequel chaque individu peut s'exprimer et se rapporter à un groupe d'amis ou de connaissances. Facebook est l'un des exemples les plus réussis de ce phénomène qui met l'accent sur le désir de l'individu de créer un réseau de contacts humains autour de lui en grand nombre. Tout le monde veut être le protagoniste d'internet et mener à bien leurs idées et projets, en les communiquant au monde. De toute évidence, dans ce processus, ceux qui ont la plus grande capacité à adapter et à prévoir le système peuvent mieux mettre leurs compétences dans le système et peut-être utiliser des listes de diffusion, des groupes de discussion et d'autres outils numériques avec les nouvelles opportunités qu'offre le réseau. Cependant, on ne doit pas oublier les nouveaux et anciens protagonistes de la communication, qui continuent à avoir un rôle très important, notamment : la téléphonie mobile et la télévision.

29. Internet est un réseau non hiérarchique qui échange des informations de manière non traditionnelle. Les informations ne sont pas médiatisées ou filtrées par les

structures de pouvoir. Les informations sont libres de circuler sur le net à très faible coût, sans censure. Contrairement à la vision générale induite par les moyens de communication traditionnels (télévisions, journaux et magazines), Internet n'est pas seulement une bibliothèque universelle sur laquelle rechercher des informations, mais surtout un moyen très puissant de communiquer des informations, utilisant de nombreux outils qui s'intègrent les uns aux autres (services mail, mail, newsgroup, chat, téléconférence, vidéo à la demande, etc.), élargissant le même concept de communication dans l'espace et dans le temps. En fait, il est très facile et économique de contacter, au moment qui convient le mieux, des milliers de personnes n'importe où dans le monde en très peu de temps, avec des outils plus faciles et plus rapides que tout autre moyen. Cet ensemble d'outils augmente incroyablement nos « relations humaines », nous faisant connaître de nombreuses personnes, proches et lointaines, qui partagent avec nous des idées et des projets ou simplement des intérêts de toute nature. On pourrait penser que ces relations ne sont que virtuelles, donc de nature à ne pas modifier notre vie réelle, en fait l'être humain est amené à communiquer avec ses semblables et sa curiosité innée le conduit également à chercher d'effectuer des rencontres directes dans la vie réelle avec ces contacts pour établir de nouvelles relations, des relations d'amitié ou d'intérêt à des fins légaux ou illégaux. De nos jours ce phénomène a pris une ampleur qualifiable d'impressionnante, tant elle englobe pratiquement toutes les sphères de la société et tant elle continue et vraisemblablement continuera à se développer et à prendre de l'ampleur. Ce développement rapide en quelques décennies permet déjà d'analyser une situation actuelle bien évoluée. Tout comme dans le passé il a été nécessaire de dépasser d'éventuelles réticences dans son utilisation, et aujourd'hui conscients de ses apports on doit étudier comment mieux rénover le droit constitutionnel, afin de lui permettre de progresser, protéger et limiter. Aujourd'hui la pratique de l'utilisation d'internet n'est plus sans contrôle. En effet la réaction des pouvoirs publics face aux abus liés à internet est bien présente avec un important arsenal législatif notamment en période d'état d'urgence.

30. Le risque de transformer la démocratie en une société de surveillance. Un régime d'état d'urgence fait peser sur les droits fondamentaux et sur les démocraties des dangers. Ainsi, ce régime exceptionnel doit être constitutionnellement strictement limité et encadré. La Constitution française prévoit, dans son article 16 alinéa 1, la possibilité pour le Président de la République de disposer de pouvoirs exceptionnels permettant la mise en suspens du droit commun. L'état d'urgence présente la spécificité d'être une « mise entre parenthèses » du droit commun prévue par le droit du pays qui l'applique. L'état d'urgence a une double

application : temporelle⁷¹ et territoriale⁷². Les origines de la création de l'état d'urgence remontent au droit et à la civilisation romaine notamment avec la possible mise en place de politiques d'exception. En droit romain l'état d'urgence désignait un régime exceptionnel mis en place par un Gouvernement en cas d'atteinte grave à l'ordre public, de troubles graves ou de calamités nationales. Au XXI^{ème} siècle l'exceptionnalité de l'état d'urgence, son strict encadrement et à sa limitation de durée doivent être maintenus. Avec les NTIC, l'état d'urgence paraît ne plus avoir les mêmes résultats concrets et la même force d'impact immédiate. Une des causes de cette insuffisance est le *dark web*, qui est une véritable zone virtuelle de non-droit. Les attentats qui ont frappé les capitales européennes ont changé les logiques sécuritaires et conduisent vers une mise à jour contemporaine au XXI^{ème} siècle du droit. En tout état de cause le défi sécuritaire est international, dès lors il faut être dans l'exigence du respect et de l'exécution des décisions transfrontalières. L'encadrement d'internet doit permettre de réaliser les priorités de protection de la sécurité et des droits fondamentaux. Les sites et les communications numériques abjectes doivent être punis. Le domaine des droits fondamentaux numériques est actuellement pris en considération uniquement sur le plan législatif, ce qui paraît insuffisant à cause des motifs précédemment énoncés. L'état d'urgence doit être décidé pour des durées courtes, afin de pouvoir mobiliser en urgence des ressources de l'État sans que leurs actions ne soient entravées par les législations et longueurs administratives. Se pose la question de la rencontre et l'intégration des droits numériques aux droits fondamentaux, *quid* de la qualification des droits et libertés fondamentaux. À partir du moment où l'homme utilise le numérique il est nécessaire de créer le droit qui lui est applicable. C'est une situation qui nécessite d'apporter un regard juridique nouveau. La violence et la puissance possible par le numérique doit être encadrée. Il s'agit d'interpréter et d'imaginer. Le difficile lien entre les droits fondamentaux est établi par plusieurs motifs et intérêts individuels et généraux. Une des justifications possibles à ce constat alarmant est le fait qu'on n'a pas encore le recul et l'expertise adaptée. De plus, il est pour l'heure impossible de limiter les communications dans le *dark web*.

31. La législation contre le *dark web* à cause de la non-indexation des sites internet.

Les institutions étatiques essaient de trouver les moyens pour contrôler l'accès et le contenu

⁷¹ Suspension temporelle du droit commun : état de guerre, de catastrophe naturelle...

⁷² Suspension territoriale du droit commun dans une partie spécifique du territoire français.

du *dark web* qui est également utilisé par les terroristes. Ces contrôles paraissent matériellement impossibles à mettre en place et à faire respecter notamment à cause de la nature transfrontalière et complètement anonyme de ce réseau. Par conséquent il est très compliqué de constater les infractions et de le sanctionner. Les perturbateurs de la vie en société utilisent des technologies ultra modernes pour transmettre leurs idées maléfiques et rassembler de nouveaux adhérents. Il pourrait alors paraître inutile de restreindre ou surveiller l'exercice des libertés fondamentales des citoyens si certains de ces nouveaux moyens de communication numérique échappent à la forte surveillance de masse issue de l'établissement de l'état d'urgence. De plus, dans le *dark web*, on peut trouver des articles journalistiques, des livres, des images, des vidéos, mais aussi de nombreux contenus illégaux (armes, drogues...). Par conséquent sur le *dark web* on trouve tout type de personne, paradoxalement il n'est pas réservé aux personnes souhaitant enfreindre la loi. Un des grands avantages du *dark web* et qu'on va étudier est qu'il réussit à garantir l'anonymat total de ses utilisateurs par une technologie de plusieurs relais et de périphériques, le VPN⁷³.

32. L'anonymat permet d'échanger des communications sur des forums, sur des réseaux sociaux, tout en protégeant sa vie privée. À cet égard, les associations de protection de l'enfance et la CNIL conseillent en particulier aux enfants et aux adolescents de ne pas utiliser leur véritable identité sur les réseaux sociaux. À l'ère du numérique l'anonymat est pour certaines internautes une méthode indispensable à l'exercice de la liberté d'expression et du droit à l'information, comme pour les lanceurs d'alerte, mais aussi à la protection de la vie privée. Afin de permettre le maintien de l'utilisation des pseudonymes tout en garantissant la lutte contre les abus et de pallier aux risques accrus de cybercriminalité, des propositions de solutions ont tenté de voir le jour et de devenir obligatoires en France. La signature numérique et par corrélation l'identité numérique sont des moyens efficaces, néanmoins elles exposent les citoyens à des risques de piratage, de vol et d'usurpation d'identité. Internet est apparu propice à l'usurpation d'identité, il avait été initialement projeté d'incriminer l'usurpation d'identité seulement lorsqu'elle était numérique. Une telle restriction pourtant ne se justifiait nullement en droit⁷⁴. C'est ainsi que

⁷³ Le Virtual private network.

⁷⁴ LEPAGE (A.), « Usurpation d'identité caractérisée par la création d'un faux site internet », Paris, *Revue mensuelle LexisNexis Comm. Com. Élect.*, janvier 2017, pp. 46-47.

la loi du 14 mars 2011⁷⁵ a incriminé sans exclusivité l'usurpation d'identité. En droit l'incrimination est donc totalement indifférente à internet, et ce à un double regard : le fait que l'usurpation d'identité soit commise sur internet n'est pas un élément constitutif de l'infraction et il n'en constitue pas davantage une circonstance aggravante⁷⁶. Si, en droit, le recours à internet n'est donc pas nécessaire à la caractérisation de cette infraction, il n'en demeure pas moins qu'en fait celle-ci trouve un terrain propice sur internet, en particulier dans les réseaux sociaux⁷⁷. Certains systèmes actuels d'authentification reposent sur des concepts datant du début des années 90. Concepts qui ont démontré leurs faiblesses technologiques et qui contiennent des failles exploitables par les *hackers*. Il faut encourager l'introduction d'un titre d'identité utilisant des technologies numériques, notamment si dans le futur les risques de piratages seront réduits à leur plus bas niveau. L'obligation d'utilisation de la signature numérique pourrait être une solution aux problèmes liés à l'impossible traçabilité des adresses IP par les utilisateurs du *dark web*.

33. L'identité numérique découle de notre activité en ligne. On peut se demander pourquoi il est nécessaire de maîtriser correctement son identité numérique. Ceci permettrait par exemple aux internautes de ne pas confondre son interlocuteur avec quelqu'un d'autre, de mieux le cerner, et de mieux comprendre les remarques, commentaires ou publications émis. De plus, si notre identité est clairement établie, il sera plus facile de faire des liens entre nos activités, la pertinence de ce qu'on publie et le poids que l'on peut porter à notre production numérique. Quand on désire intégrer un nouveau réseau, un groupe ou un collectif sur le web, notre identité peut devenir un atout ou un inconvénient pour notre intégration. Les autres personnes, membres de ces ensembles n'auront pas besoin de cerner qui on est et elles pourront se concentrer sur ce qui concerne la finalité du groupe ou du collectif. Pareillement, aujourd'hui, lorsqu'on est sur un réseau ou un groupe sur le web il est plus facile de répartir le travail si les autres personnes peuvent se fier aux données nous concernant. L'identité numérique permet d'avoir une réputation sur le web, d'être considéré par nos pairs, voire être reconnu comme un expert sur certains sujets. Les autres membres

⁷⁵ Loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure.

⁷⁶ Les dispositions de l'alinéa 2 de l'article 226-4-1 énonçant que « cette infraction est punie des mêmes peines lorsqu'elle est commise sur un réseau de communication au public en ligne ».

⁷⁷ Par exemple avec la création d'un faux profil Facebook.

sauront qui on est. On pourrait de ce fait devenir une personne qui est contactée en cas de besoin ou afin de connaître notre avis. Sur internet il est fréquent que certains internautes mélangent leur identité numérique privée avec celle professionnelle mais il est préférable d'établir une différence entre le profil personnel et le profil professionnel notamment afin de ne pas subir des répercussions hiérarchiques. Lorsqu'on respecte certains principes de confidentialité de base on a déjà fait un grand pas en avant vers la maîtrise de notre identité numérique.

34. Internet peut aussi être utilisé pour nuire gravement à la société et à la sécurité publique. François Pellegrini souligne que : « l'ouverture des espaces numériques a naturellement conduit le législateur à y étendre son pouvoir de régulation. La loi pénale étant d'interprétation stricte, il a fallu définir de nouvelles incriminations pour les délits spécifiques au monde numérique »⁷⁸. En effet, en permettant la liberté d'accès et (éventuellement) la possibilité de se connecter sous la protection de l'anonymat⁷⁹, internet peut devenir un moyen pour commettre des infractions aux législations, telle la pédopornographie, l'apologie du terrorisme, la piraterie informatique, la violation du droit à la vie privée, etc.⁸⁰. Sans étudier toutes les facettes préoccupantes du numérique, il n'est pas inutile d'en pointer certaines qui se trouvent amplifiées par le réseau. Parmi les idéologies qui sont dangereuses sur internet, on trouve l'apologie du terrorisme djihadiste. De ce fait on devrait parvenir à réduire les risques liés à la liberté de communication et trouver les solutions juridiques les moins restrictives. En effet, les utilisations illicites d'internet ne justifieraient pas le blocage complet du réseau, notamment si l'on tient compte des innombrables bénéfices apportés pour la majorité des utilisateurs. Dans ce contexte le plus grand défi est celui de « mesurer » les droits fondamentaux, les intérêts généraux en friction ; d'un côté la protection des utilisateurs internautes, de l'autre, l'obligation de respecter la

⁷⁸ PELLEGRINI (F.), « La liberté à l'ère numérique », *Politeia* - Les Cahiers de l'Association Française des Auditeurs de l'Académie Internationale de Droit constitutionnel, Association française des auditeurs de l'Académie internationale de droit constitutionnel, 2017, Les métamorphoses des droits fondamentaux à l'ère du numérique, 31, p.161.

⁷⁹ Par un arrêt du 8 février 2017, le Conseil d'État donne raison à la CNIL d'avoir refusé d'autoriser le dispositif d'analyse des parcours de piétons de la société JC Decaux à partir de la captation de l'adresse MAC des terminaux mobiles. L'objectif de suivi individuel des flux piétons serait incompatible avec l'anonymisation. DEBET (A.), METALLINOS (N.), « Anonymisation et pseudonymisation », Paris, *Comm. Com. Électr.*, avril 2017, pp. 37-41.

⁸⁰ HALPERIN (J.-L.), « Protection de la vie privée et privacy : deux traditions juridiques différentes ? », Paris, *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2015, pp. 59-68.

INTRODUCTION

liberté protéiforme conquise avec ce moyen de communication sans avoir recours à des restrictions disproportionnées par rapport aux objectifs à atteindre. Limiter totalement l'accès à internet signifierait violer des droits fondamentaux tels que la liberté d'expression et de communication des opinions, le droit à l'information, le droit à l'instruction et à la culture...

§ II. Le juge constitutionnel et la création du droit d'accès à internet à partir de la décision Hadopi 1 de 2009

35. La justice constitutionnelle est un exemple de la liberté que le juge peut utiliser. Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont quasi-jamais « répétitives », si ce n'est dans la réaffirmation constante de la protection des droits et libertés fondamentaux et des institutions de la République. Dès lors, au cours de l'analyse il a été nécessaire d'être attentif au regard des décisions et des travaux de la doctrine relatifs aux droits fondamentaux constitutionnels applicables au numérique et à internet. Stéphane Caporal relève que : « Il paraît acquis que le juge n'est tenu ni par les textes, ni par les principes, ni même par la seule raison, puisqu'il ne s'interdit pas de recourir aux arguments d'autorité, à commencer par celui de l'autorité de la jurisprudence »⁸¹. En effet, les arguments juridiques, notamment constitutionnels, nécessitent une mise à jour progressive (vraisemblablement d'une durée indéfinie), et la prise en considération de cette progression constitutionnelle est un des objets centraux de cette recherche. Dès lors, le rôle des juges, de la jurisprudence et plus particulièrement de la justice constitutionnelle en la matière est un exemple de la liberté que le juge peut utiliser dans son rôle.

36. La Constitution est à l'État ce que le cœur est à l'être humain. Michaël Bardin affirme que lorsqu'on est juriste et plus spécialement constitutionnaliste ; la base de notre pensée sont les droits et libertés, comment ils sont protégés et par qui. Par définition, les libertés dans les démocraties progressent et ne régressent pas. Toute régression de liberté aussi simple que la liberté d'expression est problématique. Ce qu'une loi peut faire, une loi peut le défaire, il reste à constitutionnaliser éventuellement, lorsqu'on veut être certain de la protection d'une liberté, on l'insère dans la Constitution. La constitutionnalisation permet d'être sûrs que si un jour une loi y porte atteinte, on saura qu'on est sortis de notre cadre démocratique⁸². Le renforcement de l'arsenal juridique, permettrait de progresser sur le thème de la non-évolution des finalités concernant la reconnaissance faciale, car on ne sait pas ce qu'un gouvernement pourra vouloir en faire un jour. Avec la transformation

⁸¹ CAPORAL (S.), « Qu'est-ce qu'un argument juridique ? », in REGAD (C.), *Aux limites du droit*, Paris, Éd. Mare & Martin, 2016, 378 p.

⁸² Mission d'information sur l'identité numérique : Mme Bénédicte Bévière-Boyer et M. Michaël Bardin, Paris, Assemblée nationale, 3 décembre 2019.

numérique de l'État, d'excellentes choses ont été faites et « la clé démocratique » est l'accompagnement de la population pour une meilleure compréhension de l'évolution en cours. Ainsi, conformément aux bases fondamentales inscrites dans la Déclaration de 1789, le cadre des communications numériques ne devrait pas faire l'objet d'un régime juridique restrictif d'exception. Il existe cependant des restrictions à la liberté d'expression pouvant se justifier soit par des considérations tenant à la protection des personnes. Or la « révolution numérique » pourrait plutôt conduire à l'expansion de droits fondamentaux constitutionnels. Du moins, les nouvelles pratiques résultant de l'utilisation de nouvelles technologies invitent à une réflexion dans ce domaine. Dans cette perspective, on analysera la reconnaissance du droit d'accès à internet avec la décision *Hadopi 1* (A). Cette solution consacrée par le Conseil constitutionnel dans le contexte du bouleversement numérique semble constituer la première étape d'une évolution dans le sens d'un élargissement des droits fondamentaux dérivants du numérique, même si celle-ci peut paraître sous divers aspects (encore trop) limitée (B).

A – La décision Hadopi 1 : la reconnaissance du droit d'accès à internet

37. Le danger évité, la loi *Hadopi 1*. Avec le loi *Hadopi 1*, le législateur avait mis en place une autorité administrative visant à assurer des fonctions traditionnellement dévolues au juge. Mais le Conseil constitutionnel a estimé que dans une démocratie, où les magistrats doivent être les garants de la liberté d'expression et de communication et donc les seuls à pouvoir la limiter, donner à une autorité administrative la possibilité de bloquer ou de déréférencer sans recours à l'autorité judiciaire constitue une atteinte à notre État de droit⁸³. Cela étant, cette thèse n'a pas pour objet de prendre position dans le débat opposant ceux favorables à l'absolutisme de la liberté d'expression et de communication avec, à l'inverse, ceux plus en faveur à la nécessité de sa limitation notamment pour la protection de l'ordre public. La décision *Hadopi 1* contient d'importants points de réflexion concernant notre recherche. En effet, le Conseil constitutionnel a retenu l'accès à internet comme composante de la liberté d'expression protégé à l'article 11 de la Déclaration de 1789. Par exemple, selon le raisonnement du Conseil constitutionnel, la sanction de la déconnexion d'internet pour des actes de téléchargements illégaux ne peut pas être appliquée par une décision prise par une autorité administrative, mais elle devrait être effectuée par des magistrats de l'ordre

⁸³ Cons. const., n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, considérant 16.

judiciaire. Cette reconnaissance constitutionnelle du droit d'accès à internet fait émerger la question du *digital divide*.

38. « L'écart digital, le *digital divide* ⁸⁴ » entre les utilisateurs des nouvelles technologies. Ce terme désigne l'écart entre ceux qui utilisent les potentialités des nouvelles technologies de l'information et de la communication pour leurs besoins personnels ou professionnels et ceux qui ne sont pas en état de les exploiter faute de pouvoir accéder aux équipements ou faute de compétences. À cet égard, actuellement la moitié de la population mondiale peut accéder à internet. L'impossibilité matérielle et intellectuelle d'accéder au numérique et à internet de la part de nombreux individus est une des raisons conduisant à l'exclusion de la reconnaissance et de l'affirmation de l'accès à internet en tant que droit universel. Effectivement il peut exister un *digital divide* au sein d'une même communauté ou d'une nation. Des différences demeurent entre les citoyens, elles sont notamment liées au niveau des connaissances, des études, des ressources financières, mais aussi entre les États industrialisés et ceux en voie de développement (éventuellement démocratique) à cause des conditions matérielles ou des actions de censure de la part des régimes autoritaires⁸⁵. Non sans raison, la Convention relative aux droits des personnes handicapées adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies prévoit la promotion de l'accès des personnes handicapées aux nouvelles technologies et aux systèmes d'information et de communication, tel internet. De plus, cette convention invite les sociétés privées et les *mass media* qui opèrent à travers ces moyens numériques, à les rendre plus accessibles⁸⁶. Le même constat est possible dans les dispositions de la Déclaration de l'Organisation des Nations Unies (ONU) sur les droits des peuples autochtones. Dans cette déclaration il est prévu le droit pour les peuples autochtones de bénéficier de l'accès à toutes les formes de médias non autochtones

⁸⁴ COEFFÉ (T.) Étude 2016 : l'usage du numérique en France, Centre de recherche pour l'étude et l'observation des conditions de vie (CREDOC), 2016.

⁸⁵ Voir l'exemple de tentative de censure moderne numérique avec le Filtrage de certains mots sur *Google* ; TGI Paris 8 juillet 2016, *SNEP / Microsoft France et Microsoft Inc.*

⁸⁶ Convention relative aux droits des personnes handicapées, 13 décembre 2006, Article 4 : « Les États Parties s'engagent à garantir et à promouvoir le plein exercice de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales de toutes les personnes handicapées sans discrimination d'aucune sorte fondée sur le handicap. À cette fin, ils s'engagent à : Encourager l'offre et l'utilisation de nouvelles technologies, y compris les technologies de l'information et de la communication, les aides à la mobilité, les appareils et accessoires et les technologies d'assistance, qui soient adaptées aux personnes handicapées, en privilégiant les technologies d'un coût abordable ».

sans discrimination⁸⁷. À travers la présentation de ces affirmations internationales, on souligne l'intérêt de bénéficier de nouveaux moyens technologiques pour les minorités et pour les catégories d'individus désavantagés, les NTIC sont un moyen d'encourager la non-discrimination et le développement social. Par conséquent et dans ce sens, le droit d'accès à internet serait un droit fonctionnel de nouvelle génération. L'accès à internet peut être qualifié de droit fonctionnel pour l'exercice des autres droits fondamentaux dans la mesure où il augmente les potentialités et les facultés des êtres humains, tout en n'entrant pas dans la catégorie des droits absolus (qui sont les plus importants)⁸⁸. Le droit à l'accès à internet pourrait néanmoins être inclus dans la catégorie des droits fondamentaux en voie de formulation et d'affirmation constitutionnelle⁸⁹, cependant des questions essentielles doivent, comme on le verra, préalablement trouver des réponses.

39. La contribution du numérique à la démocratie du XXI^{ème}. La voie de sortie de l'actuelle crise de la représentation politique moderne semble passer par le numérique. Comme le souligne Pauline Türk les partis politiques se sont adaptés à cette nouvelle ère numérique. Internet rénove les conditions dans lesquelles les exigences de transparence démocratique se concrétisent. Louis Brandeis, juge à la Cour suprême américaine de 1916 à 1939, écrivait : « C'est à juste titre que l'on recommande la transparence comme remède aux maux sociaux et industriels. La lumière du soleil est le meilleur des désinfectants et la lumière électrique est le plus efficace des policiers »⁹⁰. Dans cette logique de transparence

⁸⁷ Déclaration de l'ONU sur les droits des peuples autochtones adoptée par l'Assemblée générale le 13 septembre 2007 (Rés. 61/295). Article 16 alinéa 1 : « Les peuples autochtones ont le droit d'établir leurs propres médias dans leur propre langue et d'accéder à toutes les formes de médias non autochtones sans discrimination aucune ». Alinéa 2 : « Les États prennent des mesures efficaces pour faire en sorte que les médias publics reflètent dûment la diversité culturelle autochtone. Les États, sans préjudice de l'obligation d'assurer pleinement la liberté d'expression, encouragent les médias privés à refléter de manière adéquate la diversité culturelle autochtone ».

⁸⁸ Tel le droit à la vie, et l'interdiction de la torture.

⁸⁹ Le Conseil constitutionnel a jugé « 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, l'exercice de la liberté de communication et d'expression, protégée par l'article 11 de la Déclaration de 1789, implique la liberté d'accéder à internet ». Cons. const., n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*.

⁹⁰ « *Publicity is justly commended as a remedy for social and industrial diseases. Sunlight is said to be the best of disinfectants; electric light the most efficient policeman* », Brandeis Louis D., citation disponible à l'adresse électronique suivante : [<http://www.brandeis.edu/legacyfund/bio.html>]. En 2006, en faisant directement référence aux propos de Brandeis, la Sunlight Foundation était établie afin de renforcer les règles de

démocratique, le numérique permet de mettre à la disposition du plus grand nombre des citoyens des informations d'intérêt général. Selon Marie-Charlotte Roques-Bonnet : « En ligne, le citoyen assiste à une réinterprétation de ses droits fondamentaux. Il vit les libertés publiques différemment. Profitant des opportunités nouvelles du support numérique, il réinvestit ses devoirs démocratiques, politiques et juridiques. En effet, lorsqu'il est inclus dans la société numérique, il s'exprime, il dialogue, il échange, il félicite ou sanctionne ses gouvernants, il participe à leur réflexion et peut faire connaître, en permanence, par exemple, sa conception de l'intérêt général »⁹¹. Internet a permis l'essor de nombreux droits fondamentaux, ces nouveaux droits imposent un renouveau de l'encadrement constitutionnel du droit avec le numérique.

40. Le renouveau des normes constitutionnelles de référence du Conseil constitutionnel : l'identification d'une quatrième génération de droits fondamentaux.

L'environnement numérique actuel rend plus que jamais nécessaire la protection de la liberté de communication et d'expression des pensées et des opinions. Celle-ci devrait être consacrée au sein de la justice constitutionnelle. Dans cette perspective, la protection de la sphère privée sur internet a naturellement son importance⁹². Mais cette considération ne doit pas non plus conduire à réduire ou à trop restreindre la liberté de communiquer. Les bienfaits des communications numériques ne doivent pas être réduits ou effacés par les menaces modernes⁹³. De sorte que de nouveaux droits constitutionnels pourraient être consacrés pour préserver notamment ce nouveau mode d'expression. À cet égard, un mouvement en ce sens semble se développer avec l'apparition d'une nouvelle génération de droits fondamentaux, la quatrième génération de droits fondamentaux pourrait intéresser le numérique, ceci

transparence, notamment financières, du Gouvernement américain. Dans son édition du 9 octobre 2009, le magazine *The New Republic* publiait un article du juriste Lawrence Lessing, « Against Transparency: The Perils of Openness in Government », dans lequel il mettait en garde contre les éventuels excès d'une « transparence nue ». Il concluait que « la lumière du soleil est sans doute un excellent désinfectant. Mais quiconque s'est déjà aventuré dans un marécage sait qu'elle a aussi d'autres effets ». In LE VOGUER (G.), *Le renseignement américain*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2014, pp. 213-216.

⁹¹ ROQUES-BONNET (M.-C.), *Le droit peut-il ignorer la révolution numérique?*, Paris, Éditions Michalon, 2010, p. 150.

⁹² Dans cette thèse on insistera sur le fait qu'à travers une correcte utilisation de la liberté de communication, chaque internaute est le premier responsable de sa vie privée.

⁹³ L'affaire *Snowden* et la surveillance de masse effectuée par les États-Unis d'Amérique, le quasi-monopole du moteur de recherche *Google*, l'hégémonie des plateformes géantes, « l'uberisation de la société », l'explosion accélérée des modèles économiques et sociaux et bien d'autres changements sont à venir que les objets connectés, les nouvelles technologies de l'information et de la communication et les *Big data* font entrevoir.

notamment depuis la décision du Conseil constitutionnel de 2009 reconnaissant le droit d'accès à internet⁹⁴.

41. Internet, un nouveau moyen pour les citoyens de se libérer des technocrates.

Selon Marc Penouil : « La société moderne, rationaliste et matérialiste a conduit à la création ou au développement de nouveaux pouvoirs »⁹⁵. La société moderne a surtout modifié l'équilibre des pouvoirs classiques, le poids et les moyens d'actions des divers groupes sociaux. Ces évolutions n'entraînent pas toujours des bouleversements radicaux créant des situations révolutionnaires, mais il est possible d'être surpris lorsqu'on constate les difficultés rencontrées pour susciter des contre-pouvoirs face à ces forces nouvelles, ce qui est la condition d'une démocratie réelle. L'évolution numérique de la société conduit également à l'émergence d'une nouvelle force sociale, celle des technocrates issus des NTIC⁹⁶. Il y a des décennies que le politologue James Burnham avait évoqué : « l'ère des organisateurs »⁹⁷. Face à cette hypothèse sociale, il ne faut pas seulement constater une dynamique simplement négative. Internet dans les démocraties occidentales serait un nouveau moyen pour les citoyens de se libérer des technocrates. En effet, le pouvoir politique conserve le contrôle d'une partie du système médiatique et administratif, il peut influencer l'évolution technologique et l'action économique⁹⁸.

B – La protection des droits fondamentaux intéressés par le numérique

42. Dès 1980, le Doyen Louis Favoreu constatait : « Le “constitutionnel” est en train de “colorer” progressivement l'ensemble des branches du droit »⁹⁹. À cet égard,

⁹⁴ Cons. const., n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*.

⁹⁵ PENOUIL (M.) « La démocratie, le mythe idéologique et les réalités dans le monde contemporain », in *La constitution et les valeurs*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 548-550.

⁹⁶ Selon Marc Penouil la société moderne a conduit à la création de nouveau pouvoirs, opinion développée dans : PENOUIL (M.), « La démocratie, le mythe idéologique et les réalités dans le monde contemporain », in *La constitution et les valeurs*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 548-552.

⁹⁷ BURNHAM (J.), *L'ère des organisateurs*, Paris, Éd. Persée, 1947, 586 p.

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ FAVOREU (L.), « L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les diverses branches du droit », in *Mélanges Léo HAMON*, Paris, Economica, 1982, p. 235, spéc. p. 244 – voir également « L'apport du Conseil constitutionnel au droit public », Paris, *Revue Pouvoirs*, 1980, 13, p. 17.

l'apparition de la communication numérique a conduit à l'émergence de nouveaux droits fondamentaux dépassant la *summa divisio* traditionnelle entre droit public et droit privé. Au-delà de cette considération préliminaire, l'idée que les droits fondamentaux dérivant du numérique puissent être constitutionnellement protégés s'inscrit dans la logique de protection des droits fondamentaux de l'homme initiée par le Conseil constitutionnel lorsqu'il est devenu un gardien des droits fondamentaux¹⁰⁰. Le processus de constitutionnalisation, est une théorie « non inventée par la doctrine »¹⁰¹, étant avant tout le résultat d'un acheminement jurisprudentiel¹⁰², lié et fondé sur la théorie de la hiérarchie des normes de Hans Kelsen, en vue d'assurer la primauté de la Constitution. Cette transmission entre le législateur et le juge constitutionnel est très singulière, elle doit être prise en considération pour le droit relatif au numérique. Après la reconnaissance comme droit fondamental constitutionnel de l'accès à internet par la décision *Hadopi 1* de 2009 du Conseil constitutionnel¹⁰³, et l'adoption de la loi du 7 octobre 2016 pour une République numérique¹⁰⁴, la question de l'opportunité d'ériger un droit fondamental constitutionnel relatif au droit numérique¹⁰⁵ a été débattue car pour l'heure, celui-ci n'est pas consacré¹⁰⁶. Au niveau national, de nombreuses et récentes dispositions législatives et décisions de justice ont été adoptées dans ce sens¹⁰⁷. Comme cela a été évoqué précédemment, le lien de

¹⁰⁰ À titre d'exemple, l'une des évolutions les plus remarquables de ces dernières années concerne la prise en compte directe des droits de l'homme, notamment avec la constitutionnalisation de la Charte de l'environnement de 2005.

¹⁰¹ Expression du Doyen Vedel en propos d'ouverture des ateliers du 3^{ème} Congrès de l'association française des constitutionnalistes en juin 1996 à Dijon, dont les travaux sont reproduits dans l'ouvrage de Michel VERPEAUX et de Bertrand MATHIEU, *La constitutionnalisation des branches du droit*, Paris, Economica, 1999, 181 p., in WADE (M.-N.), *Accès au juge constitutionnel et constitutionnalisation du droit*, thèse Université Aix-Marseille, 2015, 455 p.

¹⁰² FAVOREU (L.), « L'apport du Conseil constitutionnel au droit public », Paris, *Revue Pouvoirs*, 1980, n°13, pp. 235-245.

¹⁰³ Cons. const., n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*.

¹⁰⁴ Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique.

¹⁰⁵ Cf. notamment : le droit au libre accès à internet, le droit à la liberté d'expression et de communication sur internet, le droit à l'oubli numérique, le droit à l'information, le principe de neutralité d'internet, le principe de transparence du web, le principe de loyauté et de neutralité des plateformes numériques, le droit à la protection et à la modification des données, le droit à l'autodétermination concernant les données à caractère personnel...

¹⁰⁶ Cf. par exemple : « La souveraineté numérique. Le concept. Les enjeux », Université Côte d'Azur, Nice, Colloque du 7 octobre 2016.

¹⁰⁷ V. la décision n° 508/2009 du Conseil constitutionnel lors du contrôle de constitutionnalité de la loi n° 2009-669 du 12 juin 2009, relative à la diffusion et à la protection des créations sur Internet et la Loi pour une République numérique.

« fondamentalité » constitutionnelle entre l'accès à internet et les droits de l'homme a été développé lors du contrôle de constitutionnalité de la loi relative à la diffusion et à la protection des créations sur internet¹⁰⁸.

43. Le renouvellement des modes de production de la loi par le numérique. Les recherches effectuées par Pauline Türk font apparaître que le numérique peut aussi rénover les modes de production du droit, et que par conséquent le cadre théorique et juridique des caractéristiques de la norme est nécessairement affecté, en particulier les nouveaux processus numériques d'élaboration de la norme renouvellent les débats constitutionnels sur l'élaboration de la Constitution et de la loi¹⁰⁹. Ce constat pourrait, en partie, expliquer le choix précurseur du Conseil constitutionnel lorsqu'il a emprunté la voie menant à la protection et à la création du droit d'accès à internet avec la décision *Hadopi*¹¹⁰. Examinant le recours dont il avait été saisi par plus de soixante députés à l'encontre de la loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet, celui-ci a rappelé que les atteintes portées à la liberté d'expression étaient soumises à des conditions de nécessité, d'adaptation et de proportionnalité à l'objectif poursuivi¹¹¹. Dans cette perspective, il convient de s'interroger sur ce que recouvre la vie privée sur le réseau qu'est internet.

44. La « fondamentalisation » c'est bien l'un des enjeux de notre thèse, qui s'appuie notamment sur la décision du Conseil constitutionnel de 2009 reconnaissant une valeur constitutionnelle au droit d'accès à internet pour s'interroger sur les enjeux et perspectives de cette étape jurisprudentielle, et plus généralement sur les pistes à suivre pour compléter le corpus juridique. Notre projet implique un effort prospectif, d'autant que la jurisprudence constitutionnelle française est relativement pauvre en la matière. Le « bloc de constitutionnalité », en France, comprend peu de dispositions exploitables, et l'on rappelle le refus, en 2009, de constitutionnaliser le droit à la protection des données personnelles, ou, en 2018, d'adosser à la Constitution de 1958 une Charte du numérique, comparable à la Charte de l'environnement, malgré des propositions et débats en ce sens. Dans quelle mesure

¹⁰⁸ Loi n°2009-669 du 12 juin 2009, loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet.

¹⁰⁹ TÜRK (P.), BONNET (J.), « Le numérique : un défi pour le droit constitutionnel », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n°4, 2017/4 N°57, pp. 13-24.

¹¹⁰ Cons. const., n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*.

¹¹¹ L'objectif doit relever d'une autre règle ou principe de valeur constitutionnelle.

INTRODUCTION

le positionnement du juge constitutionnel sur le droit à l'accès à internet permet l'essor de la démocratie numérique ? Comment le Conseil constitutionnel effectue la conciliation entre les droits fondamentaux intéressés par le numérique et la protection de la sécurité publique ? Une réponse à ces questions permettra d'envisager combien et comment l'essor du numérique peut rénover notre démocratie (**Première partie**) à la condition d'un exercice encadré de la liberté de communication dans un contexte marqué par les défis du numérique (**Seconde partie**).

PREMIÈRE PARTIE

LA DÉMOCRATIE RÉNOVÉE PAR LA LIBERTÉ DE COMMUNICATION NUMÉRIQUE

45. Internet au service de la modernisation de la démocratie. Le modèle de la démocratie d'origine athénienne est l'initiateur des démocraties modernes¹¹². Elle s'est développée jusqu'à aujourd'hui en une version moderne et inédite. La démocratie moderne du XXI^{ème} siècle utilise le vecteur numérique, mais des questions techniques, de légitimité et juridiques persistent au regard de l'implication accrue du rôle des citoyens dans les choix politiques. Internet permet des progrès en matière de démocratie très importants mais s'agissant d'une récente technologie, les hommes et femmes politiques ont tendance à se méfier à son égard en matière de l'expression de la volonté citoyenne car de graves risques persistent telles les possibilités de piratage informatique, l'immixtion de virus dans le matériel et les risques de pressions physiques ou psychologiques. Cette situation ne permet pas d'utiliser internet sans craintes¹¹³.

46. Le défi numérique conduit à s'aventurer dans des formes démocratiques innovantes dépassant les pratiques traditionnelles. Le droit constitutionnel français peut sembler insuffisamment garant des droits et libertés fondamentaux eu égard par exemple aux conditions, en partie potentiellement secrètes, dans lesquelles se déroulent les activités de surveillance étatique. Des atteintes à la démocratie sont possibles dans les communications numériques. Les droits de chacun au respect de sa vie privée et à la protection des communications numériques doivent être parfaitement garantis dans un État de droit. Il est nécessaire d'instaurer pour les activités de renseignement un régime juridique, respectueux des libertés et encadrant les nouveaux moyens d'investigation des services de police et de justice¹¹⁴. La reconnaissance constitutionnelle du droit de la communication numérique et

¹¹² La liberté politique au sens grec (liberté des Anciens) avec la participation au pouvoir des citoyens comme en démocratie. Et la liberté individuelle de Montesquieu avec le libéralisme. Les démocraties libérales d'aujourd'hui.

¹¹³ Cf. « L'adoption par le Parlement européen de la directive 2013/40/UE intervient en matière de cyberattaques afin de mieux prendre en compte la gravité des infractions et de prévoir des sanctions à leur mesure. Son principal apport consiste en ce qu'elle incrimine des nouvelles formes de cyberattaques et qu'elle lève des obstacles aux enquêtes et aux poursuites judiciaires » In CAPRIOLI (É), « Adoption par le Parlement européen d'une nouvelle directive relative aux attaques visant les systèmes d'information », Paris, *Comm. Com. Électr.*, novembre 2013, pp. 35-37.

¹¹⁴ « En l'absence de toute garantie entourant les perquisitions susceptibles d'être ordonnées par des autorités administratives, à domicile de jour comme de nuit, dans le cadre de l'état d'urgence, le Conseil constitutionnel ne peut que constater, dans la décision n° 2016-567/568 QPC, *M. Georges F. et a.* Du 23 septembre 2016,

de ses limites devrait être la prochaine étape afin de préserver le respect des valeurs démocratiques de la tradition Républicaine française. Internet est l'avancée technique qui, au XXI^{ème} siècle a permis l'exercice revisité de la liberté de communication. Les nouveautés digitales, nécessitent que le droit relatif aux communications soit « dynamique » et qu'il soit très réactif aux progrès en matière de NTIC. Le droit constitutionnel s'adapte à la modernisation des communications et de la société. Une des forces du Conseil constitutionnel est dans son utilisation « chirurgicale » du contrôle de proportionnalité des lois entre les droits et libertés constitutionnels et les objectifs d'intérêt général à atteindre. Dans la décision *Hadopi 1* le juge constitutionnel a estimé que la mesure de limitation de la liberté de communication sur internet ne peut être décidée que par un magistrat relevant de l'autorité judiciaire, et donc dans le cadre d'une procédure judiciaire¹¹⁵. Ainsi, on étudiera l'évolution de la liberté d'expression et de communication à l'ère du numérique dans la jurisprudence constitutionnelle (**Titre premier**), puis on analysera la constitutionnalisation progressive du droit des communications numériques (**Titre second**).

l'inconstitutionnalité du 1° de l'article 11 de la loi n°55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, dans sa version résultant de l'ordonnance n°60-372 du 15 avril 1960. Ce faisant, il adopte une position en harmonie avec la jurisprudence européenne qui exige, en la matière, des garanties adéquates et suffisantes contre l'arbitraire ». SURREL (H.), « Conseil constitutionnel et jurisprudence de la Cour EDH. Les droits procéduraux et les libertés de la personne physique », Paris, *Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n°54 – 2017, pp. 176-180.

¹¹⁵ La décision *Hadopi 1* du Conseil constitutionnel met en évidence que la présomption d'innocence est obligatoire, qu'il faudra des preuves de la matérialité des faits pour condamner et que donc le juge sera requis.

Titre premier

L'évolution de la liberté de communication numérique dans la jurisprudence constitutionnelle

47. Un renouveau de la démocratie. Au XXI^{ème} siècle, l'ère du numérique semble autoriser un renouveau de la démocratie, les nouveaux moyens technologiques d'information et de communication développent, en effet, le système démocratique. Avec la (r)évolution numérique, les communications par internet permettent : les campagnes électorales numériques, la tenue des conférences politiques, le militantisme, le vote électronique, etc.¹¹⁶ D'un outil de communication, le numérique est devenu un « moyen d'éveil politique ». La campagne présidentielle française de 2017 a révélé aux yeux du grand public toute l'ampleur d'un aspect souvent ignoré de la « révolution numérique ». Pour la première fois, l'ensemble des candidats ou presque a clairement assumé le fait de mener une campagne électorale où les agences de stratégie numérique se sont imposées comme un élément incontournable¹¹⁷. Comme on l'a connu sous la III^{ème} République, le débat sur la valeur qu'il convenait d'accorder aux déclarations de droits est sujet de controverses. La doctrine dominante déniait toute valeur constitutionnelle à la Déclaration de 1789. La dissociation de la Constitution de 1791 revenait à lui confier une valeur supraconstitutionnelle. Le problème de sa place dans la hiérarchie juridique fut de nouveau soulevé pour la Constitution de 1946 qui est précédée par un préambule. La situation n'était pas évidente : si le préambule était formellement incorporé à la Constitution elle-même, et avait été adopté par référendum comme cette dernière, il avait cependant été exclu du contrôle de constitutionnalité des lois prévu par la Constitution. Pour cette raison il n'avait pas de valeur constitutionnelle. La raison inverse a conduit à admettre la valeur constitutionnelle du préambule de la Constitution de 1958, et

¹¹⁶ On exposera successivement l'opinion selon laquelle le vote électronique ne doit pas être généralisé et appliqué, notamment à cause de ses carences démocratiques et technologiques liées au *digital divide* et aux risques d'hacking.

¹¹⁷ BARDIN (M.), « Les partis politiques et le numérique », *Pouvoirs*, n°163, 2017, pp. 43-54.

des textes auxquels il renvoie¹¹⁸. Cette typologie de questions relatives à la valeur constitutionnelle des déclarations de droits se repose aujourd’hui, au XXI^{ème} siècle concernant les droits numériques. Pour Marie-Charlotte Roques-Bonnet, l’affirmation de droits fondamentaux applicables aux sciences et aux techniques numériques serait de nos jours à la source d’une transformation du concept des droits de l’homme. Cette transformation imposerait une nouvelle représentation de notre ordre juridique, non plus pyramidale, mais systémique, non plus hiérarchisée mais interactive, c’est-à-dire une dilution presque complète de ses principes et de sa structure fondamentale¹¹⁹. En termes d’efficacité, les droits fondamentaux s’imposent comme un instrument incontournable pour définir le droit du réseau et les droits de l’individu dans l’environnement numérique. Ils sont vecteurs d’une efficacité juridique et d’une souplesse sans lesquelles internet ne pourrait pas se construire.

48. Le droit fondamental, une notion « polysémique ». La notion de droit fondamental, « par nature indéfinissable et fluctuante »¹²⁰ consacre divers droits qui s’imposent à des personnes de droit public autant que de droit privé. La fondamentalisation des droits a été possible par la jurisprudence notamment constitutionnelle lors du contrôle de la constitutionnalité des lois (**Chapitre I**) et a permis, plus précisément, à partir de la décision *Hadopi 1* de 2009 la protection constitutionnelle de l’accès à internet et des communications numériques (**Chapitre II**).

Chapitre premier – Le contrôle de la constitutionnalité des lois et la liberté de communication

49. Le numérique a considérablement modernisé les pratiques issues de la liberté de communication des pensées et des opinions. En matière de liberté d’expression et de communication sur internet, on est confrontés à sa nécessaire conciliation avec d’autres libertés et droits fondamentaux tels que le droit à la vie privée, la dignité humaine, la liberté

¹¹⁸ DEBBASCH (C.), BOURDON (J.), RICCI (J.-C.), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Economica, 1990, 972 p.

¹¹⁹ ROQUES-BONNET (M.-C.), *Le droit peut-il ignorer la révolution numérique?*, Paris, Éditions Michalon, 2010, pp. 132-133.

¹²⁰ CASSIA (P.), BEAL (A.), « La nouvelle procédure applicable devant le juge administratif des référés, bilan de la jurisprudence », *JCPG*, 9 mai 2001, pp. 921-922.

de religion, le droit de grève, le droit à la propriété privée... Sur le plan objectif, les droits fondamentaux, en tant que partie intégrante de l'ordre juridique, sont un prolongement de la norme fondamentale matérielle d'identification de normes, qui s'enracine dans les valeurs supérieures de la démocratie. Les droits fondamentaux ont donc cette fonction de continuité et d'actualisation de la norme fondamentale tout en étant, en même temps un sous-système de l'ordre juridique¹²¹.

50. L'évolution de la protection par le Conseil constitutionnel de la liberté d'expression et de communication des opinions se poursuit aujourd'hui avec les nouvelles technologies d'information et de communication. La communication sur internet favorise le processus démocratique et le choix des élus par les citoyens. Comme l'a écrit Albert Camus : « La démocratie ce n'est pas la loi de la majorité, mais la protection de la minorité »¹²². Internet, permet aux citoyens d'être mieux informés, c'est un moyen complémentaire pour recueillir plus d'informations relatifs par exemple aux candidats à une élection, aux projets de réforme, il permet de consulter et communiquer dans les forums *on line* afin d'échanger des opinions et des avis et donc, *in fine*, d'exercer un vote encore plus éclairé. Dans cette logique on analysera la fonction du droit constitutionnel à la libre communication dans les Constitutions des États européens (**Section I**) pour ensuite étudier les choix de contrôle effectués par le Conseil constitutionnel (**Section II**).

Section I : La fonction du droit constitutionnel à la libre communication dans les Constitutions des États européens

51. Le droit constitutionnel est un droit à part, conceptuellement et hiérarchiquement supérieur. Une des spécificités du droit constitutionnel est qu'il doit pouvoir s'adapter et résoudre toutes les situations conflictuelles qui se posent dans l'État de droit. Une de ces situations sont les conflits de normes. L'élasticité du droit constitutionnel est une qualité essentielle qui en fait une de ses caractéristiques et sa force. Cette spécificité lui permet d'être de façon continue au cœur de tous les débats relatifs à l'actualité de la

¹²¹ PECES-BARBA MARTINEZ (G.), *Théorie générale des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, 2004, pp. 267-269.

¹²² CAMUS (A.), *Carnets Tome I*, Paris, Folio, 1962, p. 164.

société. Les approches constitutionnelles du droit à la liberté d'expression et de communication des opinions sont hétérogènes dans les États européens (§ 1) et la protection constitutionnelle de la liberté de communication présente une certaine spécificité (§ 2).

§ 1. Des approches constitutionnelles hétérogènes du droit à la liberté d'expression et de communication dans les États européens

52. Des facteurs historiques et culturels différents. Dans les États membres européens, le droit a évolué selon des facteurs historiques et culturels différents, néanmoins le fond et la garantie constitutionnelle des droits fondamentaux sont protégés de façon similaire. Le droit à la liberté d'expression et de communication est appréhendé de façon hétérogène selon la source de la protection (déclaration, charte, texte de loi, traité, jurisprudence) mais sa consécration dans les Constitutions des États européens (A) est un indicateur d'aptitude à devenir membre de l'Union européenne (B).

A – La consécration constitutionnelle de la liberté de communication et d'expression dans les Constitutions des États européens

53. Une certaine identité. La liberté d'expression est consacrée dans la plupart des Constitutions des États membres de l'Union européenne avec des formulations différentes qui ne s'expliquent pas toutes avec des problèmes de traduction, mais qui démontrent aussi une certaine identité des principes¹²³. La liberté de communication et d'expression bénéficie d'une protection qui varie selon les États membres (1) mais elle reste une condition essentielle et commune à toute démocratie libérale (2).

1) Une protection flexible en fonction des États

54. Un fonctionnement similaire. D'emblée on peut affirmer que la liberté de communication a plusieurs fonctions et implique la liberté de la presse en démocratie

¹²³ VERPEAUX (M.), « La liberté d'expression dans les jurisprudences constitutionnelles », Paris, *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 36, 6 juin 2012, pp. 5-13.

libérale. La structure de la protection est similaire dans les États. Il convient à ce point de l'étude de mettre en avant le fait qu'on constate que la libre communication est une liberté constitutionnelle relative (a) soumise à une attitude variable des juges selon les États (b).

a. Une liberté constitutionnelle relative

55. En matière de droits fondamentaux, les Constitutions et les droits constitutionnels des États européens présentent beaucoup de similitudes avec les normes de référence qui sont utilisées par le Conseil constitutionnel français. Certes, certains droits sont garantis en des termes absolus. Il s'agit notamment de l'interdiction de la torture et de la peine de mort qui sont consacrées dans toutes les Constitutions des États européens. Néanmoins, on peut souligner aussi la relativité d'une grande partie des droits et libertés fondamentaux et cette logique de relativité et d'absolutisme¹²⁴ des droits et libertés fondamentaux se retrouve au niveau du droit européen¹²⁵. En effet, au niveau *supra* national, l'article 15 § 2 de la Convention EDH interdit toute dérogation au droit à la vie, sauf pour les cas d'actes licites de guerre, à l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, à l'interdiction de l'esclavage et de la servitude et à la règle « pas de peine sans loi », de même est interdite toute dérogation à l'article 1^{er} du Protocole n° 6 à la Convention qui porte abolition de la peine de mort en temps de paix, à l'article 1^{er} du Protocole n° 13 à la Convention relatif à l'abolition de la peine de mort en toutes circonstances, ainsi qu'à l'article 4. À la différence de ces droits absolus¹²⁶ le droit à la liberté d'expression, tout comme par exemple (et parmi d'autres) : le droit à la vie privée, ou le droit à la propriété, peuvent être encadrés et limités.

56. **L'application concurrente de deux normes de même « rang » juridique.** « La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de

¹²⁴ Au sens de la protection absolue de certains droits et libertés, comme l'interdiction de la torture et de la peine de mort.

¹²⁵ Il y a une européanisation des droits et libertés fondamentaux. Cette européanisation commence par la Convention EDH de 1950 qui donne naissance à la Cour EDH. La Cour EDH veille à la bonne application de la Convention. Et puis il y a la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. L'Union européenne a voulu avoir son propre texte en matière de droits et libertés fondamentaux. Il y a donc un ensemble de textes auxquels la France est partie prenante et associée. Cet ensemble de textes s'applique au territoire français, à tous ceux qui vivent sur le territoire français à un moment donné.

¹²⁶ Exception faite aux cas d'actes licites de guerre.

l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre à l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi »¹²⁷. La plupart du temps, face à un conflit ouvert par les requérants, l'application concurrente de deux normes reste possible parce qu'elles sont en réalité compatibles entre elles ou parce qu'elles ont des champs d'applications différents¹²⁸. Tout droit ou liberté fondamentale trouve sa limite dans les droits d'autrui et dans la nécessité pour l'État de maintenir les conditions de cette conciliation par un système objectif reposant sur l'ordre public et l'intérêt général. Ces deux limites ne se présentent pas sur le même plan, ni théoriquement, ni sous la « plume » du juge. La sanction des limites objectives sert de moyen à la sanction des empiètements de droits entre particuliers, comme la répression des troubles de voisinage protège indirectement la jouissance du domicile. Dans un conflit opposant deux titulaires d'un même droit ou de droits opposés, les juges sont amenés à trouver une conciliation ou à faire primer un intérêt sur un autre au nom de l'intérêt de tous. Dans un conflit entre un particulier et l'intérêt de tous, la légitimité même de la revendication peut être en cause. La tendance des différents juges semble être la négation des conflits afin de ne pas devoir hiérarchiser les droits et libertés.

b. L'attitude variable des juges

57. Une hiérarchie à configuration variable¹²⁹. Tous les droits, peuvent être limités sur certains de leurs effets pourvu que leur « noyau dur » ne soit pas totalement nié. On notera que pour l'article 5 de la Déclaration de 1789, la torture et la peine de mort ne peuvent faire l'objet de conciliation. La conciliation des droits peut aussi être l'occasion pour le juge de développer les droits en définissant de nouveaux intérêts à protéger. La Cour constitutionnelle italienne, en dépit du choix de ne pas consacrer de nouveaux droits¹³⁰ a

¹²⁷ Article 11 DDHC.

¹²⁸ BIOY (X.), *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Paris, LGDJ, 4^{ème} édition, 2016, 1006 p.

¹²⁹ OBERDORFF (H.), « Libertés fondamentales : théorie générale », Paris, interview vidéo, Éd. Lextenso, 8 août 2016.

¹³⁰ Politique du « catalogue fermé ».

ainsi pu dégager le droit au logement à partir du droit de propriété¹³¹ ou encore le droit à l'identité par le droit à la santé¹³².

58. Théoriquement tous les droits fondamentaux ont la même valeur. Lorsqu'on établit une hiérarchie des droits fondamentaux alors on fait une sorte de classement des valeurs et donc un discours philosophique qui montre que certaines sont supérieures aux autres. Tous les droits de l'homme ont une valeur universelle et indissociable, ils sont intimement liés. Néanmoins on trouve une forme de hiérarchie, en effet dans la Déclaration de 1789, l'article 2 dispose que : « la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression sont des droits naturels et imprescriptibles de l'homme ». Il fixe d'une certaine manière une hiérarchie. Lorsqu'on analyse d'autres textes, par exemple la Loi fondamentale allemande, il apparaît de façon claire que la dignité de l'être humain est intangible, et que la dignité de l'être humain est au sommet de ce dispositif de droits fondamentaux. La Constitution espagnole fixe aussi une sorte d'hiérarchie, le droit à la vie est l'élément déterminant dans cette dimension. Dans ce registre ; un certain nombre de textes comme la Convention EDH, valorisent le droit à la vie, le droit de ne pas être torturé, le droit de ne pas subir des traitements inhumains ou dégradants, le droit de ne pas être tenu en esclavage. La Convention EDH fixe le droit à la vie au sommet de cet ensemble. Ce raisonnement est logique car le droit à la vie permet de réaliser les autres droits et libertés fondamentaux.

59. La proportionnalité et l'adéquation de la mesure. La proportionnalité implique l'adéquation de la mesure avec la fin poursuivie, sa nécessité faute de mesure moins attentatoire à la liberté. La proportionnalité implique ainsi que les moyens utilisés soient aptes à réaliser l'objectif d'intérêt général poursuivi, qu'ils soient nécessaires¹³³ et réalistes au vu de ce que les destinataires de la norme peuvent supporter. Cette mise en balance demeure bien sûr un exercice difficile. Il s'agit de se substituer au décideur, qu'il soit le législateur ou l'administration. L'attitude des juges à cet égard reste variable : le Conseil constitutionnel tente de développer de façon progressive ce contrôle. S'il exerce toujours un « contrôle minimum » (contrôle de l'erreur manifeste) et s'en remet en ce cas aux choix

¹³¹ Cour const. sent. n° 404/1988.

¹³² Notamment dans le cas du transsexualisme.

¹³³ C'est-à-dire sans équivalent et de même efficacité.

politiques du législateur et ne contrôle pas la nécessité de la mesure, le Conseil apprécie aussi la portée de l'atteinte aux droits de manière proportionnelle à l'objectif poursuivi, en particulier lorsque le texte de la Constitution l'impose¹³⁴ et lorsqu'il s'agit de droits et libertés les mieux protégés, telle la liberté d'expression et de communication¹³⁵.

2) Une condition essentielle et commune à la démocratie

60. La liberté d'expression constitue une condition essentielle de la liberté de la pensée. La liberté d'expression doit être étudiée sous le prisme des contextes historiques, des particularismes nationaux et elle s'exprime par conséquent dans les formes et selon les modalités de chaque tradition juridico-historique. En France, les dispositions des articles 10 et 11 de la Déclaration de 1789 attribuent la compétence au pouvoir législatif pour encadrer l'exercice de la liberté d'expression et prévenir toute atteinte à l'ordre public. Pour les révolutionnaires français, cette liberté était l'un des symboles de l'élimination de la censure et elle garantissait le positivisme des droits naturels. Successivement, l'enracinement législatif du droit à la liberté d'expression et de communication des pensées et des opinions s'est affirmé avec les lois fondatrices de la fin du XIX^{ème} siècle¹³⁶ et avec l'évolution et le renforcement du Conseil constitutionnel il est devenu un droit constitutionnel protéiforme garant de la démocratie, protecteur des autres droits fondamentaux (a) et permettant le devoir historique de mémoire (b).

a. Un droit constitutionnel protéiforme protecteur des autres droits

61. La liberté d'expression et d'information par la presse et les médias numériques contribuent à faire prospérer les principes d'une justice transparente¹³⁷. S'agissant des droits des (citoyens) récepteurs, la liberté d'expression protège le droit d'être informé et de recevoir une information diverse et pluraliste. L'article 4 de la Constitution dispose que :

¹³⁴ Cf. par exemple le principe de nécessité et de proportionnalité des peines.

¹³⁵ BIOY (X.), *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Paris, LGDJ, 4^{ème} édition, 2016, 1006 p.

¹³⁶ Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

¹³⁷ VERPEAUX (M.), MONTALIVET (P.), ROBLOT-TROIZER (A.), VIDAL-NAQUET (A.), *Droit constitutionnel, Les grandes décisions de la jurisprudence*, Paris, PUF, 2011, 538 p.

« La loi garantit les expressions pluralistes des opinions et la participation équitable des partis et groupements politiques à la vie démocratique de la Nation »¹³⁸. Comme l'a jugé en matière de presse écrite le Conseil constitutionnel, « la libre communication des pensées et des opinions ne serait pas effective si le public auquel s'adressent ces quotidiens n'était pas à même de disposer d'un nombre suffisant de publications de tendances et de caractères différents »¹³⁹. Le principe du pluralisme est appliqué aux mass média des télécommunications, avec cependant des exigences déterminées : les personnes qui écoutent la radio ou qui regardent la télévision doivent pouvoir choisir entre différents moyens d'information, appartenant à des propriétaires différents. En outre, les entreprises de communication, doivent permettre et laisser ouverte la possibilité, dans leurs programmes, « l'expression de tendances de caractère différents, dans le respect de l'impératif d'honnêteté de l'information ». On constate que dans la jurisprudence constitutionnelle, la protection du pluralisme sur internet ne fait pas encore fait l'objet d'une reconnaissance constitutionnelle.

b. Un droit permettant le devoir historique de mémoire

62. L'analyse historique est plurielle car elle est le reflet de pluralité de positionnements et de présupposés. Dans ce contexte certaines opinions sur des évènements du passé sont de nature à heurter la sensibilité des protagonistes de l'histoire, de leurs proches, de leurs descendants. Certaines lectures du passé sont vécues par tout ou partie du corps social comme de nature à troubler l'ordre public. La question est toujours identique, faut-il censurer certaines opinions, faut-il accepter une expression différente ? La question de la mémoire historique a été magistralement prise en compte par le législateur en 1881 avec l'incrimination de diffamation envers la mémoire des morts. Une grande actualité jurisprudentielle a marqué le rejet de certaines lois mémorielles et le rejet de certaines opinions officielles sur l'histoire. En 2012, le Sénat a adopté la proposition de loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi. Cette proposition de loi avait remis à l'ordre du jour le débat sur les lois mémorielles. C'est dans ce contexte

¹³⁸ Principe réaffirmé en 1986, cf. Cons. const., n° 86-217 DC du 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication*.

¹³⁹ HAURIOU (M.), *Précis de droit constitutionnel*, Paris, 2^{ème} édition, Dalloz, 1929, p. 186.

(très polémique¹⁴⁰) qu'est intervenu le Conseil constitutionnel en 2012, en censurant la loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi¹⁴¹. Le Conseil constitutionnel censure cette loi au regard de sa normativité et au regard de sa possible atteinte à la liberté d'expression. Sur la normativité, dans cette décision, le Conseil constitutionnel rappelle que : « sous réserve de dispositions particulières, la loi a pour vocation d'énoncer des règles et doit être vêtue d'une portée normative. Une disposition législative ayant pour objet de reconnaître un crime ne saurait en elle-même être revêtue de la portée normative qui s'attache à la loi ». Mais c'est sur le terrain de la liberté d'expression que le Conseil constitutionnel a censuré le dispositif, pour déclarer contraire à la Constitution, l'article 1^{er} de la loi il affirme : « qu'en réprimant ainsi la contestation de l'existence et de la qualification juridique de crimes qu'il aurait lui-même reconnus et qualifiés comme tels, le législateur a porté une atteinte inconstitutionnelle à la liberté d'expression. Les atteintes portées à la liberté d'expression devant être nécessaires, adaptées, et proportionnées à l'objectif poursuivi ». Il est certain et le débat est très ardu, que la pénalisation de toute forme de négationnisme bouscule la cohérence du droit de la presse dans la fragile frontière tracée entre les opinions et les propos constitutifs d'une infraction de droit de presse. La ligne blanche a été dépassée par la loi Gayssot¹⁴², dans le sens que l'incrimination ne mettait pas suffisamment en valeur la faute de provocation à la discrimination, à la haine, ou à la violence. La ligne a clairement été franchie en 2012 par la reconnaissance législative du crime.

63. La limitation aux seuls objectifs d'information et d'histoire. Ce « filtre » permettait de faire le tri entre les évocations du passé pénal de pure malveillance et celles qui pourraient contribuer au débat d'intérêt général, notamment en matière historique. La

¹⁴⁰ Les motifs d'hostilités aux lois mémorielles furent variés, ils émanaient de milieux très différents. Du point de vue des historiens était déploré l'écriture d'une histoire ou d'une vérité officielle, le risque d'atteinte à la liberté de la recherche, et la confusion entre mémoire et histoire. Du côté politique, était contestée la démarche purement électoraliste et opportuniste, puisque ça pouvait être analysé comme une forme d'ingérence dans la politique de pays étrangers, source de crises diplomatiques.

¹⁴¹ Cons. const.. n° 2012-647 DC du 28 février 2012 *Loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi*.

¹⁴² Loi n° 90-615 du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe, « loi Gayssot ».

censure constitutionnelle de 2013¹⁴³ a avec les mêmes attendus utilisés en 2012 « fait sauter ce verrous » de protection, et contrairement à la première censure, elle semble exiger un rééquilibrage du dispositif en limitant la faculté de preuve aux seules informations énoncées dans un but d'information et d'histoire. La solution à la question de savoir quelles interdictions apporter à la liberté d'expression est donc « soufflée » par le Conseil constitutionnel qui dit que : « c'est par son caractère général et absolu que l'interdiction porte une atteinte non proportionnée ». En effet, la généralité de l'interdiction la rend critiquable. Le débat est ouvert, notamment à l'heure du numérique ceci permettrait de ne pas cautionner, sur le passé judiciaire, la diffamation « gratuite » de la part de « citoyens justiciers » dont les effets délétères, sont amplifiés par les possibilités d'accès et de diffusion de l'information sur internet.

64. L'affirmation de liberté de polémique historique. Cette ouverture pour le droit à l'histoire est présente et peut être étudiée dans un arrêt de la Cour de cassation du 16 octobre 2013¹⁴⁴, à propos du livre de Robert Hébras intitulé *Oradour-sur-Glane : Le drame heure par heure*¹⁴⁵. C'est sur le fondement de l'article 1382 du Code civil que la Cour d'appel de Colmar avait considéré que : « Robert Hébras avait outrepassé les limites de la liberté d'expression en mettant en doute dans sa version d'origine le caractère forcé et non volontaire de l'incorporation de jeunes alsaciens dans les unités allemandes SS ». Mais successivement au pourvoi en cassation, la Cour de cassation au visa de l'article 10 de la Convention EDH a cassé l'arrêt de la Cour d'appel au motif : « que si les propos litigieux ont pu heurter, choquer, ou inquiéter les associations demanderessees ne faisaient qu'exprimer un doute sur une question historique objet de polémique de sorte qu'il ne dépassait pas les limites de la liberté d'expression »¹⁴⁶. La Cour de cassation assume une position résolument favorable au droit à l'histoire¹⁴⁷, la Cour conforte une tendance

¹⁴³ Cons. const., n° 2013-319 QPC du 7 juin 2013, *M. Philippe B. (Exception de vérité des faits diffamatoires constituant une infraction amnistiée ou prescrite, ou ayant donné lieu à une condamnation effacée par la réhabilitation ou la révision)*.

¹⁴⁴ Cass. civ. 1^e, 16 octobre 2013, *Oradur-sur-Glane*.

¹⁴⁵ HÉBRAS (R.), *Oradour-sur-Glane : Le drame heure par heure*, Paris, Broché, 2003, 36 p.

¹⁴⁶ *Ibidem*.

¹⁴⁷ En matière de diffamation et en matière de négationnisme, le mode rhétorique dubitatif n'empêche pas l'infraction d'exister.

jurisprudentielle à deux facettes, la première est qu'elle a toujours admis toute expression d'une opinion historique, hors allégations de faits précis. La deuxième tendance, qui est plus délicate, c'est que finalement la Cour de cassation accepte la libre polémique historique et accepte une controverse qu'il est de plus en plus facile d'accepter au fur et à mesure de l'écoulement du temps. La Cour EDH dans l'arrêt *Lehideux et Isorni* évoquait déjà : « cet effort qu'on devait fournir pour débattre ouvertement et sereinement de la propre histoire quarante ans après les faits litigieux¹⁴⁸ ».

B – Les incidences de la libre communication sur le développement du débat démocratique

65. La liberté de communication et d'expression est une composante essentielle de la démocratie participative (1), il s'agirait même d'un impératif pour la vie en société (2).

1) Une composante essentielle de la démocratie participative

66. Dans le processus de développement et d'acquisition des droits de l'homme, la liberté d'expression et de communication a un rôle central. La liberté d'expression et de communication des pensées et des opinions permet aux peuples de faire face aux dirigeants politiques, de les contester, voire éventuellement de les forcer à démissionner, notamment lorsqu'ils remettent en cause ou violent les principes mêmes de la démocratie. La liberté d'expression a permis de faire perdurer dans le temps le récit d'importants événements historiques tels les faits et écrits fondateurs par exemple survenus lors des périodes révolutionnaires, comme la révolution américaine, la Révolution française de 1789, les mouvements de décolonisation et, récemment, les révolutions arabes. Notons que certaines récentes révolutions arabes, comme par exemple la révolution tunisienne dite « Révolution du jasmin » en 2011, ont été possibles et encouragées par la communication numérique dans les réseaux sociaux sur internet, notamment à travers les réseaux sociaux Facebook et Twitter. Ce constat permet de dire que la liberté de communication sur internet doit être prise en considération comme étant un des plus importants moyens permettant le processus de

¹⁴⁸ Cour EDH, 23 septembre 1998, *Lehideux et Isorni c. France*, n° 24662/94, et dans le même sens : Cour EDH 15 avril 2009, *Aussaresses c. France*, n° 20985/05.

développement social de l'être humain. Aujourd'hui les concepts de droits humains et de libertés politiques sont très présents dans l'État de droit. Le XXI^{ème} siècle a fait de la démocratie, notamment participative, le principal modèle de l'organisation politique¹⁴⁹. Internet peut être une formidable méthode de démocratie participative.

67. Le paradoxe de la démocratie participative. Si on analyse la démocratie participative, on se rend compte qu'elle est paradoxale. En effet, si on définit la démocratie (de la manière la plus simple), comme étant le régime de la souveraineté populaire, c'est-à-dire le régime dans lequel les citoyens prennent eux-mêmes les décisions qui s'imposent à eux afin de décider collectivement par eux-mêmes et pour eux-mêmes de leur destin commun, alors il n'y a de démocratie que participative. Dès lors la notion de « démocratie participative » devient un pléonasme et il serait difficile de contester cette exigence de participation, à moins de se lancer dans un plaidoyer contre la démocratie elle-même. Lorsqu'on évoque la démocratie participative on voit émerger des critiques extrêmement virulentes et qui ont comme particularité d'être partiellement divergentes et contradictoires. *A priori* la démocratie participative est un mirage, une illusion, totalement incapable de pallier l'iniquité dans la distribution du pouvoir politique de notre société. La démocratie participative pourrait être dangereuse car elle risquerait de libérer les passions du peuple, des passions irrationnelles, irréfléchies, soudaines, spontanées, et parfois violentes. Le risque avec ce dispositif participatif serait un désordre global, social et politique, dans la société qui menacerait notre régime politique et *in fine* pourrait remettre en question la démocratie elle-même. La démocratie participative fait l'objet de critiques et est loin de s'imposer, elle en est encore au stade de conceptualisation, et pourtant c'est une idée qui flotte dans l'air du temps depuis un peu plus d'une dizaine d'années, notamment avec les avancées permises par les NTIC.

68. L'idée de démocratie participative émerge dans les années 60 aux États-Unis parmi des groupes d'étudiants politisés. En France, pendant la même période, Pierre Mendes France, en 1965 lors de l'élection présidentielle défend ce qu'il appelle une « démocratie de la participation ». À propos de cette période, il est difficile d'établir quel aurait été et si l'impact du numérique aurait été fort dans ces débats *embryonnaires*,

¹⁴⁹ *Ibidem*.

notamment lorsqu'on constate qu'aujourd'hui l'influence d'internet dans la démocratie participative reste encore limitée. À l'époque la démocratie participative avait très peu d'écho, et on lui préférait d'autres concepts, ceux de démocratie directe et surtout d'autogestion. Dans les années 60, 70, l'idéal politique qui redonne du pouvoir au citoyens c'est l'idéal autogestionnaire. Successivement, dans les années 80, il y a une « éclipse » de ces revendications de plus de pouvoir, d'une extension des droits politiques au profit des citoyens. Ce débat réapparaît au début du XXI^{ème} à travers cette idée forte de démocratie participative. On retrouve cette idée dans la littérature académique, dans les expérimentations démocratiques, dans de très nombreux États, dans les prises de parole des hommes et femmes politiques, qui de plus en plus nombreux se revendiquent ou tentent de se revendiquer en faveur de l'idéal de participation, notamment en encourageant l'utilisation du numérique¹⁵⁰. Cet idéal participatif finit même, entre la fin des années 90 et le début des années 2000 par s'imposer dans la législation française. En 1995, en France la loi Barnier crée la Commission Nationale du Débat Public (C.N.D.P.) qui rend obligatoire la concertation de projets ayant un impact sur l'environnement. En 2002 est promulguée la loi Démocratie de proximité qui rend obligatoire la création de conseils de quartier dans toutes les villes de plus de 80000 habitants¹⁵¹. Et en 2005, la France élabore la Charte de l'environnement, un texte à valeur constitutionnelle qui rend obligatoire de donner droit aux citoyens de participer à des prises de décisions ayant un impact sur l'environnement. D'un idéal, la démocratie participative est devenue une idée qui a été traduite en actes, en législation et en droit constitutionnel. Tout au long de la première décennie des années 2000, la démocratie participative se retrouve dans les promesses politiques des hommes et femmes politiques. Par exemple : Bertrand Delanoë élu à la Mairie de Paris sur un programme qui laissait une grande part à ce qu'il appelait la démocratie participative ; Ségolène Royal en 2007 qui a mis la démocratie participative au centre de son projet présidentiel et qui avait organisé une série de débats participatifs pour l'organisation de sa plateforme présidentielle, ou plus récemment en 2017 dans le programme politique d'Emmanuel Macron. La démocratie participative devient une volonté politique et cette démocratie participative est promue et défendue par les mêmes personnes qui *a priori* n'ont aucun intérêt à son

¹⁵⁰ MATHIEU (B.), « La crise de la démocratie représentative : constat et éléments d'explication », Paris *Constitutions*, 2015, pp. 315-317.

¹⁵¹ Loi n° 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité.

avènement puisque la « quantité » de pouvoir disponible dans une société donnée est limitée et donc toute extension majeure des droits politiques au profit des citoyens se traduit mécaniquement par une baisse du pouvoir disponible aux mains de leurs représentants.

2) Un impératif pour le progrès démocratique : *l'empowerment* des citoyens

69. On constate que les électeurs ont des difficultés à voter ou à s'engager dans la politique. Carole Pateman est l'une des premières à conceptualiser l'idée d'une démocratie participative¹⁵². Pour elle la démocratie participative est centrée sur l'idée d'objectif d'*empowerment*¹⁵³ des citoyens. Son idée est de construire une citoyenneté critique, active et éclairée, afin de travailler pour faire en sorte que le citoyen soit maître de lui-même, politisé, apte à participer pleinement à la vie politique de sa Nation. Pour l'auteur la participation politique a un intérêt qui se justifie pour elle-même et par elle-même. Elle a une dimension émancipatrice qui favorise l'émancipation des citoyens. En ce sens la démocratie participative, toujours selon Carole Pateman, a des applications très larges concernant la prise de décisions démocratiques, et elle permet la construction d'une citoyenneté critique. Pour elle l'éducation des citoyens ne se fait pas en théorie, elle se fait en actes, les citoyens se forment à la vie publique en participant à la vie publique. On ne peut pas demander à tout citoyen de prendre position sur des points extrêmement complexes comme des points de droit particulièrement techniques. Dès lors la participation devrait se faire avant tout à l'échelle locale et à l'échelle professionnelle. La démocratie participative n'est pas un projet politique, c'est un vrai enjeu politique qui pénètre dans la sphère professionnelle et qui peut activer le cercle vertueux de la participation aux élections politiques. Ce faisant les citoyens acquièrent des compétences et un « goût » pour la participation et qui pourrait s'infiltrer, par capillarité, dans toute la société et à l'échelle nationale. Le projet de Carole Pateman est la transformation de la société afin de redistribuer le pouvoir politique et de le rendre plus consensuel et légitime.

¹⁵² PATEMAN (C.), *Participation and Democratic Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 1970, pp. 122-130.

¹⁵³ Cette notion d'*empowerment* est difficile à traduire en français, on ne dispose pas d'un mot qui permet de la résumer. On peut l'assimiler à un renforcement et de l'attribution de nouveaux droits aux citoyens.

70. Internet permet de prendre des décisions politiques plus consensuelles et légitimes. Au XXI^{ème} siècle la communication numérique rend possible la participation démocratique aux débats politiques par internet afin que les décisions politiques prises soient légitimes démocratiquement. La perspective que semble permettre internet est de repenser les conditions de légitimité des décisions politiques dans une démocratie. Une décision politique légitime n'est pas seulement une décision qui a été approuvée par tous les citoyens, ce qui est le cas par l'élection. Une décision légitime serait une décision qui a été délibérée par tous les citoyens. En effet, internet ne devrait pas simplement servir à permettre aux citoyens de discuter vaguement entre eux d'un projet de loi, et puis finalement de laisser le vote aux parlementaires. La délibération est une procédure de discussion qui pourrait associer tous les citoyens concernés par la question posée, et dans laquelle tous les points de vue et arguments s'expriment, et toutes les informations sont mises en commun. Ce qui importe ce n'est pas la participation mais la décision, la démocratie participative doit conduire à des décisions prises de façon informée et qui satisfassent le plus grand nombre de citoyens. Ces décisions seraient mieux acceptées par les citoyens. Mieux acceptées par ceux qui ont vu leurs points de vue entendus et mieux acceptées par ceux dont les arguments n'ont pas été retenus puisqu'ils sauront qu'ils ont été entendus et donc *in fine* une décision plus consensuelle et légitime¹⁵⁴.

71. Les prémices du droit à la liberté d'expression et de communication des pensées et des opinions se trouvent dans la tradition philosophique et juridique occidentale. Il s'agit d'une tradition démocratique qui a commencé à émerger vers la fin du XVIII^{ème} siècle. Précédemment, la liberté d'expression était réservée à peu de personnes, notamment aux autorités royales, seigneuriales ou religieuses. De nos jours, internet a changé la manière dont se diffuse, et donc la manière dont se crée, le savoir. Internet est devenu un des principaux moyens de diffusion de la connaissance, et d'accès à celle-ci. L'imprimerie a permis aux citoyens de lire, internet leur permet d'écrire. Internet peut être comparé à la révolution de l'imprimerie dans le passé. L'imprimerie a eu un grand rôle dans la diffusion des nouvelles connaissances et philosophies, et en particulier de la philosophie française du mouvement des Lumières, donc des révolutions libérales, de même que tout le progrès

¹⁵⁴ Dans ses écrits Jürgen Habermas souligne l'importance de la prise de décisions politiques par l'ensemble des citoyens. HABERMAS (J.), *L'intégration républicaine*, Paris, Éditions Pluriel, 2014, 576 p.

scientifique et technique du XIX^{ème} siècle¹⁵⁵. L'imprimerie a été une étape nécessaire, pour permettre ces évolutions et ces changements, donnant naissance dans le monde occidental à la reconnaissance et à la construction d'un droit à la liberté de communication des opinions. Tout comme aujourd'hui, dans le passé il fallait un moyen moderne et rapide pour diffuser et conserver le savoir pour qu'il puisse s'accroître¹⁵⁶. À l'ère du numérique, internet permet une nouvelle révolution, encore plus puissante, de la fonction de la libre communication.

72. Le Conseil constitutionnel est une « réussite inattendue » de la V^{ème} République¹⁵⁷. Comme l'a précisé Bruno Genevois dans la communication écrite intitulée « L'enrichissement des techniques de contrôle du Conseil constitutionnel »¹⁵⁸, le Conseil constitutionnel s'est efforcé d'adapter ses modes de contrôle à la spécificité de chacune de ses attributions, selon qu'elles ont ou non un caractère juridictionnel et dans ce dernier cas, suivant que le Conseil intervient comme juge de plein-contentieux ou comme juge du respect de la hiérarchie des normes¹⁵⁹. Cette adaptabilité est une des qualités du Conseil, qui lui permet d'être polyvalent dans la protection des droits, des libertés et de la démocratie. Selon l'ancien Président Jean-Louis Debré, « le Conseil constitutionnel est une « réussite inattendue » de la V^{ème} République cela tient à ce que, par sa jurisprudence, il a su s'insérer au mieux dans le cadre institutionnel préexistant »¹⁶⁰. En effet, le Conseil constitutionnel avait surtout été créé en 1958 pour être le gardien du domaine réglementaire prévu par la Constitution française, progressivement il est devenu le protecteur des droits fondamentaux et a développé ses techniques de contrôle. Ainsi, la technique du « seuil anti-retour » pour les lois modifiant le régime juridique des libertés fondamentales. Une technique similaire est également appliquée par le pouvoir législatif concernant les situations légalement acquises

¹⁵⁵ ROMAN (D.), HENNETTE (S.), *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, 2013, 758 p.

¹⁵⁶ *Ibidem*.

¹⁵⁷ DEBRÉ (J.-L.), « Le Conseil constitutionnel : une réussite inattendue de la V^{ème} République » in « Cinquantenaire de la Constitution de la V^{ème} République », Paris, Éd. Dalloz, 2008, 308 p.

¹⁵⁸ Colloque du cinquantenaire du Cons. const. 3 novembre 2008 - « L'enrichissement des techniques de contrôle » Communication de Bruno GENEVOIS, Président de section au Conseil d'État.

¹⁵⁹ DI MANNO (T.), *Le juge constitutionnel et la technique des décisions interprétatives*, Aix en Provence, Thèse de doctorat en droit sous la direction de Louis Favoreu, Université Aix-Marseille III, 1996, pp. 344-345.

¹⁶⁰ DEBRÉ (J.-L.), « Le Conseil constitutionnel : une réussite inattendue de la V^{ème} République » in *Cinquantenaire de la Constitution de la V^{ème} République*, Paris, Éd. Dalloz, 2008, p. 212.

dans les communications, notamment pour ne pas encourir des décisions de non-conformité constitutionnelle.

Section II : Les choix de contrôle du Conseil constitutionnel en France

73. L'examen de l'objectif du législateur, base du contrôle constitutionnel de proportionnalité, est parfois considéré comme sa partie fondamentale. C'est sur ce point qu'il est possible d'expliquer et justifier le choix du type de contrôle de proportionnalité effectué par le Conseil constitutionnel. Le Conseil constitutionnel a le choix, en fonction des textes législatifs qui lui sont soumis, entre le contrôle constitutionnel approfondi et le contrôle constitutionnel restreint. Au vu de sa jurisprudence il semble nettement privilégier le contrôle constitutionnel approfondi pour les lois qui encadrent et limitent la liberté de communication (§1), mais on assiste à une évolution du contrôle tout en maintenant la conciliation des droits (§2).

§ 1. L'utilisation du contrôle constitutionnel approfondi pour les lois limitant la liberté de communication

74. Le contrôle de constitutionnalité permet d'examiner le pouvoir discrétionnaire du législateur. Le Conseil constitutionnel effectue le contrôle du choix décisionnel du législateur dans la limitation des libertés fondamentales (A) et apporte une protection variable à la liberté de communication (B).

A – Le contrôle de la limitation des droits fondamentaux

75. L'absence de définition de l'expression droits et libertés dans la Constitution. Le constituant n'a pas défini l'expression droits et libertés, il a cependant précisé la source des normes concernées par la QPC, contrairement au législateur lorsqu'il a institué le référé-liberté. Le champ d'intervention du contrôle *a posteriori* est donc, de ce point de vue plus limité que celui de l'article L 521 2 du CJA : mais il est aussi à première vue plus large dans la mesure où l'article 61-1 renvoie aux droits comme aux libertés sans faire intervenir le qualificatif de fondamental. On remarque que le constituant n'a pas choisi de retenir l'appellation de droit fondamental qui aurait pu faire référence aux débats doctrinaux en la

matière ou renvoyer à la jurisprudence constitutionnelle qui n'a qualifié de fondamentales que quelques-unes des libertés consacrées par la Constitution¹⁶¹. La délimitation du champ des droits et libertés est extrêmement délicate, notamment avec l'interdiction de la notion de l'atteinte au droit fondamental (1) et sa reconnaissance indirecte (2).

1) L'interdiction de l'atteinte au droit fondamental

76. L'abus dans la Déclaration des droits de l'homme. Sont nombreuses les Constitutions se référant à l'interdiction de l'abus concernant les droits et libertés fondamentaux. La notion encadre, le plus couramment, la liberté de communication mais sans lui apporter une sanction. Les Constitutions renvoient au législateur le soin de prévenir et de régler, en légiférant, l'exercice abusif des droits et libertés fondamentaux. Le préambule de la Constitution de 1958 fait référence à la Déclaration de 1789. Par conséquent le Conseil constitutionnel l'a intégrée dans ses normes constitutionnelles de référence, ce qui a conduit à interdire directement l'abus de la liberté d'expression¹⁶². En effet, l'article 11 de la Déclaration de 1789 dispose : « : « La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme, tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi »¹⁶³. Une référence explicite est faite, dans les normes de référence constitutionnelles, à l'abus de la liberté de communication. De plus, le régime juridique et la sanction de l'abus doivent, selon l'article 11, être fixés par le législateur, car comme l'indique Xavier Philippe, « les rédacteurs de la Déclaration de 1789 avaient envisagé les limites à apporter à l'exercice de ce droit en laissant au législateur le soin de déterminer les cas dans lesquels il y aurait abus.

¹⁶¹ REDOR (M.-J.), *Les cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, Paris, n°9, Conseil constitutionnel et droits fondamentaux, 2011, p. 50.

¹⁶² *Contra*. La Déclaration de 1789 et le préambule de la Constitution de 1946 qui forment l'actuel catalogue des droits fondamentaux, ne contiennent aucune indication sur l'abus des droits fondamentaux et la protection de la démocratie. JACQUE (J.-P.) « L'abus des droits fondamentaux et la lutte contre les ennemis de la démocratie – en droit international et en droit interne français », in Dir. J. ILIOPOULOSSTRANGAS, *Der Missbrauch von Grundrechten in der Demokratie*, Kartoniert, 1989, p.179.

¹⁶³ Article 11 DDHC.

Il s'agit d'un rapport de proportionnalité exprimé dans la norme entre la liberté reconnue et son exercice effectif »¹⁶⁴.

2) La reconnaissance indirecte de l'interdiction de l'atteinte au droit fondamental

77. Plusieurs Constitutions européennes instaurent des moyens d'autodéfense et de sauvegarde de l'ordre démocratique. C'est le cas de la Constitution italienne qui interdit la reconstruction du parti fasciste¹⁶⁵. La France et l'Italie interdisent, par exemple, de porter atteinte à la forme républicaine du Gouvernement¹⁶⁶. L'interdiction constitutionnelle de porter atteinte à la substance des droits fondamentaux constituerait ainsi une forme de prévention des abus tendant à dénaturer les premiers. Par ailleurs, la doctrine s'accorde à reconnaître la préservation indirecte de la démocratie et par conséquent, l'évitement d'éventuels abus, dans les régimes de dérogations en matière de droits et libertés fondamentaux reconnus par les Constitutions¹⁶⁷. Ces exemples montrent que même sans mentionner l'expression ¹⁶⁸, la justice constitutionnelle est irriguée d'une logique d'interdiction de l'abus de droit fondamental. Néanmoins il faut admettre que ces analyses ne nous informent pas plus sur la spécificité des contours de la notion car il n'est pas rare que l'idée d'abus soit employée au sens général. Inversement à l'abus de droit relatif au droit constitutionnel institutionnel, sa prohibition dans le domaine des droits et libertés fondamentaux est affirmée soit de manière générale, soit d'une façon plus particulière ou implicitement. De plus, l'interdiction constitutionnelle de l'abus de droit ne touche pas l'ensemble des droits et libertés fondamentaux. Néanmoins, cette situation n'empêche pas la présence de la notion au sein des ordonnancements juridiques, vu que l'interdiction de l'abus de droit fondamental est souvent sanctionnée par la législation ou la justice constitutionnelle. Pour résumer, la sauvegarde de l'intérêt général et de l'ordre public, comme objectifs du

¹⁶⁴ PHILIPPE (X.), « Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative française », Thèse, Aix en Provence, P.U.A.M., 1990, p. 84.

¹⁶⁵ Article XII des dispositions transitoires et finales.

¹⁶⁶ Article 89 de la Constitution française de 1958 et article 139 de la Constitution italienne de 1947.

¹⁶⁷ ECK (L.), *L'abus de droit en droit constitutionnel*, Paris, L'Harmattan, 2010, pp. 300-303.

¹⁶⁸ L'expression abus de droit.

législateur justifiant la restriction des libertés fondamentales ne peuvent justifier un abus de droit fondamental que dans des situations limitées et en cas d'urgence.

B – Une protection variable de la liberté de communication

78. Le contrôle *in abstracto* et *in concreto*. Au vu de la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative aux droits et libertés fondamentaux, on constate que deux types de contrôles sont principalement effectués. Il s'agit du contrôle restreint et du contrôle approfondi. Si des droits ou libertés fondamentales sont en concurrence, le contrôle est restreint. S'il s'agit d'un droit ou d'une liberté et d'un intérêt général, le contrôle sera alors « approfondi »¹⁶⁹. Par ailleurs, une importante protection conventionnelle peut faire varier l'équilibre et l'analyse des intérêts. Si l'on cherche un équilibre entre la sauvegarde de l'ordre public et le droit à la libre communication, un contrôle approfondi s'impose. Les garanties entourant l'atteinte aux droits et libertés seraient alors une possibilité laissée ouverte au législateur pour agir dans certains domaines plus sensibles. Le Conseil a notamment affirmé que la mise en cause des libertés n'est justifiée que si elle est réellement nécessaire pour assurer la réalisation de l'objectif constitutionnel poursuivi. Cette technique de contrôle approfondi de la part du Conseil constitutionnel pourrait donc être qualifiée à la fois de double contrôle *in abstracto* et *in concreto*. *In abstracto* car le contrôle s'intéresse de manière générale à la liberté que le législateur peut restreindre par rapport à l'objectif poursuivi. Et en même temps *in concreto* car le Conseil analyse si le moyen spécifique employé bénéficie de garanties juridiques protectrices suffisantes. Par exemple, concernant la libre communication et la loi relative au renseignement de 2015, il analyse conjointement et de façon approfondie l'objectif poursuivi par la loi, qui se trouve être l'intérêt général¹⁷⁰, et il analyse les garanties juridiques apportées par celle-ci. Parmi les garanties juridiques qu'il estime suffisantes, le Conseil constitutionnel retient conforme à la Constitution le fait notamment que dans les dispositions de la loi plusieurs conditions cumulatives sont prévues avant la mise en œuvre des techniques de renseignement, en effet : une autorisation du Premier ministre est nécessaire après avis d'une autorité administrative indépendante. Dans

¹⁶⁹ Le terme « approfondi » est ici employé pour souligner l'analyse plus minutieuse et profonde effectuée par le Conseil constitutionnel.

¹⁷⁰ Notamment de la lutte contre le terrorisme d'origine salafiste.

cette logique de contrôle, le Conseil constitutionnel vérifie la proportionnalité des mesures (1) notamment concernant la spécificité et les plusieurs aspects de la liberté de communication (2).

1) La proportionnalité dans le contrôle approfondi

79. Comme tout moyen d'interprétation juridique, la proportionnalité est compliquée à délimiter. « Elle est une de ces fausses idées claires que véhicule le droit »¹⁷¹. Cependant des définitions ont été proposées par la doctrine en fonction de la matière concernée par le contrôle. On relève un consensus sur une réduction du concept à un contrôle en plusieurs temps. Si l'on part du point de vue que le contrôle de proportionnalité est effectué sur le rapport entre le but poursuivi par l'auteur d'une mesure juridique et les moyens employés pour ce faire, il est possible de distinguer trois éléments inhérents à ce type de contrôle. Dans cette logique le juge va rechercher le caractère adéquat ou approprié de la mesure pour ensuite remarquer sa nécessité et, enfin, il pourra contrôler la proportionnalité au sens strict¹⁷². Ainsi, techniquement, ce contrôle traduit une philosophie sous-jacente de justice dans l'utilisation du droit. Il est en effet possible que « l'origine de la proportionnalité soit consubstantielle à la recherche d'un juste départage »¹⁷³.

80. Le contrôle approfondi permet au juge d'accroître son pouvoir tout en maintenant sa fonction dans les modèles juridiques. Le contrôle approfondi permet de repérer un abus effectué par le législateur. Il peut être utilisé pour repérer et censurer des pratiques contraires aux droits et libertés fondamentaux. Le droit doit admettre la notion de proportion. La proportion permet d'objectiver le droit. Cette action du juge permet d'écarter la destruction des droits et des libertés fondamentales. Néanmoins comment déterminer de manière fiable et à partir de quel moment ou dans quelle situation une disposition devient liberticide ou qu'une limitation étatique d'un droit a été trop loin ? C'est justement le rôle central du juge constitutionnel en la matière. Comme le précise Aurélie Cappello : « étudier

¹⁷¹ DELPEREE (F.), « Le principe de proportionnalité en droit public. Éléments d'une analyse au départ de la jurisprudence du Conseil d'État », *Rapports belges au 10^{ème} Congrès international de droit comparé à Budapest*, 1978, p. 303.

¹⁷² ECK (L.), *L'abus de droit en droit constitutionnel*, Paris L'Harmattan, 2010, pp. 478-480.

¹⁷³ MUZNY (P.), « Essai critique sur la notion de noyau intangible d'un droit », *RDP*, 2006, p. 47.

la proportionnalité suppose de faire le rapport entre l'atteinte que porte l'incrimination à la liberté de communication et d'expression et l'objectif de lutte contre le terrorisme qu'elle poursuit. L'ampleur de l'atteinte doit être proportionnée à l'objectif poursuivi »¹⁷⁴. C'est notamment sur ce point de la nécessité d'une atteinte qui doit être proportionnée à l'objectif poursuivi que le Conseil constitutionnel a censuré la loi instaurant le délit de consultation habituelle de sites terroristes.

2) La définition des dimensions de la liberté de communication

81. Un principe à double face. La protection constitutionnelle de la liberté de communication et d'expression revêt un aspect scientifique, dans la mesure où la différenciation de contrôle ne se constate pas entre les deux sphères de cette liberté, mais au sein même de ces sphères¹⁷⁵. La distinction entre les aspects de la liberté de communication et d'expression repose sur un postulat simple, tenant à la position de ses bénéficiaires. Cette liberté consacre un principe à double face, puisqu'à la liberté des émetteurs répond le droit des destinataires d'en bénéficier¹⁷⁶. Selon le premier aspect, le citoyen est émetteur d'informations (notamment à l'ère du numérique). Il constitue la dimension la plus évidente de cette liberté, puisqu'il résulte de l'article 11 de la Déclaration de 1789 que tout citoyen peut parler, écrire, imprimer librement. Les dispositions susceptibles de restreindre le libre choix d'expression relèvent de la dimension active de la liberté de communication et d'expression. Comme la dimension active, la dimension passive de la liberté de communication et d'expression fait l'objet d'une protection renforcée de la part du juge constitutionnel. Les limites apportées à cette liberté font l'objet d'un test de proportionnalité relatif à l'adéquation, à la nécessité et à la proportionnalité au sens strict de la mesure. Dans la décision *Hadopi 1*, relative à la loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet, du 10 juin 2009, la mobilisation du test conduit le Conseil, sur la base des

¹⁷⁴ CAPPELLO (A.), « L'abrogation du délit de consultation habituelle de sites terroristes par le Conseil constitutionnel », Paris, *Constitutions*, 2017, p. 91.

¹⁷⁵ GERVIER (P.), *La limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public*, Paris, LGDJ, 2014, p. 334.

¹⁷⁶

MORANGE (J.) *La liberté d'expression*, Bruxelles, Éd. Bruylant, 2009, p. 53.

articles 9 et 11 de la Déclaration de 1789, à censurer l'ensemble du dispositif répressif institué par le législateur¹⁷⁷.

§ 2. Les évolutions du contrôle avec le maintien de la conciliation des droits

82. La progression de l'exigence de conciliation des droits. L'exigence de conciliation notamment en ce qu'elle conduit à limiter l'exercice des libertés publiques, a été particulièrement soutenue par le Président Pierre Mazeaud¹⁷⁸: « dans le domaine des libertés publiques, l'intérêt général consiste à concilier avec réalisme les droits potentiellement en conflit, sans oublier que la défense trop intransigeante d'un droit peut compromettre la protection des autres »¹⁷⁹. Le Président Mazeaud ajoute que « la tentation d'un certain fondamentalisme des droits a été évitée en faisant preuve de retenue dans l'intensité du contrôle, en recherchant toujours un ancrage textuel, en prenant appui sur les droits étrangers et, surtout, en faisant toute sa place à l'intérêt général dans le système de valeurs constitutionnelles. À l'occasion la jurisprudence des dernières années a fait prévaloir l'intérêt général sur une conception jusqu'au-boutiste des droits subjectifs »¹⁸⁰. Dans une société démocratique telle la France, un « contre-pouvoir garant » des droits fondamentaux est nécessaire (A) tel celui opéré par le contrôle du Conseil constitutionnel dans le respect de la hiérarchie des normes (B).

¹⁷⁷ Cons. const., 94-345 DC du 29 juillet 1994, *Loi relative à l'emploi de la langue française*, Rec. p.106, Cons. const., n° 99-412 DC du 15 juin 1999, *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*, Rec. p. 71. Pour un commentaire voir : GERVIÈRE (P.), *La limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public*, Paris, Lextenso éditions, 2014, p. 514.

¹⁷⁸ Président du Conseil constitutionnel français de mars 2004 à mars 2007.

¹⁷⁹ P. Mazeaud, « 2, rue de Montpensier : un bilan », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, Dalloz, n° 25, 2008, p. 25.

¹⁸⁰ *Ibidem*.

A – Le garant des droits fondamentaux numériques en France

83. Le Conseil constitutionnel, juge des lois, est le garant des droits fondamentaux numériques en France¹⁸¹. Le Conseil constitutionnel a consacré le principe de « clarté » et « d'intelligibilité » de la loi¹⁸², mais rend des décisions difficilement compréhensibles pour un citoyen n'ayant pas de connaissances juridiques. Devant à la fois trouver ses sources dans les normes constitutionnelles de référence et préserver la marge de manœuvre du Parlement, le juge constitutionnel se trouve en la matière dans une position délicate. La « proportionnalité » est un rapport adéquat entre les moyens employés par le législateur et le but qu'il vise. Il s'agit d'un moyen nécessaire qu'il fallait employer pour atteindre l'objectif final. C'est l'exigence d'une relation logique et cohérente entre deux ou plusieurs éléments. Cette définition de Xavier Philippe, met en valeur l'aspect relatif ou « dialectique » de la proportionnalité¹⁸³.

84. La cohérence entre une disposition législative et son objectif. Tout d'abord, le moyen doit être nécessaire à l'objectif qu'il veut poursuivre. Ensuite, les conséquences néfastes de la mise en œuvre de ce moyen, telle l'atteinte aux droits fondamentaux doivent être nécessaires à l'importance de cet objectif, autrement dit, plus l'atteinte est dangereuse, plus l'objectif doit être nécessaire ou élevé. Les Cours constitutionnelles européennes tendent à réduire leurs contrôles de proportionnalité à la vérification de la « disproportion manifeste » ou, selon une notion française, à « l'erreur manifeste d'appréciation ». Le rôle du Conseil constitutionnel est alors essentiel, il doit s'assurer que les moyens prévus, projetés par le législateur sont équilibrés et proportionnés à l'importance de l'objectif poursuivi. Par conséquent le Conseil constitutionnel utilise cette technique pour repérer et sanctionner les abus de droit qui pourraient être présents dans une loi (1) ou pour remédier à des antinomies constitutionnelles à travers la conciliation (2).

¹⁸¹ Colloque «Le Conseil constitutionnel, gardien des libertés publiques? », Institut de recherches Carré de Malberg, Strasbourg, 6 mai 2011.

¹⁸² Cons. const., n° 2001-455 DC, 12 janv. 2002, cons. 9; n° 2001-451 DC, 27 nov. 2001, cons. 13 ; n° 98-401 DC, 10 juin 1998, cons. 10.

¹⁸³ Conférence : « La révision constitutionnelle : quel contenu ? quelle urgence ? quel avenir ? » mardi 1^{er} mars 2016, Aix en Provence, avec Alain DELCAMP, Patrick GAÏA, Richard GHEVONTIAN, Xavier PHILIPPE, Thierry RENOUX et André ROUX.

1) La fonction identificatrice des abus de droit

85. Le contrôle de proportionnalité n'est pas véritablement un moyen de sanction, il n'est qu'un moyen qui révèle une possible invalidation. Le contrôle de proportionnalité est une technique pour repérer un abus de droit. La proportionnalité permet au juge constitutionnel d'augmenter son pouvoir d'invalidation tout en restant dans des canons juridiques établis. Pour autant, le contrôle de proportionnalité ne constitue qu'une technique de repérage des abus, et non un moyen d'invalidation pouvant s'y substituer¹⁸⁴. Le juge de la loi effectue également un travail de conciliation des droits et des libertés notamment lorsqu'il se trouve en présence d'antinomies constitutionnelles.

86. Certains des principes soumis à la conciliation sont créés par le juge et non repris par des textes à valeur constitutionnelle. Ceci dans le but d'en inférer une « faiblesse » desdits principes et d'insister sur le pouvoir créateur du juge. Celui-ci étant créateur de normes, il est alors d'autant plus critiquable quand il ne crée pas ceux qu'il faut, avec l'interprétation qu'il faut. Il est évident que les textes constitutionnels consacrant les libertés ou les droits essentiels ne délimitent pas précisément quelle doit être l'application correcte de leur prescription de principe¹⁸⁵. Dès lors, si l'on prétend étudier le droit tel qu'il est donné, principalement par ses interprètes juridictionnels, il est difficilement envisageable de pouvoir justifier des énoncés, à moins de le faire qu'en référence à une réalité en rapport avec l'objet étudié, tel l'intérêt général ou l'ordre public. Ce point est souvent présent dans les remarques sur le caractère flou des dispositions, textuelles énoncées dans les textes de référence en matière de droits fondamentaux en France. Ainsi Danièle Loschack a écrit, dans une perspective assez critique de la jurisprudence constitutionnelle, qu'il n'est pas possible de bâtir un raisonnement argumenté et juridiquement convaincant sur des fondements aussi mouvants que la Déclaration de 1789, le préambule de la Constitution de 1946, ou ces fameuses lois de la République¹⁸⁶.

2) La résolution d'antinomies constitutionnelles : la conciliation

¹⁸⁴ ECK (L.), *L'abus de droit en droit constitutionnel*, Paris, L'Harmattan, 2010, pp. 654-656.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 53.

¹⁸⁶ LOSCHAK (D.), « Le Conseil constitutionnel protecteur des libertés ? », *Pouvoirs*, n°13, 1980, p. 37.

87. La conciliation des droits et des libertés. La conciliation des droits et des libertés garantis est perçue sur le mode d'une représentation qui fait de chaque principe partie à la conciliation d'une norme juridique dont il est possible de définir le champ d'application de façon autonome. Ainsi la liberté d'expression de l'article 11 de la Déclaration de 1789 posséderait une définition juridique accessible par « connaissance directe », tirée du texte dans lequel elle est inscrite. Ce texte consacrerait juridiquement le droit pour chacun de communiquer ses idées et ses opinions, par les moyens prévus à cet effet. Tout lecteur de cet article du texte de 1789 saurait, en lisant les termes, qu'il est le titulaire d'un droit de communiquer ses idées et ses opinions par les voies indiquées. Cette appréhension de ce droit se fait alors *a priori*, sur le mode d'un principe sans limite, essentiel et connaissable. Le problème n'est pas dans l'énoncé de telles formules, il est dans la représentation que l'on peut être tenté de se faire de leurs implications ou de leurs présupposés. La mise en place d'un procédé d'adaptation des droits constitutionnels. Nicolas Molfessis développe une théorie très intéressante du processus de conciliation des droits fondamentaux constitutionnels par le juge constitutionnel. De façon générale, pour l'auteur, on constate dans la jurisprudence constitutionnelle une « faible protection des droits fondamentaux en conflit avec l'intérêt général »¹⁸⁷. Ces droits fondamentaux en conflit avec l'intérêt général seraient ainsi atténués au détriment des dispositions des textes dont ils sont tirés. À travers la « résolution des antinomies » existantes entre dispositions constitutionnelles par le Conseil constitutionnel, s'est mis en place un procédé d'adaptation des droits constitutionnels qui a pour effet la limitation de la protection des droits fondamentaux. Pour l'auteur, si la résolution de l'antinomie, selon les termes employés par le Conseil constitutionnel dans la majorité des décisions, se solde par une conciliation, les décisions en question dans le même temps qu'elles opèrent une conciliation, procèdent toujours à une limitation d'un des deux principes en opposition. Cette limitation débouche alors sur « une érosion du principe qui concède ». Ainsi en est-il du droit de grève qui a vu sa protection limitée par le Conseil constitutionnel lors de sa conciliation avec le principe de valeur constitutionnelle de continuité des services publics¹⁸⁸, la poursuite de l'intérêt général se

¹⁸⁷ MOLFESSIS (N.), *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, Paris, LGDJ, 1997, p. 345.

¹⁸⁸ Cette décision sur le droit de grève est souvent citée par les critiques des conciliations opérées par le juge constitutionnel. Touchant au droit « sensible » qu'est le droit de grève et en permettant qu'il soit limité par un principe constitutionnel, le juge refuserait de lui reconnaître sa « réelle » signification et sa portée naturelle. Cf. LOSCHAK (D.), « Le Conseil constitutionnel protecteur des libertés ? », *Pouvoirs*, n°13, 1980, p.37.

traduisant pour l'occasion dans ce dernier principe crée volontairement par le juge constitutionnel.

B – Le respect de la hiérarchie des normes fondamentales en France

88. Hans Kelsen estime que c'est le système qui fait la norme juridique et non l'ensemble des normes juridiques qui fait le système de droit¹⁸⁹. Une norme est juridique parce qu'elle a été produite conformément aux dispositions d'autres normes relatives à sa création à l'intérieur d'un système juridique¹⁹⁰. Si la validité s'apprécie par rapport à d'autres normes, la reconnaissance d'une norme juridique est quant à elle fondée par l'existence d'un système juridique. Ces deux éléments permettent la représentation du droit comme un système autonome et hiérarchique de production des normes juridiques cependant le Conseil constitutionnel a dû résoudre certains problèmes relatifs à l'indétermination du sens du texte constitutionnel (1), il y est arrivé en procédant avec l'interprétation (2).

1) Les problèmes de l'indétermination du sens du texte constitutionnel

89. L'indétermination du sens du texte constitutionnel. Il faut maintenant aborder une autre difficulté tenant à la mise en place de principes de la théorie réaliste et à sa conception de la place du juge constitutionnel dans les institutions. Si cette théorie soutient que le pouvoir d'interprétation du juge fait de celui-ci le créateur de la normativité du texte ceci implique donc nécessairement que les dispositions de la Constitution relatives aux pouvoirs du juge sont également soumises à cette volonté productrice de normes¹⁹¹. Un reproche classiquement fait à la théorie réaliste est de renverser, voire d'abolir toute hiérarchie

¹⁸⁹ « La pyramide kelsénienne tient toujours debout, mais, par le contrôle de constitutionnalité les fondements et les objectifs de la solidité de la *Gründ Norm* sont secoués, et l'ampleur de ces secousses affecte la constitution elle-même en tant que norme fondamentale assurant l'unité de l'ordre constitutionnel ». In KPODAR (A.), « Quand l'interprétation constitutionnelle menace la lisibilité du bloc référentiel. Contribution doctrinale sur la fausse vraie idée du contrôle de constitutionnalité », *Constitutions*, 2015, pp. 5-7.

¹⁹⁰ KELSEN(H.), *Théorie pure du droit*, Paris, LGDJ, 1999, pp. 252-254.

¹⁹¹ LE COUSTOMER (J.-C.), *Liberté d'expression, souveraineté nationale et justice constitutionnelle*, thèse Université de Caen/Basse Normandie, 2002, 580 p.

objective des normes, et donc, en conséquence, de porter atteinte aux notions de système ou d'ordre juridique¹⁹².

90. Le contrôle de proportionnalité a des fonctions qui relèvent de l'importance de la préservation de l'ordre public et de la continuité de l'État. Le contrôle de proportionnalité n'a pas encore unanimement été connu dans tous les domaines qui relèvent du droit constitutionnel. Il constitue un moyen d'invalidation législative à l'efficacité (dangereusement) illimitée. De plus, le contrôle de proportionnalité bénéficie de toute son autonomie parmi d'autres moyens de contrôle. Son caractère hétéroclite empêche toute possibilité de limitation dans son action. Il prend toute son ampleur en se développant comme principe de l'ordre juridique constitutionnel. Dans la suite des développements précédents, une question pratique ressort avec force, quelles limites au contrôle de proportionnalité ? La réponse à cette question ne peut qu'être nuancée mais ferme. En effet, le contrôle de proportionnalité peut conduire à l'invalidation des lois, toutefois le propos doit être relativisé avec la pratique qu'on observe depuis la création du Conseil constitutionnel. Pratique qui vue du prisme démocratique, a toujours été satisfaisante, et assidûment dans le respect des droits et libertés fondamentaux, notamment grâce au rôle d'interprétation du juge constitutionnel.

2) La reconnaissance par le rôle d'interprétation du juge constitutionnel d'un droit d'accès à internet

91. Jean-Christophe Le Coustumer apporte une contribution originale à l'analyse du rôle d'interprétation du juge constitutionnel. Pour lui, le juge constitutionnel, dans sa mission de contrôle de constitutionnalité, interprète les textes du bloc de constitutionnalité. Cette fonction d'interprétation peut être conçue de plusieurs façons, selon la conception du pouvoir que l'on accorde à ce juge. Tout le débat va donc porter sur la représentation que l'on peut proposer de ce passage étrange du texte, qui n'est de prime abord qu'un ensemble de signes sur du papier, à une interprétation de ce texte qui doit le concrétiser, lui donner une signification qui provoquera des effets dans le système juridique. Cette alchimie qui fait d'un

¹⁹² Les deux notions d'ordre et de système peuvent, sous réserve de précision contraire expresse, être tenues pour synonymes. Cf. Ch. Leben « De quelques doctrines de l'ordre juridique », Paris, *Droits*, n°33, 2001.

texte une norme est conçue la plus classiquement comme une opération de connaissance, de découverte du sens de ce texte et de l'application de ce sens à la situation soumise au juge¹⁹³. Comme le présente Riccardo Guastini, cette théorie cognitive est « la théorie d'interprétation traditionnelle du positivisme juridique classique »¹⁹⁴. Jean-Christophe Le Coustumer ajoute : « à cette théorie classique et positiviste va venir s'opposer la théorie réaliste, qui voit dans la détermination de la signification juridique, non la mise en œuvre d'une activité de connaissance appliquée mécaniquement à la réalité, mais une opération complexe de création de la norme à partir du texte fondé sur la volonté de l'interprète. Avant la norme juridique créée par la volonté du juge, il n'existe pas de norme susceptible d'être connue. Cette théorie est défendue en France par deux auteurs, qui pour se réclamer du réalisme n'en présentent pas moins deux versions différentes de cette même idée. Mais insister sur l'acte de volonté créateur dans la production de la norme à partir du texte pose quelques problèmes et certaines interrogations, ces questions trouvent notamment des réponses dans les études de Michel Troper et Olivier Cayla ». Ces positionnements de Jean-Christophe Le Coustumer soulignent l'importance du rôle d'interprétation et parfois de création du juge constitutionnel à partir des textes constitutionnels de référence. Le juge constitutionnel donne vie aux textes par son interprétation, il les rend applicables par rapport aux situations liées à l'actualité de la société. Un des derniers exemples de cet importante fonction d'interprétation du Conseil constitutionnel a été constaté avec la décision du 10 juin 2009. Dans cette décision le Conseil a réussi, en partant de l'article 11 de la Déclaration de 1789, relatif à la libre communication des pensées et des opinions, à établir un droit fondamental constitutionnel de libre accès à internet. Par conséquent cette reconnaissance d'un droit d'accès à internet à tous les citoyens par le Conseil constitutionnel paraît, à ce stade, être la pierre angulaire de notre recherche.

¹⁹³ LE COUSTUMER (J.-C.), *Liberté d'expression, souveraineté nationale et justice constitutionnelle*, Thèse Université de Caen, Basse Normandie, 2002, pp. 433-436.

¹⁹⁴ GUASTINI (R.), « Le positivisme juridique », in *Essais de théorie du droit*, préface, Paris, LGDJ, juin 2000, pp. 23-27. On la trouve par exemple chez Montesquieu et les juristes de l'École de l'exégèse.

Chapitre second – Le développement de la protection constitutionnelle de l'accès à internet et des communications numériques à partir de la décision Hadopi 1 de 2009

92. **L'État de droit garantit la liberté d'expression et de communication.** L'État de droit implique de nombreux principes qui s'opposent à l'État où règne l'arbitraire. Les penseurs de la tradition libérale classique ont expliqué que si l'État de droit devait avoir un sens, ce serait de protéger les individus du pouvoir arbitraire de l'État. Aristote expliqua cette doctrine il y a des milliers d'années : « Le gouvernement par la loi est préférable au gouvernement par quelque individu que ce soit. De la même façon, même si ce serait mieux pour certains individus de gouverner, ils ne doivent être que des gardiens, des serviteurs de la loi »¹⁹⁵. Et John Locke dans son second *Traité sur le gouvernement* définit le problème de la façon suivante : « La liberté des hommes sous un gouvernement est d'avoir une règle stable à appliquer commune à chaque individu de cette société et décidée par le pouvoir législatif érigée par celle-ci. Une liberté de faire mes propres choix dès lors que ce n'est pas interdit par la loi, et de ne pas être la victime des choix inconstants ou arbitraires, d'un autre individu »¹⁹⁶. Tout citoyen-internaute peut savoir si les expressions qu'il formule, les communications qu'il effectue ou les sites qu'il visite ne le conduiront pas à encourir des peines devant les juridictions. L'État de droit protège les individus d'un pouvoir étatique trop étendu. Cet aspect a été soulevé par le Conseil constitutionnel dans la décision du 23 juillet 2015 lors du contrôle de constitutionnalité de la loi relative au renseignement. À cette occasion il a jugé que la possibilité ouverte aux services de renseignement de déroger à l'autorité du premier ministre et de la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement (CNCTR) en cas d'urgence opérationnelle était contraire au droit à la vie privée et au secret des correspondances¹⁹⁷. Pour Friedrich A. Hayek : « l'État de droit requiert une limitation du pouvoir législatif et par conséquent cela implique nécessairement

¹⁹⁵ ARISTOTE, *Politique*, Paris, Éd. Flammarion, (entre 335 et 323 av. J. C.), 2015, p. 90.

¹⁹⁶ LOCKE (J.), *Traité sur le gouvernement civil*, Paris, Éd. Flammarion, 1999, p. 188.

¹⁹⁷ Cons. const., n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015, *Loi relative au renseignement*.

la reconnaissance d'un droit inaliénable de l'individu également sur internet »¹⁹⁸. Il est nécessaire de protéger constitutionnellement le rôle fondamental des communications numériques dans la démocratie numérique (**Section I**) tout en tenant compte des limites de la démocratie numérique (**Section II**).

Section I : Le rôle fondamental du droit constitutionnel dans la démocratie numérique

93. Une liberté protéiforme. Le droit constitutionnel à la liberté d'expression et de communication des pensées et des opinions a plusieurs rôles fondamentaux dans la société civile française. Ce droit constitutionnel permet de s'exprimer, d'informer, de voter... Internet a modernisé et amplifié beaucoup des pratiques issues de cette liberté protéiforme. Une des fonctions de la liberté d'expression et de communication des pensées et des opinions est le bon déroulement de la démocratie. En effet, pour que la démocratie puisse être effective, l'État de droit protège les droits et libertés fondamentaux, dont notamment « une liberté socle » : telle la liberté d'expression et de communication des pensées et des opinions. La liberté de communication affirmée dans la Déclaration de 1789 est aujourd'hui appréciée dans toutes ses conséquences par le Conseil constitutionnel. Elle constitue le principe directeur du droit des médias numériques. Elle impose que la diversité réelle existe dans le secteur des médias¹⁹⁹, en garantissant le pluralisme politique, l'honnêteté et la véracité des programmes électoraux²⁰⁰. Comme le relève Philippe Raynaud : « La compétition pacifique entre les partis politiques modernes requiert un certain nombre de conditions institutionnelles et sociologiques qui sont bien connues des politistes et des juristes, il faut que la division partisane soit reconnue comme légitime et normale, que les partis s'enracinent dans des intérêts ou des courants d'opinions suffisamment stables pour leur garantir une certaine durée, mais il faut aussi que les identités partisans ne soient pas totalement fixes, de manière

¹⁹⁸ HAYEK (F. A.), *La route de la servitude*, Paris, PUF, 1994, pp. 174-176.

¹⁹⁹ Pour protéger le public des abus de position dominante, il convient que le législateur établisse des mécanismes anti-concentration efficaces.

²⁰⁰ Cf. les dérives de l'information liées aux *fake-news* sur les réseaux sociaux et de façon plus générale sur internet.

à ce que les électeurs soient suffisamment libres de leurs allégeances pour pouvoir modifier les rapports de force entre les différents courants politiques »²⁰¹.

94. La communication numérique a pris une fonction dans le débat démocratique.

Internet permet de perfectionner la démocratie représentative, il pourrait favoriser la démocratie participative. Comme le souligne Tatiana Shulga-Morskaya dans sa thèse, la démocratie représentative reste un régime essentiellement représentatif qui a été conçu précisément pour exclure la participation directe de l'universalité des citoyens à la prise de décisions politiques²⁰². Internet pourrait être une solution à la crise de la représentation qui se répand notamment à travers une abstention électorale grandissante dans les démocraties modernes. Le numérique favorise la mobilisation des citoyens sur de nombreuses questions publiques importantes, sans arbitrage des institutions et des partis politiques : notamment à travers les pétitions en ligne²⁰³, les forums de discussion en ligne, l'organisation de manifestations... Il pourrait faire disparaître les défauts actuels de la démocratie, telle la sous-représentation citoyenne, sans en modifier les bases démocratiques. Par conséquent le Conseil constitutionnel a une fonction centrale dans le processus démocratique à l'ère du numérique (§ 1) notamment dans la protection des nouveaux caractères de la démocratie numérique (§ 2).

§ 1. La fonction du Conseil constitutionnel comme pilier du processus
démocratique à l'ère du numérique

95. La conciliation entre les droits fondamentaux et l'ordre public. Les lois relatives à la liberté d'expression et de communication des opinions sur internet tendent à être toujours plus restrictives notamment pour les raisons sécuritaires. En effet de nombreux droits et libertés fondamentaux sont considérés comme étant « relatifs » : tels la liberté d'expression, la liberté de religion, le droit de manifester, le droit de propriété, le droit d'aller et venir. Ils

²⁰¹ RAYNAUD (P.), « La philosophie politique devant les partis », in *La République*, Paris, Montchrestien, 2001, pp.107-108.

²⁰² SHULGA-MORSKAYA (T.), *La démocratie électronique, une notion en construction*, Bordeaux, Université de Bordeaux, Thèse de doctorat en droit sous la direction du Professeur Fabrice Hourquebie, 2017, pp. 325-327.

²⁰³ Exemple des pétitions contre la peine capitale aux États-Unis.

ne sont pas érigées au rang des droits et libertés absolus. Ainsi, dans son rôle de contrôle de la constitutionnalité des lois, le Conseil constitutionnel veille à ce que la liberté d'expression soit conciliée de façon proportionnelle avec l'ordre public et les autres droits et libertés fondamentaux constitutionnellement protégés. Le Conseil constitutionnel s'applique à concilier la liberté d'expression et de communication à travers le contrôle de proportionnalité entre le droit ou liberté fondamentale et l'objectif à atteindre. Un des dangers de cette logique est l'amointrissement du débat démocratique. En effet, aujourd'hui, à l'ère du numérique, on constate que la liberté d'expression et de communication des pensées et des opinions dans les médias numériques contribue grandement au débat démocratique, notamment par le biais d'Internet. Internet ouvre la possibilité de communiquer plus aisément, plus rapidement et à coût réduit, il constitue un lieu de débats et permet, par l'utilisation des mails, la multiplication d'échanges de courriers électroniques privés, et de confronter les points de vue et de se transmettre des informations entre citoyens. Internet apporte plus de renseignements et d'actualités aux citoyens, de plus il permet une plus grande transparence de l'action publique, par exemple par la diffusion d'informations administratives par des questions, avec le mail, à la Commission d'accès aux documents administratifs. Les échanges électroniques permettent de faire connaître aux gouvernants les besoins de leurs administrés. Internet favorise de nombreuses réactions entre les hommes et femmes politiques et les citoyens. On imagine qu'Internet se développera pour devenir un moyen permettant de participer au processus législatif, par exemple avec la création d'un référendum par la voie numérique. Aujourd'hui on est encore aux balbutiements des possibilités que peut apporter le numérique et Internet.

96. Le Conseil constitutionnel a « sanctuarisé » la liberté d'expression. Il qualifie la liberté d'expression de « liberté fondamentale, d'autant plus précieuse que son existence est l'une des garanties essentielles du respect des autres droits et libertés et de la souveraineté nationale »²⁰⁴. Dans cette même décision, le Conseil constitutionnel juge que la liberté d'expression est une garantie de la souveraineté nationale. La souveraineté nationale est l'expression de la démocratie. La protection par le juge constitutionnel de la libre discussion

²⁰⁴ Cons. const., n° 84-181 DC du 11 octobre 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*

des questions d'intérêt public (A) permet de garantir le pluralisme des idées et des opinions (B).

A – La protection par le juge constitutionnel de la libre discussion des questions d'intérêt public sur internet

97. Pour que la démocratie soit effective, des éléments, parmi d'autres, sont indispensables. Il faut une libre circulation des opinions et des informations dans la société pour que le peuple puisse décider en pleine connaissance de cause et que le gouvernement, tenant son pouvoir du peuple, ait l'obligation d'accepter une libre circulation des critiques et des informations. La liberté d'expression peut, dès lors, être considérée comme un des principes essentiels d'une société démocratique en permettant la formation de l'opinion publique et la participation de tous les citoyens aux affaires publiques.

98. La hiérarchisation entre différentes variétés de discours. Pour Hans Kelsen, une personne n'est politiquement libre que lorsque sa volonté individuelle est en harmonie avec la volonté générale²⁰⁵. Or une telle harmonie est garantie seulement si l'ordre social est défini par les individus auquel il s'applique. À cet égard, la liberté politique sous cet ordre social, réside principalement dans le principe de l'auto-détermination de l'individu par la participation au processus de création de l'ordre social²⁰⁶. Ce processus est premièrement, un processus de communication, d'où la nécessité de protéger la liberté d'expression et de communication qui se développe avec le numérique. En conséquence, toute restriction dans l'exercice de la liberté d'expression, dès lors que les discours énoncés intéressent les affaires publiques, peut contrevenir au bon fonctionnement du processus politique. C'est ainsi que la jurisprudence a établi une certaine hiérarchisation entre différentes variétés de discours. Le discours politique, en tant qu'élément indispensable au correct fonctionnement de la démocratie, se trouve au sommet de cette hiérarchie. Le discours politique pose généralement des questions d'intérêt public ou général plutôt qu'une question d'intérêt privé ou particulier. Puisque la libre discussion des questions d'intérêt public est au fondement même du système démocratique, la jurisprudence se montre encline à protéger la

²⁰⁵ KELSEN (H.) *Théorie générale des normes*, Paris, Broché, 1996, pp. 467-469.

²⁰⁶ KELSEN (H.), *Théorie générale du droit et de l'État*, Paris, LGDJ, 1997, pp. 233-235.

participation du citoyen au débat public et à la formation de l'opinion publique²⁰⁷. En valorisant la libre discussion des questions d'intérêt public, la jurisprudence défend l'existence d'un espace où citoyens, hommes, femmes politiques et experts communiquent librement. Dans cette perspective, la liberté d'expression et de communication occupe une place d'une particulière importance dans le débat démocratique, il est donc nécessaire de protéger internet en tant qu'espace libre et neutre (1) notamment pour outrepasser les carences démocratiques (2).

1) La nécessité pour la démocratie de la sauvegarde d'internet en tant qu'espace libre et neutre

99. Dans une démocratie, afin de sauvegarder un espace de discussion libre et neutre, les juges doivent veiller à assurer un domaine ouvert à la libre discussion le plus large possible. Il est important d'accorder une grande protection à l'expression de tout ce qui peut être qualifié « d'opinion », notamment à toute opinion critique dès lors qu'elle est relative aux affaires publiques et à ceux qui en ont la charge. La liberté d'exprimer une opinion paraît devoir ne jamais être limitée de façon arbitraire à cause du caractère de la prétendue fausseté de celle-ci car, dans une démocratie, la subjectivité et la partialité d'une opinion paraissent difficilement se prêter à un contrôle administratif de sa pertinence. Le caractère faux d'une opinion pour justifier sa répression, peut s'avérer périlleux, surtout pour un régime démocratique car : « toucher à l'opinion, c'est toucher à la fondation même de la démocratie »²⁰⁸. L'opinion se caractérise par sa partialité car elle est une prise de position personnelle sur un débat ou sur une question sur lesquels une personne peut être amenée à se prononcer²⁰⁹. Le degré de protection de la liberté d'expression est toujours lié à la teneur de l'expression. De manière générale, si un tribunal ne doit pas chercher à prouver la fausseté ou la véracité d'une opinion, cela ne signifie pas qu'il existe une immunité pour tout ce qui peut être libellé « opinion ». Seules les questions qui concernent l'intérêt public se verront reconnaître la plus grande protection au titre de la liberté d'expression. L'État de droit doit

²⁰⁷ *Ibidem*.

²⁰⁸ ROLLAND (P.), « Du délit d'opinion dans la démocratie française », *Mélanges Mourgeon*, Bruylant, 1998, p. 278.

²⁰⁹ DE LAMY (B.), « La liberté d'opinion et le droit pénal », *RIDC*, Année 2001, Volume 53 Numéro 4, p. 102.

viser à assurer par une liberté d'expression la plus large possible, le bon fonctionnement du système démocratique (a), conduisant les internautes, citoyens numériques à être les potentiels futurs électeurs (b).

a. L'extension fonctionnelle de la liberté d'expression numérique

100. La nécessaire tolérance des propos. L'intégration par le juge constitutionnel de la liberté d'expression, peut produire de graves conséquences, notamment lorsqu'elle est utilisée en matière d'atteinte à l'honneur ou à la réputation des personnes investies d'une fonction publique et celles dont le public a un intérêt légitime à connaître l'activité, cependant son intégration a été strictement limitée. Notons que dans ce cadre spécifique, l'exercice de la liberté d'expression paraît bénéficier d'une large protection juridictionnelle en Europe comme aux États-Unis d'Amérique. L'explication générale de cette large protection de la liberté et qui est commune à ces deux systèmes, européen et américain réside dans la volonté d'assurer par une liberté d'expression la plus large possible, le bon fonctionnement d'un système politique démocratique. La jurisprudence de la Cour suprême américaine est celle qui est « allée le plus loin » en ce domaine, et elle n'a pas manqué d'influencer ses homologues étrangers²¹⁰. Dans la décision *New York Times v. Sullivan*, la Cour suprême déclare que le droit de *Common Law* de la diffamation viole la garantie constitutionnelle de la liberté d'expression²¹¹. Dans cette décision rendue dans un contexte social et politique très particulier, la Cour suprême a conclu que le droit du citoyen de critiquer les représentants du Gouvernement revêt une importance si exceptionnelle dans une société démocratique que son respect passe nécessairement par la tolérance des propos qui, à la fin peuvent être jugés mensongers.

101. Liberté d'expression et personnalité politique. La plupart des pays de *Common Law*, sensibles à l'influence de la jurisprudence de la *US Supreme Court*, notamment à la suite de la décision *Sullivan*, ont fait bénéficier à la liberté d'expression une large étendue

²¹⁰ ZOLLER (É.), *La liberté d'expression aux États-Unis et en Europe*, Paris, collection Thèmes & commentaires, Œuvre collective Dalloz, édition 2008, 300 p.

²¹¹ U.S. Supreme Court. *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

quand des personnes investies de fonctions publiques sont mises en cause. La recherche d'un « juste équilibre » entre la liberté d'expression de la presse et la protection de la réputation des personnalités politiques, s'est également soldée en Europe par une primauté de la liberté d'expression. La Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Lingens*, par exemple, a considéré que lorsque la réputation d'une personnalité politique est mise en cause, cette dernière doit faire preuve d'une « plus grande tolérance » à l'encontre des critiques dont son activité publique peut faire l'objet²¹². Cette plus grande tolérance à l'égard des personnes investies de pouvoirs publics se retrouve dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande²¹³. Les juges du fond français admettent le principe mais ils continuent à se heurter à une conception de la liberté d'expression plus restrictive de la part de la Cour de cassation²¹⁴. Toute personnalité politique doit pouvoir bénéficier des dispositions du paragraphe 2 de l'article 10 de la Convention européenne qui protège la réputation d'autrui, même quand il n'agit pas dans le cadre de sa vie privée. Selon la Cour européenne, les nécessités principales de cette couverture doivent cependant être mis en balance avec les intérêts de la libre discussion des questions politiques. Les tribunaux devront, afin de résoudre le conflit entre liberté d'expression et droit à la protection à sa réputation, concilier les normes en conflit au vu des circonstances d'espèce, circonstances qui permettent, de faire pencher la balance en faveur de tel ou tel intérêt²¹⁵. La Cour européenne a toutefois posé un certain nombre de principes qui permettent de guider la recherche par le juge d'un équilibre entre les intérêts antagonistes²¹⁶. La Cour a souligné que les limites aux critiques admissibles sont plus larges à l'égard d'un homme politique, qui devrait montrer une grande tolérance, notamment lorsqu'il se livre lui-même à des déclarations publiques extrémistes.

b. Citoyens internautes, futurs électeurs

102. Le débat politique suppose la possibilité d'informer les citoyens qui sont des potentiels futurs électeurs. Internet doit également permettre de dénoncer, le cas échéant,

²¹² Cour EDH, 8 juillet 1986, *Lingens c. Autriche*, A-103, n° 9815/82, §42.

²¹³ HOEBEKE (S.) MOUFFE (B.), *Le droit de la presse*, Paris, Anthemis 3^{ème} édition, 2012, p. 910.

²¹⁴ OBERDORFF (H), ROBERT (J.), *Libertés fondamentales et droits d l'homme*, Paris, LGDJ, 2015, p. 1104.

²¹⁵ *Ibidem*.

²¹⁶ Cour EDH, 1 juillet 1997, *Oberschlick c. Autriche*, n°20834/92.

les idées ou comportements de certains hommes et femmes politiques. La critique de la chose publique, comme des institutions, est largement admise en Europe comme aux États-Unis. Lorsqu'un citoyen exerce son droit à la libre critique par des moyens pacifiques, le droit américain exclut toute possibilité pour les pouvoirs publics à poursuivre, que ce soit au civil ou au pénal. *A contrario*, l'on se contente (généralement) d'admettre, en Europe, que « les limites de la critique admissible sont plus larges à l'égard du gouvernement que d'un simple particulier, ou même d'un homme ou d'une femme politique »²¹⁷. Dès lors qu'une « personne publique » est visée, la jurisprudence paraît s'attacher à protéger la liberté d'expression par rapport aux droits de la personnalité. En effet, les tribunaux estiment que ces « personnes publiques » doivent accepter que leurs droits subjectifs de la personnalité puissent être affectés par des opinions et des informations d'intérêt général dans une mesure plus importante que les « personnes privées ». Plusieurs explications peuvent être offertes, mais les deux plus importantes sont sans doute celles qui tiennent à l'exigence du bon fonctionnement des pouvoirs publics et à l'intérêt, pour une société démocratique, de favoriser la connaissance de l'activité des personnes dites publiques. Ainsi, les hommes et femmes politiques doivent faire preuve d'une « plus grande tolérance » à l'encontre des critiques dont ils peuvent faire l'objet du moment qu'elles se concentrent sur leurs activités publiques. La jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande permet d'illustrer cette plus grande tolérance exigée à l'égard des personnes investies de fonctions publiques, les tribunaux français admettant le principe tout en l'appliquant avec plus de circonspection. La position de la Cour de cassation est de faire prévaloir le principe que chacun est maître de déterminer les limites de sa vie privée et d'en rendre public ce qu'il veut, quelle que soit sa notoriété²¹⁸.

103. L'activité d'un particulier n'est pas *a priori* d'intérêt public pour le bon fonctionnement de la démocratie. Certaines décisions du juge du fond français vont dans le sens de la reconnaissance d'une présomption défavorable à l'encontre de toute demande tendant à faire cesser une atteinte à la vie privée d'une personne publique dès lors que celle-

²¹⁷ Cour EDH, 8 juillet 1999, *Ceylan c. Turquie*, n° 23556/94, §34.

²¹⁸ La 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation retient que « M. X est un personnage public et que, bien que le nom et la localisation de sa résidence secondaire aient été à plusieurs reprises divulgués dans la presse écrite, il n'a pas, par le passé, protesté contre la diffusion de ces informations », v. Cass. civ.1^{ère}, 10 octobre 2019, n°18-21.871.

ci se trouve dans un lieu public, ce qui serait conforme à la pratique américaine ou allemande. Cette situation défavorable s'estompe quand ce n'est plus un agent public mais un simple citoyen qui est visé. Ceci s'explique surtout par le fait que la connaissance de l'activité d'un particulier n'est pas *a priori* d'intérêt public pour le bon fonctionnement de la démocratie. S'il existe ainsi des principes communs dans le domaine de la critique des personnes dites publiques, il faut néanmoins relever que les tribunaux, en Europe, prennent plus de soin à sanctionner le manque de civisme dans la libre critique. On présente communément les États-Unis, la France et l'Allemagne comme des pays où le droit sanctionne avec plus de vigueur le manque de civilité. Dans ces États, la jurisprudence oblige dans la sphère publique, à se conformer à certaines normes minimales de respect dans l'expression de ses opinions, sous peine de sanctions²¹⁹. Les similitudes entre Europe et États-Unis ne doivent pas cependant être surestimées dans la mesure où, sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme, tout propos d'intérêt public bénéficie normalement de la protection de la liberté d'expression, ce qui peut parfois se traduire par la protection de propos injurieux au nom de la libre discussion des questions d'intérêt public²²⁰.

104. La Cour européenne tente de façonner les contours d'une sphère publique dans laquelle il faut s'efforcer de donner à la liberté d'expression une portée maximale. Pour procéder à la mise en balance des droits en présence, il y a lieu de prendre en considération la contribution de la publication incriminée à un débat d'intérêt général, la notoriété de la personne visée, l'objet du reportage, le comportement antérieur de la personne concernée, le contenu, la forme et les répercussions de ladite publication, ainsi que, le cas échéant, les circonstances de la prise des photographies, et que la définition de ce qui est susceptible de relever de l'intérêt général dépend des circonstances de chaque affaire²²¹. De plus, elle protège autant la substance des idées ou informations exprimées que leur mode d'expression, ce qui conduit à admettre le recours à la polémique. La marge ouverte à la liberté de critique du citoyen est susceptible d'être examinée plus ou moins favorablement selon la fonction

²¹⁹ Une sanction a plusieurs objectifs : pénaliser, punir, dissuader, redresser. Elle doit permettre l'obtention de l'objectif voulu par le législateur.

²²⁰ La Cour européenne tend ainsi à protéger la liberté d'expression, même quand celle-ci s'illustre par l'emploi de mots injurieux, le respect de la réputation disparaissant derrière « les intérêts de la libre discussion des questions politiques », Cour EDH, 1 juillet 1997, *Oberschlick c. Autriche* n°20834/92 et. Cour EDH, 28 septembre 2000, *Lopes Gomes da Silva c. Portugal*, n° 37698/97.

²²¹ Cour EDH, 10 nov. 2015, *Couderc et Hachette Filipacchi/France*, n°40454/07, § 102.

occupée par ce dernier²²². C'est un principe que l'on peut déduire de la jurisprudence française, sachant que le juge français tend nettement à privilégier les informateurs traditionnels du public par rapport à ceux qui ne le sont que de manière occasionnelle et sur qui peuvent peser certains devoirs ou responsabilités particulières. Par informateurs traditionnels du public, on entend les journalistes et, de manière générale, les médias numériques, qui se sont vus reconnaître un rôle de première importance en matière d'information du public et, à ce titre, ont bénéficié d'une jurisprudence très compréhensive à leur égard.

2) Le dépassement des carences démocratiques par la « fondamentalisation » du droit numérique

105. La révolution technologique numérique semble être la solution pour parvenir à dépasser les obstacles (historiques) liés à la démocratie représentative. Les NTIC pourraient permettre la mise en place d'un référendum numérique (a), et faciliter l'expression et le choix des citoyens aux questions publiques (b).

a. La révolution démocratique numérique, le référendum
2.0

106. Le référendum numérique permettrait de dépasser la trivialité de la réponse traditionnelle « oui ou non »²²³. Le numérique pourrait permettre de résoudre durablement la crise démocratique, notamment l'abstentionnisme. L'idée de donner une plus grande place aux citoyens dans la sphère politique n'est pas nouvelle mais elle s'adapte à l'essor de la « démocratie numérique ». L'instauration d'un référendum numérique sécurisé, serait un nouveau moyen pour la démocratie directe. Selon Tatiana Shulga-Morskaya l'introduction

²²² La première chambre civile de la Cour de cassation exige l'examen des critères énoncés par la Cour EDH : « Dès lors, ne donne pas de base légale à sa décision une cour d'appel qui condamne la société éditrice d'un magazine à réparer le préjudice résultant d'une atteinte à la vie privée et au droit à l'image sans procéder, de façon concrète, à l'examen de chacun de ces critères », V. Cass. civ.1^e, 21 mars 2018, n°16-28.741 *M. et Mme Z c/ Société Hachette Filipacchi*.

²²³ Le dualisme de la réponse, « oui ou non », s'impose à tous les électeurs prenant part à une consultation référendaire. Oui et non ne constituent pas pour autant des mots vides dans un contexte de choix de camp politique. Réflexions et débats à la Faculté de droit d'Aix en Provence avec le Professeur Ariane VIDAL-NAQUET.

d'instruments de la participation directe, en forme de l'e-démocratie, crée un conflit au sein du régime représentatif, conflit qui, selon elle ne sera résolu que par un aménagement de la notion de démocratie représentative, voire sa substitution par une autre notion, ayant vocation à concilier les exigences de la participation et de la représentation²²⁴. Un référendum numérique permettrait de voter de façon plus segmentée et pas « en bloc » à une question comprenant plusieurs ramifications. Traditionnellement et habituellement lors du choix de réponse qu'il faut faire à un référendum, les réponses classiques sont le oui, en faveur ou le non, en défaveur de telle disposition référendaire. Un référendum numérique permettrait de dépasser la trivialité de la réponse positive ou négative à un référendum ordinaire. Avec les nouvelles technologies il serait possible de mieux sonder la volonté du peuple afin de mieux satisfaire leur exigence. Les doutes des citoyens, vis-à-vis de la classe politique et de nos institutions atteignent leur apothéose. Les citoyens sont sans cesse plus nombreux à utiliser internet pour s'engager et influencer le travail politique. Les manifestations contestataires initiées par les pétitions et les *hashtags* en sont un exemple. Les moyens numériques permettent aujourd'hui à toujours plus de citoyens de participer aux processus décisionnels, à la rédaction de textes législatifs, au dialogue avec les représentants politiques municipaux, régionaux et nationaux, de mieux connaître les projets des candidats aux élections, et même de participer à l'émergence de nouveaux candidats à travers éventuellement l'organisation des campagnes électorales²²⁵. Cependant, comme l'expose Pauline Türk, dans la plupart des États, malgré leur potentiel, les outils numériques sont exploités essentiellement à des fins de communication et de diffusion de l'information. En effet l'étude de l'UIP²²⁶ souligne qu'un parlement sur cinq seulement organise les pétitions électroniques (comme l'Assemblée nationale du Québec depuis 2009) et seulement 25 % des parlements travaillent activement à améliorer l'interactivité avec les citoyens dans le

²²⁴ SHULGA-MORSKAYA (T.), *La démocratie électronique, une notion en construction*, Bordeaux, Université de Bordeaux, Thèse de doctorat en droit sous la direction du Professeur Fabrice Hourquebie, 2017, pp. 380-382.

²²⁵ *Ibidem*

²²⁶ Rapport mondial sur l'e-parlement, Union interparlementaire, 2016.
www.ipu.org/fr/ressources/publications/rapports/2016-07/rapport-mondial-2016-sur-le-parlement.

cadre de processus délibératifs et décisionnels, la démarche demeurant marginale et expérimentale²²⁷.

107. La France a accueilli et présidé pour la première fois en décembre 2016 l'événement : « Partenariat pour un Gouvernement Ouvert ». L'organisation internationale « Partenariat pour un Gouvernement Ouvert » a été créée en 2011, elle est composée de 80 pays et a comme objectif les bonnes pratiques en matière d'ouverture de l'action publique, de transparence et de participation des citoyens. La démocratie numérique encourage à garder espoir contre le protectionnisme et le populisme. La participation des citoyens est trop souvent, voir toujours, limitée à la période des élections. La participation des citoyens pourrait être effectuée en continu pendant tout le mandat politique, notamment aujourd'hui grâce aux apports des NTIC. C'est la nouvelle « e-gouvernance ouverte » qui doit permettre d'ouvrir le fonctionnement des institutions publiques aux citoyens. Elle doit permettre non seulement d'améliorer l'ouverture et la qualité de nos services publics mais aussi de répondre aux nouvelles attentes des citoyens, tant en matière d'innovation des usages que de refondation démocratique. La défiance vis-à-vis du responsable politique, accusé de ne pas être en phase avec les citoyens, et l'apparition des NTIC peut changer la manière de les concevoir et rénover les pratiques démocratiques.

108. Les pouvoirs locaux doivent être le commencement de ce renouveau. Un modèle phare à suivre est celui de la ville de *Jun* en Espagne et son administration effectuée à travers la gestion des administrés des questions publiques par le réseau social Twitter. En France, dans ce domaine la ville Paris a le rôle de pionnière²²⁸. Le numérique permet aux institutions de s'ouvrir à ses administrés. Internet permet également aux internautes de développer d'eux même des moyens pour s'approprier la *res publica* : pétitions *on line*, espaces numériques de dialogue et de réflexions en ligne, messageries... Une multitude de moyens numériques ont été créés par des citoyens engagés voulant mettre les NTIC au service de l'intérêt général. On assiste à la possibilité de rénover l'offre démocratique classique avec un modèle horizontal ouvert et innovateur.

²²⁷ TÜRK (P.), « La citoyenneté à l'ère du numérique », Paris, *BDP*, 2018, p. 623.

²²⁸ Budget participatif, la plateforme idee.paris.fr

b. La dynamique de l'agora numérique

109. La « révolution par Twitter ». On observe de nombreux exemples de responsables politiques et de candidats à une élection qui diffusent leurs professions de foi et divers messages sur les médias numériques. La majorité des fonctions électives locales et nationales s'exercent désormais en y associant un site internet, une page ou un compte dans les réseaux sociaux²²⁹. À l'étranger, « Le Printemps arabe », à l'aube de la deuxième décennie du XXI^{ème} siècle a même conduit à créer le concept de « révolution par Twitter ». Ce type de révolution a permis le renversement de nombreux régimes autoritaires.

110. Internet permet une multiplicité de récits. Du point de vue médiatique, une différence sépare internet du journal imprimé, de la radio ou de la télévision : le narrateur unique, celui qui propose le contenu dans le journal télévisé ou encore dans le journal imprimé, n'existe pas sur internet. Sur internet, les narrations sont immédiatement visibles et elles conduisent une absence de récit unique. Il en découle une multiplicité de récits, et chacun peut adhérer à un récit ou le contredire. L'influence des réseaux sociaux et le poids propre aux grands sites dominant internet mais l'univers numérique reste ouvert à tous et donc à tout type d'information ou de communication. Cette nature du réseau qui permet à chacun de croire à sa « vision des choses » sans affronter un récit unique modifie la perception de la vie publique. L'univers numérique ne crée pas une « mémoire collective » pour l'ensemble des internautes. Il n'agit qu'à une échelle plus resserrée, en permettant à un groupe de partager ce qui rassemble autour d'un sujet, d'un genre, d'une appartenance ethnique, d'une orientation sexuelle, d'une classe d'âge ou d'une classe sociale, d'une croyance religieuse, d'une famille, d'un clan, d'une occupation, d'un groupe d'amis. La dynamique sociale d'internet permet de se trouver ensemble, tout en étant à l'écart, dans un groupe, sans capacité d'agir sur la population connectée en tant que telle, sans même la possibilité de se définir par rapport à elle. Du strict point de vue technologique, il n'y a que deux statuts en ligne : internaute et administrateur. Le statut de celui qui utilise un site ou un réseau social et le statut de celui qui est au service de la plate-forme hébergeant ce site ou ce réseau social. L'univers numérique est un monde social où l'on se croise sans se voir, ni se toucher, sans partager de mémoire collective ni écouter un narrateur unique. Une vie

²²⁹ Par exemple les pages Facebook ou les comptes Twitter.

publique en haut débit mais dispersée sur un réseau immense. Derrière la connexion, la vie publique est d'une nature si neuve qu'elle peine à trouver son articulation avec le monde réel. Internet est pourtant une représentation performante, adapté à la fluidité extrême de nos sociétés. Cette fluidité a en 2018 créé la nécessité de légiférer sur l'encadrement des contenus et des *fake-news*.

111. Le juge dans son rôle n'est en principe pas investi d'un pouvoir l'autorisant à juger des opinions ou des *fake news*. La procédure de référé introduite par cette loi obligeant à juger en 48 heures paraît être très contraignante pour le magistrat. La rapidité des communications et des informations n'est pas celle du juge. La procédure accélérée en diffamation pour atteinte à l'honneur pouvant avoir des conséquences sur le scrutin existe déjà pour les candidats aux élections. Avec la nouvelle loi contre la manipulation de l'information sur les réseaux et malgré l'omniscience du juge, le magistrat peut difficilement en 24-48 heures et sur des critères obscurs lorsqu'il est saisi en référé, juger de la véracité d'une nouvelle information. La numérisation de la société conduira à étudier les méthodes pour réagir et sensibiliser face aux nouveaux risques et dérives d'internet. En théorie, internet pourrait être le lieu parfait pour les débats ouverts à tous, menant vers les autres et assumant le rôle d'une *agora utopique* du XXI^{ème} siècle²³⁰. La pratique ne s'aligne pas sur cette vision utopique. Le réseau internet n'est plus un dispositif qui fonctionne à la périphérie de la vie de la société, la société n'est plus identique à ce qu'elle était avant l'ère numérique. Une mesure qu'on trouve très intéressante et justifiée pour la transparence de la démocratie, est celle d'obliger les plateformes sur internet à signaler les informations qui sont sponsorisées par des sociétés privées.

112. Avec la découverte du numérique, la première difficulté est la rapidité des communications des informations. Internet va très vite, va même plus vite en rapport à l'organisation traditionnelle d'une vie démocratique et légale. La vie publique et électorale des démocraties se compose d'un ensemble de périodes incompressibles²³¹. Entre le travail

²³⁰ Ce lieu public d'échanges, inventé dans la démocratie de la Grèce antique et destiné à débattre des décisions que doit prendre le pouvoir politique.

²³¹ Le temps du débat qui implique les organisations (partis, groupes de pression, syndicats, médias traditionnels), le temps de maturation d'une décision et de sa préparation par les pouvoirs exécutif et législatif avec le calendrier annuel de sessions parlementaires, et enfin le temps de la mise en œuvre, qui nécessite souvent des ajustements.

du pouvoir législatif et celui des acteurs d'internet, la responsabilité de l'internaute est celle de ne pas pendant ces périodes incompressibles, créer ce qui est communément appelée *fake news*, terme qui selon nous, ne doit pas être traduit par « fausse nouvelle ». Dans tous les pays, la vie politique respire selon la stratégie utilisée par le président américain Ronald Reagan : « La campagne politique permanente ». La campagne politique permanente a pour but de transformer un peuple afin d'en faire un instrument conçu pour soutenir la popularité d'un élu. Internet n'a donc pas encore réinventé cette pratique, mais sa technologie et les usages des internautes ont dicté le rythme²³². Les affaires politiques liés à internet ne cessent d'apparaître et souvent grâce au travail et enquêtes des journalistes, parfois avec peu de moyens avec le risque de la *fake news*. Le rythme est celui de la rapidité, du partage commun en réseau. En ligne le débat politique se fait en temps réel avec par exemple des commentaires, de *tweets*, de *posts* sur des blogs. Des techniques d'analyse font la synthèse de ce qui s'exprime et des tendances. C'est un sondage numérique sans fin. À la « traditionnelle » campagne politique permanente, le réseau répond avec une campagne politique permanente encore plus rapide et précise.

B – Le pluralisme des opinions dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel

113. Le pluralisme est inhérent au droit démocratique. Comme le souligne Marie-Anne Cohendet : « Si le pluralisme est nécessaire à l'existence d'un droit démocratique, c'est avant tout parce que ces deux notions reposent sur des valeurs communes et interdépendantes »²³³. Le pluralisme ne peut être pleinement reconnu que si les valeurs de base de la démocratie sont respectées. Parmi ces valeurs on trouve la liberté et l'égalité. La démocratie peut même être définie comme la synthèse de la liberté et de l'égalité. Hans Kelsen avait déjà souligné cette spécificité pour démontrer que les théories de l'extrême droite ou marxistes, qui nient, au moins provisoirement, l'un ou l'autre de ces éléments, ne peuvent pas être considérés comme démocratiques²³⁴.

²³² BLUMENTHAL (S.), *The permanent campaign*, New York, Éditeur Simon & Schuster, 1982, pp.336-337.

²³³ COHENDET (M.-A.), *Droit constitutionnel*, Paris, Montchrestien, Lextenso éd., 5^{ème} édition, 2011, p. 376.

²³⁴ FONTAINE (L.) Dir. *Droit et pluralisme*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 398 p.

114. La protection des « opinions rebelles ». Internet est un rempart contre l'abstentionnisme des électeurs. Internet pourrait permettre de lutter contre l'abstentionnisme et le vote blanc, notamment par la prise en compte d'une plus large partie des exigences politiques de la population. Dès lors, en principe, les idées non-conformistes ou même provocatrices, en ce qu'elles participent au progrès de la société et légitiment le système politique, doivent être pleinement acceptées ou *a minima* publiquement débattues²³⁵. Cependant, si la légitimité d'un système politique dépend en grande partie de la participation du citoyen au débat et à la libre discussion des questions d'intérêt général, encore il convient d'examiner la place faite aux « opinions rebelles », c'est-à-dire à celles qui s'opposent avec vigueur à l'opinion de la majorité de la population²³⁶ et qui, parfois, cherchent à remettre en cause les valeurs dominantes de l'ordre social existant. Si la société démocratique se caractérise aujourd'hui par son pluralisme, considéré « comme un élément permanent de la culture publique des démocraties modernes »²³⁷, cette valorisation du pluralisme, de la diversité, peut favoriser, dans une marge variable, le droit individuel à la liberté d'expression, mais, accepter la diversité, ce n'est pas forcément tolérer les opinions qui veulent aller à l'encontre des valeurs fondatrices du système démocratique. Le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de préciser dans plusieurs décisions quelle est l'importance du pluralisme et comment il doit être mis en œuvre²³⁸. C'est dans sa décision du 27 juillet 1982 sur la loi portant réforme de la planification²³⁹ que le Conseil constitutionnel a érigé la « préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socio-culturels » en objectif de valeur constitutionnelle. Ainsi constitutionnalisé, le pluralisme devient un moyen efficace pour protéger le « récepteur » face à l'« émetteur ». Le numérique favorise l'expression du pluralisme des opinions (1), il attribue une place centrale à la liberté d'expression et de communication de la Déclaration de 1789 (2).

1) Le pluralisme des opinions à l'ère du numérique

²³⁵ *Ibidem*.

²³⁶ En effet, sur certaines questions d'intérêt général, il apparaît un certain consensus

²³⁷ HOEBEKE (S.) MOUFFE (B.), *Le droit de la de presse*, Paris, Anthémis 3^{ème} édition, 2012, p. 537.

²³⁸ Notamment en matière de presse et d'audiovisuel.

²³⁹ Cons. const., n° 82-142 DC du 27 juillet 1982, Appliquée au secteur de la communication audiovisuelle, cette jurisprudence sera étendue au secteur de la presse écrite, deux ans plus tard, en 1984 : « Considérant que le pluralisme des quotidiens d'information politique et générale (...) est, en lui-même un objectif de valeur constitutionnelle » (...)

115. Le pluralisme des opinions doit être considéré comme essentiel à la démocratie.

C'est une valeur favorisant la diversité sur l'unité, revendiquant le droit à l'existence de plusieurs modes de pensée et la diversité des opinions. Dans cette logique, la liberté d'expression et de communication des pensées et des opinions paraît, impérativement, devoir bénéficier de la plus haute considération de la part du juge en tant qu'elle favorise naturellement le pluralisme des idées. Il peut être défini comme une conception de l'ordre politique et juridique qui privilégie la pluralité, et l'hétérogénéité, des opinions et des préoccupations dans la société civile et fait de la garantie de leur pluralité une condition de la liberté²⁴⁰. Dans cette logique, selon la Cour européenne des droits de l'homme : « il n'existerait pas une société démocratique sans le pluralisme »²⁴¹. La Cour européenne a également souligné la nécessité de maintenir un véritable pluralisme religieux en ce qu'il serait inhérent à la notion de société démocratique²⁴², tout comme elle a jugé nécessaire d'imposer aux États l'obligation de favoriser un certain pluralisme éducatif. En droit national, la valorisation du pluralisme des opinions pour le juge constitutionnel a des conséquences sur le droit à la liberté d'expression qui doit valoir autant pour les informations ou opinions, généralement, accueillies avec faveur ou pouvant être considérées comme « bienveillantes »²⁴³, mais aussi pour celles relatives par exemple à des questions sur la sexualité des enfants ou touchant uniquement une fraction de la population²⁴⁴. Le Conseil constitutionnel protège le caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels (a), et semble vouloir augmenter la protection de l'accès à internet, en tant que vecteur de la liberté de communication (b).

a. La sauvegarde « constitutionnelle » du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels.

²⁴⁰ DUHAMEL (O.), MENY (Y.), *Droit constitutionnel*, Paris, Éd. PUF, 1992, pp. 455-457.

²⁴¹ Cour EDH, 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, n° 6538/74, § 66.

²⁴² Cour EDH, 26 septembre 1996, *Manoussakis c. Grèce*, Rec. 1996-Iv, n°18748/91, § 44.

²⁴³ Comme par exemple les opinions relevant du champ d'action de la protection de la l'environnement.

²⁴⁴ Voir par exemple en ce sens l'arrêt *Handyside* qui était relatif à la sexualité (homosexualité, méthodes de contraception) des enfants. Cour EDH, 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, n° 5493/72, § 49. Ou concernant une partie de la population, par exemple les opinions indépendantistes en Guyane et en Corse.

116. La sauvegarde du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels est un objectif de valeur constitutionnelle. Le Conseil constitutionnel, après avoir fait de la sauvegarde du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels, un objectif de valeur constitutionnelle dans sa décision du 27 juillet 1982²⁴⁵, a souligné que le respect du pluralisme des courants d'expression est « une des conditions de la démocratie »²⁴⁶. Le juge constitutionnel reconnaît de la sorte que le respect de la diversité des idées, des opinions est un élément essentiel à la notion de société démocratique qu'il s'agit de favoriser²⁴⁷. Le pluralisme, dans une société démocratique paraît ne devoir, en principe que venir renforcer le droit à la liberté d'expression dans sa dimension individuelle, tant il est vrai que l'exercice de la liberté d'expression nourrit la diversité sociale en favorisant l'émergence d'un espace public de libre discussion au-delà de la diversité des groupes culturels composant la société démocratique²⁴⁸. Pourtant, le pluralisme est parfois interprété, notamment dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, comme exigeant de la part de l'individu, qu'il ne remette pas en cause les normes de respect mutuel, qu'il s'agit d'assurer entre groupes religieux ou autres dans une société justement pluraliste. Le respect du pluralisme, en tant que caractéristique éminente de la société démocratique, est donc susceptible de venir limiter l'exercice du droit à la liberté d'expression.

117. Le pluralisme des médias et les avancées apportées par la loi du 14 novembre 2016 visant à renforcer la liberté, l'indépendance et le pluralisme des médias. Le pluralisme est aujourd'hui un des principes fondateurs du droit des médias. Le pluralisme repose sur la diversité et la pluralité des courants d'opinion dans quelque domaine que ce soit. Ramenée au droit des médias, cette notion trouve sa source dans l'article 11 de la Déclaration de 1789 : « La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme (...) »²⁴⁹. Le pluralisme est voué à garantir la protection des

²⁴⁵ Cons. const., n° 82-141 DC du 27 janvier 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle*.

²⁴⁶ Cons. const., n° 89-271 D.C. 11 janvier 1990, *Loi relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques*.

²⁴⁷ BIZEAU (J.P.), « Pluralisme et démocratie », *Revue de droit public*, 1993, pp. 528-530.

²⁴⁸ La liberté d'expression est une sorte de *Gargantua* des libertés. La liberté d'expression est liée à la liberté de la presse, et à la liberté d'expression est liée à la liberté religieuse. Elle est liée à la liberté du spectacle, qui est une forme de liberté d'expression, elle suppose beaucoup de libertés, la liberté de l'auteur, la liberté de l'organisateur du spectacle, la liberté de l'acteur, la liberté du chanteur, la liberté du danseur, voir la liberté du spectateur. C'est un ensemble.

²⁴⁹ Article 11 DDHC.

récepteurs qu'ils soient lecteurs, auditeurs ou téléspectateurs. Il est la garantie d'une véritable démocratie²⁵⁰. La mise en œuvre de la notion de pluralisme par le législateur concerne aussi bien les libertés de la presse, la liberté de la communication audiovisuelle, et la liberté de la communication sur internet. Si pendant longtemps, ce lien entre le pluralisme et les médias n'avait pas entièrement été exploité par le législateur plus soucieux de protéger l'émetteur que le récepteur, il en va différemment depuis la loi du 14 novembre 2016 visant à renforcer la liberté, l'indépendance et le pluralisme des médias qui a prévu d'importantes progression notamment concernant la protection des journalistes et des lanceurs d'alerte. Cette loi encadre la protection des sources des journalistes, en leur permettant de ne pas divulguer les sources et leur permet de s'opposer à toute pression venant des entreprises ou des sociétés de presse. Concernant les lanceurs d'alerte ils bénéficient d'une protection particulière lorsqu'ils divulguent des informations : « dont la diffusion au public constitue un but légitime dans une société démocratique »²⁵¹.

b. Internet vecteur d'une liberté historique

118. Par réaction à la censure exercée par le Roi sur tous les écrits imprimés, la Révolution de 1789 consacre la liberté de la presse à travers l'article 11 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen²⁵². Cette consécration est d'autant plus importante que la période révolutionnaire est marquée par l'éclosion d'une multitude de journaux dont le ton est particulièrement virulent. La mise en œuvre du principe posé par l'article 11 de la Déclaration de 1789 va cependant connaître des vicissitudes et va faire alterner libéralisme et autoritarisme au cours de l'histoire. Aujourd'hui, grâce à internet en tant que réseau interactif intrinsèquement pluraliste, il est possible de s'exprimer et de communiquer. Internet, comme l'essor du Mouvement des gilets jaunes le démontre, est une source de débats politiques et il créerait un dialogue direct, sans filtres, entre gouvernants et gouvernés.

²⁵⁰ AGOSTINELLI (X.), DEBBASCH (C.), BOYER (A.), CAPORAL, (S.), DROUT (G.), FERRAND (J.-P.), ISAR (H.), LASSALLE (J.-Y), MONDOU (C.), XAVIER (P.), VERGÉS (J.), *Droit des médias*, Paris, Éd. Dalloz Référence, 2002, pp. 60-62.

²⁵¹ Loi n° 2016-1524 du 14 novembre 2016 visant à renforcer la liberté, l'indépendance et le pluralisme des médias

²⁵² La liberté de la presse trouve sa source dans la DDHC de 1789 qui dispose dans l'article 11 : « la libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut parler, écrire librement sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi ».

Comme l'affirme Michaël Bardin, le numérique est : « un vecteur de cristallisation de la contestation »²⁵³. Aujourd'hui, des millions de sites web sont accessibles par les citoyens-internautes, l'information des citoyens est différente de celle du passé. De plus, créer un site internet, sans être encore une opération simple, est relativement accessible à toute personne²⁵⁴. Cette liberté historique bénéficie donc de l'ère numérique et permet au pluralisme d'émerger dans notre société du XXI^{ème} siècle.

2) Le pluralisme, élément central de la liberté d'expression de l'article 11 de la Déclaration de 1789

119. La référence au « pluralisme ». Un point à préciser, si ce n'est à éclaircir avant d'étudier plus spécifiquement la mise en œuvre de la liberté d'expression, concerne les différentes formulations dans lesquelles le pluralisme se trouve inséré dans la jurisprudence constitutionnelle. On trouve en effet dans plusieurs dispositifs des décisions du Conseil constitutionnel des références directes au « pluralisme ». Ainsi peut-on lire la mention du « caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels »²⁵⁵, du « pluralisme des quotidiens d'information politique et générale »²⁵⁶, du « pluralisme de la presse nationale, régionale, départementale ou locale »²⁵⁷, du « pluralisme de l'information et des programmes »²⁵⁸, « d'une expression libre et pluraliste des idées et des courants d'opinion », du « pluralisme des moyens de communication »²⁵⁹. Il est alors légitimement possible de s'interroger sur l'utilisation du vocable « pluralisme » dans les décisions du Conseil constitutionnel, lors de la concrétisation de l'article 11 de la Déclaration de 1789. Ses diverses occurrences poussent d'abord à chercher de caractériser les différences qu'elles entretiennent, mais ensuite à découvrir l'unité qu'elles expriment. L'unité se trouve peut-être dans les mentions solitaires, sans autres précisions, du pluralisme. Ainsi la décision 86-

²⁵³ BARDIN (M.), « Les partis politiques et le numérique », *Pouvoirs*, n°163, 2017, p. 46.

²⁵⁴ COOL (Y.), PATOUL (F.), ROY (D.), LAURENT (P.), *Les logiciels libres face au droit*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 328 p.

²⁵⁵ Cons. const.82-141 DC, 86-217 DC, 93-333 DC, 96-378 DC, 2000-433 DC, 2001-450 DC.

²⁵⁶ Cons. const.84-181 DC, 86-210 DC, 2001-456 DC.

²⁵⁷ *Ibid.*, Considérant n° 38.

²⁵⁸ Cons. const.93-333 DC.

²⁵⁹ *Ibid.*, Considérant n° 22.

210 DC énonce que « le respect de ce pluralisme est l'une des conditions de la démocratie ». Mais les termes du Conseil incitent à lire cette formule, dans son contexte, dans son entier et à en décrire tous les éléments. Or le juge mentionne bien une certaine application du pluralisme, le pluralisme des courants d'expression socioculturels, et en fait seulement l'une des conditions de cette démocratie²⁶⁰. Il est donc peut-être un peu rapide, d'interpréter d'emblée les différentes décisions du juge constitutionnel comme une volonté d'un pluralisme à l'image des décisions du juge européen avec la « garantie de la démocratie »²⁶¹.

120. Une exigence du pluralisme des courants d'idées et d'opinions. La jurisprudence constitutionnelle en matière de contrôle de l'activité des partis politiques ou des représentants politiques mentionne elle aussi ce pluralisme sous la forme d'une « exigence du pluralisme des courants d'idées et d'opinions »²⁶². Et ce pluralisme a été présenté par les juges comme « le fondement de la démocratie ». Mais ce pluralisme n'est pas tiré par le Conseil constitutionnel de la liberté de l'article 11 de la Déclaration de 1789, il est affirmé pour donner une suite à la référence aux articles 2 al. 1²⁶³, 3 et 4 de la Constitution. On a donc affaire ici à un lien présenté entre les principes de la souveraineté nationale et une forme de pluralisme. Mais il est clair que les textes et les principes invoqués dans les deux occurrences principales du terme de pluralisme sont bien différents, il apparaît quand même clairement qu'il ne semble pas de prime abord abusif de vouloir leur trouver des points communs. En effet, « pluralisme des courants d'expression socioculturels » et « pluralisme des idées et des courants d'opinions » sont deux énoncés qui ont quelques points de contact indéniables. Il va falloir procéder par étapes, car par-delà leur apparente homologie ces deux manifestations du pluralisme peuvent avoir des concrétisations et des fonctions assez différentes dans la jurisprudence constitutionnelle. Pour mener à bien, la présentation de la liberté de l'article 11 de la Déclaration de 1789 par le juge constitutionnel, il faut dans un

²⁶⁰ Cette précision est importante car, on le verra, le pluralisme doit s'allier avec d'autres concepts pour que l'on puisse véritablement essayer de définir la démocratie. Cette précision est d'ailleurs à rapprocher de la formulation de l'article 11 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen qui fait de la liberté communication « l'un des droits les plus précieux de l'homme ».

²⁶¹ À la suite de la jurisprudence de la Cour EDH qui, dès 1976, consacrait la liberté d'expression comme essentielle pour le fondement de la démocratie, et pour la garantie de l'esprit d'ouverture et du pluralisme, « sans lesquels il n'est pas de société démocratique » Cour EDH, 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, n° 5493/72, § 49.

²⁶² Cons. const.89-271, 11 janvier 1990, *RJC I*, p.397, considérant n° 12.

²⁶³ Article 2 al. 1 qui est devenu l'article 1^{er} de la Constitution par la révision constitutionnelle du 4 août 1995.

premier temps examiner les domaines de celle-ci et l'objectif du pluralisme (a) puis on étudiera quel est leur impact et leur fonction commune dans les choix des citoyens (b).

a. Pluralisme et effectivité de la liberté d'expression

121. Le respect de l'objectif de valeur constitutionnelle de pluralisme des courants d'expression socioculturels, Cet objectif a été dégagé dans la jurisprudence constitutionnelle en matière de communication audiovisuelle, est présenté dans la décision n° 86-217 DC comme l'« une des conditions de la démocratie ». Mais cette place essentielle qui lui est ainsi conférée ne l'est pas uniquement de façon abstraite. Ce pluralisme est en effet inséré à une place particulière dans l'argumentation du Conseil constitutionnel²⁶⁴. Le considérant n°11 de la décision 86-217 DC est très riche et il faut bien décomposer le raisonnement suivi par le juge constitutionnel. Le juge constitutionnel nous apprend ici que le pluralisme des courants d'expression socioculturels est l'un des moyens qui va rendre effective la liberté de communiquer ses pensées et ses opinions, elle-même garantie par l'article 11 de la Déclaration de 1789. Ainsi cette liberté décrite dans le texte révolutionnaire ne peut se réaliser complètement sans l'appui de la poursuite de cet objectif. Si la liberté de communication est bien définie par le texte de la Déclaration, elle ne se concrétise que par sa mise en œuvre dans le cadre du respect d'un objectif de valeur constitutionnelle qui est l'une des conditions de la démocratie. Il paraît alors possible de déduire des termes de la décision du Conseil constitutionnel le contenu et la fonction de ce pluralisme. Le contenu semble être constitué par l'existence de programmes audiovisuels garantissant « l'expression de tendances de caractères différents dans le respect de l'impératif d'honnêteté de l'information ». La fonction, quant à elle, se manifeste dans le fait que ce pluralisme des programmes doit aboutir à la possibilité laissée aux téléspectateurs et auditeurs d'exercer un « libre choix » parmi ces programmes, choix qui ne sera effectivement « libre » que s'il est exempt de toute contrainte excessive de la part des pouvoirs publics. Ce raisonnement est aujourd'hui le même concernant le libre choix par les internautes des sites internet.

²⁶⁴ « Considérant que le pluralisme des courants d'expression socioculturels est en lui-même un objectif de valeur constitutionnelle... » 86-217 DC précitée, considérant n° 11.

122. Le dualisme dans les décisions relatives aux communications. Deux interrogations essentielles peuvent naître si l'on observe précisément comment est utilisé cet objectif de valeur constitutionnelle, notamment tel qu'il est présenté dans les décisions relatives aux moyens de communication. En premier lieu, ce pluralisme des courants d'expression socioculturels est en effet présenté à la fois comme la norme qui doit être conciliée avec la liberté de l'article 11 de la Déclaration de 1789²⁶⁵, et comme l'objectif de valeur constitutionnelle qui doit être poursuivi et réalisé. La catégorie des objectifs de valeur constitutionnelle est relativement restreinte. Dans une décision rendue en 1982, le Conseil constitutionnel y fait valoir qu'il appartient au législateur de concilier, en l'état actuel des techniques et de leur maîtrise, l'exercice de la liberté de communication telle qu'elle résulte de l'article 11 de la Déclaration de 1789 avec, d'une part, les objectifs de valeur constitutionnelle que sont la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui et la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socio-culturels auxquels ces modes de communication, par leur influence considérable sont de nature à porter atteinte²⁶⁶.

123. La double mission confiée à ces objectifs de valeur constitutionnelle²⁶⁷. Comme le précise en effet le Conseil constitutionnel, lorsqu'il définit l'étendue des pouvoirs du législateur en matière de modification de dispositions législatives déjà en vigueur. Ce dédoublement fonctionnel de l'objectif de valeur constitutionnelle se manifeste de façon flagrante dans la décision 86-217 DC. Le juge constitutionnel lui donne la double fonction d'être dans un premier temps la norme avec laquelle doit se concilier la liberté de l'article 11, puis la norme à réaliser pour rendre effective cette liberté. La première conciliation est envisagée comme la limite qu'il est nécessaire de poser à l'exercice de la liberté de communication du fait de l'influence considérable des nouveaux moyens de communication et d'information. La seconde vise, au contraire à rendre effective cette liberté en la « dualisant », c'est-à-dire en en faisant une liberté de réception des informations. Ainsi le même pluralisme, quand on se réfère à son contenu, a pour fonction de conjoindre les libertés

²⁶⁵ Cons. const., 86-217 DC du 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication*.

²⁶⁶ Cons. const., n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation*.

²⁶⁷ La formule sera réitérée à plusieurs reprises, notamment Cons. const., n° 86-217 DC du 18 septembre 1986, *Liberté de communication*, consid. n° 8, R.J.C. I-283, Cons. const., n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, C.S.A., consid. n° 26, R.J.C. I-339, Cons. const., n° 94-352 DC du 18 janvier 1995, *Vidéo-surveillance* ». In GAY (L.), *Les « droits-créances » constitutionnels*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p.537.

des émetteurs et des récepteurs et de limiter l'étendue des droits des émetteurs. Le raisonnement du juge est alors assez paradoxal, la liberté de l'article 11 est susceptible de porter atteinte à l'objectif de valeur constitutionnelle de pluralisme des courants d'expression socioculturels si elle n'est pas rendue effective par la mise en œuvre de la poursuite de ce même objectif. Au propos des objectifs de valeur constitutionnelle, Nicolas Molfessis écrivait qu'ils « ne constituent qu'une contrainte de nature téléologique, non une limite au pouvoir d'édiction de nouvelles normes »²⁶⁸. Dans le même sens, François Luchaire affirme que : « le Conseil constitutionnel n'a jamais utilisé un objectif de valeur constitutionnelle pour censurer une disposition législative »²⁶⁹.

b. Une fonction commune : la garantie d'un choix libre

124. Une liberté duale. Si, comme on vient de le voir, les moyens du pluralisme sont bien différents, en revanche il faut maintenant montrer que la fonction de cet objectif de valeur constitutionnelle est commune aux domaines étudiés. De fait, la recherche de l'effectivité à donner à la liberté de l'article 11 de la Déclaration de 1789 va entraîner le Conseil constitutionnel sur la voie d'une démonstration originale par le biais d'une argumentation particulière. La liberté de communication va être présentée comme une liberté duale, c'est-à-dire n'existant que par la protection d'un lien entre les émetteurs des idées et des opinions et les destinataires de ses idées diffusées. Cette fonction commune aux différentes manifestations du pluralisme peut se découvrir par la lecture parallèle des considérants 38 de la décision n° 84-181 DC et 11 de la décision n° 86-217 DC. Pour paraphraser les termes du Conseil constitutionnel et en résumer le point essentiel, on peut dire que la liberté de l'article 11 de la Déclaration de 1789²⁷⁰ n'est pas effective si les destinataires de cette liberté ne peuvent disposer d'une diversité suffisante de vecteurs d'idées, d'opinions, de courants d'expression, cette diversité devant leur permettre d'exercer un choix libre, c'est-à-dire dégagé des contraintes que pourraient faire peser sur celui-ci des intérêts privés ou les pouvoirs publics.

²⁶⁸ MOLFESSIS (N.), « Chronique de jurisprudence constitutionnelle », *Justices*, n°3/1996, p.330.

²⁶⁹ LUCHAIRE (F.), « Brèves remarques sur une création du Conseil constitutionnel : l'objectif de valeur constitutionnelle », Paris, *Cahiers du Conseil constitutionnel* 2005, p.77.

²⁷⁰ Qu'elle s'applique au domaine de la presse, de l'audiovisuel, et depuis 2009 à internet.

125. « L'indépendance » permet une mise en œuvre concrète de la protection d'un réel pluralisme. L'indépendance peut se décliner selon le triptyque suivant : l'indépendance des moyens de communications, l'indépendance des destinataires de ces moyens de communication et finalement l'indépendance de l'autorité de régulation créée par la loi. La première manifestation de l'indépendance est liée assez fortement à la notion de transparence financière. Le but de la transparence financière est en effet, si l'on pense aussi que le Conseil constitutionnel mentionne la nécessité d'absence de pressions possibles émanant des pouvoirs publics, et de permettre que les moyens de diffusion des informations soient indépendants de toute influence extérieure dans la diffusion des idées. Son corollaire est l'indépendance du destinataire de la liberté de communication, indépendance qui se traduit dans la liberté de choix dont il dispose. Cette indépendance constitue le fondement du « jugement éclairé » que le public doit pouvoir former en accédant à la diffusion de ces informations. Cette indépendance est encore plus difficile à vérifier aujourd'hui avec internet, notamment à cause de sa nature intrinsèquement transfrontalière. Le Conseil constitutionnel, sans le dire explicitement, pose ici les premières pierres de la construction possible d'un citoyen éclairé dans son opinion et ses jugements. Mais la notion d'indépendance a surtout été mentionnée par le juge constitutionnel relativement au statut et à la fonction de l'autorité régulatrice des moyens de communication²⁷¹. Cette indépendance est donc un élément important de la mise en œuvre effective de la liberté de l'article 11²⁷², notamment en ce qu'elle participe à la conciliation, cœur de cette effectivité, entre la liberté en question et le pluralisme²⁷³. Le pluralisme irradie tous les raisonnements du juge constitutionnel lorsque celui-ci cherche à mettre en œuvre la liberté d'expression de l'article 11 de la Déclaration de 1789.

²⁷¹ L'autorité régulatrice des moyens de communication audiovisuelle fut en effet qualifiée par le Conseil en 1984 d'autorité administrative, hors de toute qualification législative expresse. Il s'agissait alors de la Haute autorité de la communication audiovisuelle.

²⁷² L'indépendance est aussi un concept clé en matière d'application de l'article 11 de la Déclaration de 1789 dans le domaine de l'enseignement. Le Conseil constitutionnel considère en effet que la liberté de communication des idées et des opinions pour les enseignants-chercheurs exige que soient garanties l'indépendance et la liberté d'expression (*cf.* 93-322 DC).

²⁷³ L'indépendance de l'autorité administrative de régulation reste quand même soumise à l'existence d'une telle autorité. Or celle-ci n'est pas garantie constitutionnellement et le législateur reste maître de décider d'éventuellement la supprimer.

§ 2. Les caractères du nouveau modèle de « démocratie numérique »

126. L'État de droit et le numérique permettent l'émergence d'une nouvelle forme de démocratie, la « démocratie numérique ». La recherche s'articule autour de l'idée d'une démocratie rénovée grâce au numérique. La « démocratie numérique » a certaines exigences constitutionnelles spécifiques, notamment relatives à la protection des communications des opinions et des votes sur internet. Le numérique pourrait augmenter notre pouvoir d'expression par le vote. La « démocratie numérique » souffre de carences et de limites comme par exemple l'actuel accès inégalitaire des citoyens à internet, le *digital divide*. La démocratisation de l'utilisation du numérique (A) semble devoir encore affermir sa fonction dans les choix sociétaux (B).

A – La démocratisation de l'utilisation du numérique

127. La démocratie à l'ère de l'immédiateté. À l'heure de l'immédiateté, des réseaux sociaux et des plateformes de pétitions, la démocratie ne peut plus s'exercer comme dans le passé. Dans de nombreux États, les acteurs de la société civile imaginent et construisent de nouveaux dispositifs numériques pour diminuer la distance entre les citoyens-internautes et la vie politique, notamment afin de pouvoir écouter et comprendre les citoyens qui souhaitent donner leur avis pas uniquement pendant les grandes périodes électorales. Les évolutions de la démocratie permises par le numérique présentent des avantages mais aussi des inconvénients, en effet, la démocratie peut fonctionner uniquement si elle est représentative des citoyens et si les citoyens ont confiance en elle. Le numérique permet un renouveau de la démocratie (1), *quid* du rôle des sociétés américaines propriétaires de la majorité des plus influents sites web et leur utilisation des données issues des communications numériques (2).

1) Le renouveau de la démocratie

128. L'étude s'articule autour de la thèse d'une démocratie rénovée grâce au numérique. Les décideurs publics ont la grande possibilité d'utiliser les moyens numériques et les opportunités immenses qu'ils offrent pour multiplier les expériences et donner une plus

grande place aux citoyens dans le débat public. Internet a plusieurs conséquences dans le processus démocratique, il renforce la société civile (a) et augmente les effets de réseau (b).

a. Le renforcement de la société civile avec la communication numérique

129. Avec internet, il est plus facile et rapide d'obtenir des informations. Par exemple avec l'utilisation du site internet de la Commission d'accès aux documents administratifs qui donne accès à de nombreuses ressources²⁷⁴. Des citoyens mieux informés peuvent mieux choisir lors des élections. Internet a beaucoup de défis à vaincre, parmi ceux-ci, il existe celui de lutter contre le déclin du vote électoral qui est extrêmement enraciné dans notre société et qui consiste pour les citoyens à ne plus exercer leurs droits et notamment le droit de vote. Comme le relève Lucien Sfez : « La liberté, déjà transformée en interactivité par la communication va elle aussi se trouver interprétée par les internautes. La communication se prête excellemment à cette société du branchement généralisé, de l'indifférenciation, de l'hétérogénéité, du *pensiero debole*, des affirmations péremptoires »²⁷⁵. L'interactivité ne doit pas conduire les citoyens-internautes vers une dispersion, mais au contraire il doit permettre de réaliser une unité mieux informée capable de prendre des décisions réfléchies collectivement.

b. L'augmentation des effets de réseau avec la communication numérique

130. Les effets de réseau²⁷⁶. Internet réduit les coûts liés à la mise en relation d'un grand nombre de citoyens ayant des intérêts ou des problèmes communs. Internet renforce le pouvoir de la société civile. Des personnes ayant les mêmes inquiétudes et préoccupations peuvent facilement y créer des communautés dans des lieux apolitiques. L'ouverture sur le monde que permet internet, met aussi à disposition de tous des informations sur les

²⁷⁴ HUET (J.), DREYER (E.), *Droit de la communication numérique*, Paris, LGDJ, 2006, p.376.

²⁷⁵ SFEZ (L.), « Du monde de la communication à l'utopie du corps » in AVRIL (P.), *La république*, Paris, Montchrestien, 2001, p.122.

²⁷⁶ Dans le sens de mise en commun d'individus, de connaissances, de ressources afin d'atteindre un objectif.

problèmes sociétaux qui, auparavant, n'avaient pas la même résonance. Internet favorise l'évaluation des activités gouvernementales. La société *WhatsApp*, qui est une des plus importantes applications de messagerie instantanée, est la première société américaine à avoir instauré dans son application un chiffrement de bout en bout pour ses utilisateurs afin de protéger les communications numériques de toute ingérence et espionnage étatique. Cette décision de chiffrement est intervenue en plein débat sur l'attribution d'un droit d'accès aux forces de l'ordre et à la justice aux communications numériques durant les enquêtes²⁷⁷. Lorsqu'un message est envoyé, celui-ci est chiffré et seul le récepteur peut décrypter le contenu. De plus, le serveur par lequel transite la conversation ne sert qu'à relayer sans jamais le décoder. Avec le système de chiffrement de bout en bout, les utilisateurs peuvent communiquer sans intermédiaires. Techniquement, au lieu d'être envoyé sous forme de texte, le message est crypté en forme de chiffres et il nécessite un code pour le décrypter. Les codes disparaissent quand le message a été déchiffré par l'utilisateur. Selon la société *Whatsapp* et ses conditions générales d'utilisation, même les employés de *WhatsApp* ne peuvent pas déchiffrer et lire les communications effectuées avec ce moyen. Ce type de protection, permet d'augmenter la sécurité des citoyens dans une future « démocratie numérique ».

131. Le début des effets de réseau. Les sites *Uber*, *Air bnb*, *Blablacar* et leur concept ne sont que le début des effets de réseau, et selon les spécialistes il semblerait qu'on assiste à l'*uberisation*²⁷⁸ de la société. L'ère numérique permet de réinventer et d'améliorer la démocratie. Ainsi que la formation, la collecte et l'analyse d'ensembles de données à grande échelle sur nos activités en ligne, il a permis la création du *big data*. Les *big data* sont aujourd'hui utilisés à des fins d'amélioration des services publics. La majorité de ces services

²⁷⁷ Le *FBI* américain a voulu forcer la société *Apple* dans le cadre d'une enquête à la suite de l'attentat de San Bernardino, pour accéder au contenu du smartphone du terroriste. Ce smartphone était protégé par le chiffrement et par un mot de passe (qui après un certain nombre de tentatives, efface tout le contenu). Le *FBI* a utilisé une loi ancienne, le *All Writs Act*, pour forcer *Apple* à créer une version spéciale du logiciel pour pouvoir accéder aux données.

²⁷⁸ *L'uberisation*, du nom de la société *Uber*, est une pratique dans le domaine de l'économie consistant à utiliser des services permettant aux professionnels et aux clients de se mettre en contact direct, de manière instantanée, grâce à l'utilisation des NTIC. *L'uberisation* permet notamment de réduire le coût de revient des services, elle s'inscrit de manière plus large dans le cadre de l'économie collaborative.

ont été créés par des sociétés américaines, se pose alors la question de l'impact de ce monopole américain sur les vecteurs des communications numériques.

2) L'évolution de l'encadrement législatif des données issues des communications numériques

132. Les innovations relatives aux NTIC semblent quasi systématiquement trouver leurs sources aux États-Unis. Le législateur français est alors intervenu pour encadrer ces nouvelles pratiques liées au numérique. Plus généralement désignée par son acronyme, la Loi pour la confiance dans l'économie numérique est un jalon incontournable, une des composantes essentielles de l'appareil juridique français qui encadre les communications numériques. Le cadre juridique des communications numériques est inscrit dans la Loi pour la confiance dans l'économie numérique²⁷⁹ qui comprend le premier corps de règles spécifiquement applicables aux communications numériques (a). Néanmoins, à cause de la *quasi* situation monopolistique des sociétés américaines dans le domaine, on assiste à l'essor d'une grande importance, pratiquement *supra* législative, des conditions générales d'utilisation, imposées par les GAFAM (b).

a. L'équilibre du régime juridique de la liberté d'expression sur internet issu de la LCEN

133. Le cadre juridique après la loi pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN) du 6 juin 2004. Avant la LCEN, les hébergeurs Web étaient assujettis à une obligation de vigilance et de prudence. Depuis l'entrée en vigueur de la loi, les hébergeurs Web ne risquent plus de voir leur responsabilité engagée si, lorsqu'ils ont constaté le caractère illicite des communications ou des informations, ils « ont agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible »²⁸⁰. Les FAI, après l'adoption de la LCEN, ont l'obligation d'informer leurs clients de l'existence de moyens techniques permettant de limiter l'accès à certains services et de leur proposer au moins l'un de ces moyens. Néanmoins, ils n'ont aucune obligation complémentaire à celle de fournir à leurs

²⁷⁹ Loi du 21 juin 2004 n° 2004-575, loi pour la confiance dans l'économie numérique.

²⁸⁰ Article 6 de Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

clients des outils de filtrage. Le FAI qui ne propose pas un mécanisme de filtrage risque de voir sa responsabilité civile ou pénale engagée. Cette obligation de mettre en place des filtres et de conserver pendant un an les données de connexion, imposée aux FAI par l'article 6 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique est étendue à tous ceux qui offrent un accès à internet depuis la loi antiterroriste.

134. « Toutes les réalisations, toutes les richesses acquises, ont leur début dans une idée »²⁸¹. Le numérique a donné une impulsion nouvelle à la liberté d'expression et de communication. Comme l'a reconnu le Conseil constitutionnel dans sa décision du 10 juin 2009 : « internet est aujourd'hui devenu l'un des principaux moyens d'exercice de la liberté d'expression et de communication par les citoyens ». Internet a permis l'enracinement de la liberté d'expression et de communication des citoyens. Néanmoins, internet est souvent présenté par les pouvoirs publics comme un monde virtuel dangereux. On pourrait envisager internet et les NTIC comme un point d'appui qui permet l'accélération démocratique et l'enracinement des droits et libertés. L'actualité liée à la menace terroriste a conduit à une crispation des libertés numériques. La fonction du numérique dans la démocratie moderne devrait être protégée au rang constitutionnel afin de prévenir tout abus comme par exemple certaines dispositions contenues dans les conditions générales d'utilisation américaines.

b. Le caractère transnational des conditions générales d'utilisation

135. Un des caractères marquants du numérique, la « transnationalité » des conditions générales d'utilisation. Le caractère intrinsèquement transnational du numérique implique l'exigence d'une approche qui se fonde sur des catégories qui vont au-delà du droit positif et du droit jurisprudentiel, pour prendre en considération les réglementations venant des grands acteurs privés d'internet. Il s'agit de réglementations qui, tout en ne produisant pas des normes juridiques proprement dites, sont revêtues d'une efficacité incontestable, car les usagers d'internet sont obligés de se conformer aux

²⁸¹ Citation de Napoléon Hill, Hill (N.), *Le succès par la pensée constructive*, Parsi, Éd. J'ai Lu, 2012, p. 272.

conditions générales d'utilisation provenant de Google, de Facebook, de Twitter, etc., y compris (et peut-être surtout) lorsqu'ils exercent leur droit à la libre communication. Actuellement les États européens sont très perméables au droit numérique issu des conditions générales d'utilisation réalisées par les puissantes sociétés numériques américaines, notamment californiennes²⁸². Les GAFAM sont tentées de « faire la loi sur internet », en effet en cas de litige, les conditions générales d'utilisation désignent, la plupart du temps, les juridictions américaines et notamment californiennes. Ce qui paraît être contraire à la sécurité juridique et à l'État de droit. Cette nouvelle situation « juridiquement révolutionnaire » est très contestée en France (et plus généralement dans toute l'Europe) car elle dissuade les internautes européens de formuler tout éventuel recours pour d'évidentes questions de distance et de coûts. Sur des questions comme la violation de la vie privée et les abus à la liberté d'expression et de communication sur internet, ces sociétés appliquent leurs concepts, qui ne sont pas ceux du droit européen.

136. La gouvernance d'internet est gérée par l'Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN). L'ICANN est une société privée à but non lucratif et de droit américain qui gère les ressources rares d'internet sans lesquelles ce réseau ne fonctionnerait pas. Il s'agit notamment des adresses IP et des noms de domaine sur internet. La gestion américaine d'internet s'explique parce que à l'origine et actuellement, la patrie d'internet sont les États-Unis. En plus du rôle de l'ICANN, il existe la question des conditions générales d'utilisation des sites web américains présents en France. Devant ce double constat il est difficile pour nos gouvernants de contrecarrer cette situation et de faire en sorte que les nouvelles grandes sociétés américaines du numérique arrêtent de dicter leur loi à travers les C.G.U. Il faut parvenir à trouver des dispositifs pour que les États européens puissent faire perdurer la sécurité juridique sur internet. On assiste à une privatisation de la justice, en effet le réseau social Twitter annonce régulièrement la fermeture (arbitraire) de comptes jugés non conformes à ses conditions générales d'utilisation²⁸³. La plupart des réseaux sociaux effectuent ces actions de suppression de comptes uniquement en se fondant sur l'évolution de leur politique de C.G.U. et sans recourir à une autorité judiciaire. A

²⁸² Ce n'est pas la même situation partout dans le monde, en dehors de l'Europe, le numérique « made in USA » peut-être dominant mais pas monopolistique.

²⁸³ Lors de la lutte contre l'État Islamique, Twitter a annoncé qu'il avait fermé 13.000 comptes djihadistes.

contrario, aux États-Unis il existe le *free speech*²⁸⁴. Le *free speech* n'est pas la liberté d'expression au sens qu'on entend en France. En effet, lorsqu'en France on décide de légiférer et limiter certaines utilisations ou expressions sur internet, la réponse législative américaine est de laisser une grande liberté d'utilisation et de maintenir libre les informations de circuler, le *free speech*. Internet doit être un moyen favorisant la liberté d'expression, mais une liberté d'expression contrôlée. Internet devrait être mieux contrôlé par des autorités indépendantes, notamment concernant les réseaux sociaux.

B – La fonction d'internet au service de la démocratie moderne

137. L'exercice du pouvoir et la volonté du peuple. Emmanuel Sur affirme que : « Les gouvernants exercent le pouvoir politique comme s'ils ne faisaient que mettre en application la volonté du peuple, comme si le rapport entre gouvernants et gouvernés se trouvait inversé, et que les gouvernants n'étaient plus que les gouvernés du peuple. La justification de l'exercice du pouvoir politique par la prétendue volonté du peuple souverain revient à attribuer à un être abstrait la paternité de la décision politique, et donc à se soustraire de la responsabilité politique qu'implique dans toute démocratie l'exercice du pouvoir »²⁸⁵. Internet aussi se développe grâce à la volonté commune des internautes. Aujourd'hui, la démocratie profite des avantages d'internet²⁸⁶. Le numérique est au service de la liberté d'association et d'expression collective des idées et des opinions (1), et internet est la nouvelle source de communication horizontale, il permet une meilleure information, [entre] des citoyens (2).

1) La liberté d'association et d'expression collective des idées et des opinions sur internet

138. Internet, un espace de liberté au service de la démocratie. Si internet démontre qu'il peut être au service de la démocratie, on ne peut pas pour autant adopter une position

²⁸⁴ Le *free speech* à l'américaine pourrait être défini comme une sorte de « laisser aller », dans le sens que toute parole publique peut être dite. C'est l'amendement numéro 2 de la Constitution américaine.

²⁸⁵ SUR (E.), *La Constitution et les valeurs*, Paris, Éd. Dalloz, 2005, p. 75

²⁸⁶ FOREST (D.), *E-réputation, le droit applicable à la réputation en ligne*, Paris, Gualino éditeur, 2014, 60 p.

consistant à imaginer que internet est « fondamentalement bon » et partir du principe qu'il soutient nécessairement les idéaux démocratiques. Le web peut fournir des moyens particuliers mais *in fine*, en tant « qu'outil de démocratie », il est pour une large part ce qu'on en fait. Il faut utiliser sagement internet pour renforcer et non affaiblir la démocratie. En France, les médias numériques²⁸⁷ sont une des sources d'information politique d'une grande partie des citoyens²⁸⁸. Aujourd'hui, internet fourni un nouvel espace de liberté. De grandes quantités d'informations naissent par internet. Les blogs par exemple permettent de publier des textes sur d'innombrables sujets²⁸⁹. Les médias traditionnels sont souvent accusés d'être à l'origine de la dégradation de la qualité de l'information et du débat politique. Grâce aux innovations et aux médias numériques, internet transforme les internautes en citoyens avertis, offre de véritables forums de discussion et instaure un dialogue entre gouvernants et gouvernés. Une vision d'une démocratie renouée grâce à la puissance des NTIC doit correspondre à internet. Les médias numériques permettent le développement des associations et l'expression collective des idées et des opinions.

139. Internet est un atout pour le développement d'une association. Un site internet est un puissant moyen de communication à l'intérieur et à l'extérieur d'une association. À l'ère actuelle, pour une association, il est impératif d'être présent sur internet pour développer une activité et bénéficier de nouveaux membres ou sympathisants, par exemple avec la fonction *like* ou *retweet*. Un site internet, une page *Facebook* ou un compte *Twitter* d'une association, à la différence du support papier, peuvent être modifiés à tout moment et de façon immédiate par leurs responsables et ce en fonction des programmations, des projets, de l'évolution... Une page internet est à l'ère du numérique, médiatiquement, la meilleure façon pour exposer son travail et pour faire connaître les objectifs d'une association. Il permet de valoriser la dynamique et de créer un réseau en faveur des objectifs visés par un groupe de personnes.

140. La méfiance des révolutionnaires à l'égard de la liberté de manifestation. Comme le relève Charlotte Denizeau : « la liberté de manifestation n'est pas protégée dans

²⁸⁷ GUERRINI (M.), *L'identité constitutionnelle de la France*, Aix en Provence, Thèse sous la direction de Monsieur le Professeur Xavier Philip, Aix-Marseille Université, 2014, 550 p.

²⁸⁸ Et souvent même la seule source d'information politique.

²⁸⁹ TEYSSIE (B.), *La communication numérique, un droit, des droits*, Paris, Éd. Panthéon Assas, 2012, p.626.

le bloc de constitutionnalité. Elle jouit d'une simple protection légale. Ainsi c'est le décret-loi du 23 octobre 1935 portant réglementation des mesures relatives au renforcement de l'ordre public qui en pose le régime. Le respect de la liberté de manifestation ne fait pas obstacle à ce que l'autorité investie du pouvoir de police interdise une activité si telle mesure est seule de nature à prévenir un trouble à l'ordre public »²⁹⁰. Selon la thèse de Charlotte Denizeau : « la déclaration de 1789 ne consacre pas la liberté d'association car les révolutionnaires ont choisi de garantir les libertés individuelles, délaissant les libertés collectives. La méfiance tenait notamment au fait que l'association est un obstacle à l'expression de la volonté générale, fondatrice de la souveraineté nationale²⁹¹. C'est pourquoi la liberté d'association, pourtant connexe de certaines libertés individuelles, telles que la liberté de réunion et la liberté d'expression, a pu être considérée comme un danger pour la démocratie. Sa reconnaissance en droit français a donc été progressive »²⁹².

141. Le renouvellement des activités des associations avec le numérique. En France, les limites que les autorités nationales peuvent fixer à l'exercice de cette liberté sont encadrées par l'article 3 de la loi de 1901 disposant que : « Toute association fondée sur une cause ou en vue d'un objectif illicite, contraire aux lois, aux bonnes mœurs, ou qui aurait pour but de porter atteinte à l'intégrité du territoire national et à la forme républicaine du Gouvernement, est nulle et de nul effet »²⁹³. De manière moderne : « les outils numériques répondent aux besoins des associations de se faire connaître et de renforcer leur notoriété, de communiquer en interne, de gérer leur activité, de suivre et d'évaluer leurs actions, de former leurs bénévoles et leurs salariés. Elles s'en emparent aussi, de plus en plus, pour développer des projets en direction de leurs adhérents, parfois même en les impliquant dès

²⁹⁰ DENIZEAU (C.), *Droits et libertés fondamentaux*, Paris, Éditions Vuibert, 2015, p.84.

²⁹¹ « Carré de Malberg distinguait les différences significatives du terme souveraineté, marquant la différence entre ce qui fait, d'une part, le caractère d'une puissance suprême pleinement indépendante et, d'autre part, l'ensemble des prérogatives et des pouvoirs exercés par l'État dans l'ordre juridique interne, sans devoir de compte à personne ». in GOYARD (C.), *La Constitution et les valeurs*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 384-386.

²⁹² Cons. const., n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association.

²⁹³ Loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association.

la conception du projet. Les exemples ne manquent pas, quelle que soit l'activité des associations » soulignent Claire Dubien et Cécile Bazin²⁹⁴.

2) Vers un droit numérique d'expression collective des idées et des opinions

142. La valeur constitutionnelle de la liberté de réunion 2.0. Ferdinand Mélin-Soucramanien note que : « Le Conseil constitutionnel aurait consacré la valeur constitutionnelle de la liberté de réunion dans son importante décision n°94-352 DC du 18 janvier 1995, « *Fouille des véhicules* », en faisant mention du droit d'expression collective des idées et des opinions, c'est-à-dire par la reconnaissance de la liberté corollaire de manifestation, qui n'est autre, qu'une réunion qui a cette double particularité d'être organisée sur la voie publique et d'avoir pour objet d'exprimer un sentiment collectif . La liberté de réunion fait peser sur les autorités de l'État partie de l'obligation de faire un usage nécessaire et strictement proportionné de leur pouvoir lorsqu'il s'agit de concilier l'exercice de cette liberté consacrée avec les nécessités relatives au maintien de l'ordre public »²⁹⁵. Dès lors il paraît légitime de se demander si l'expression collective sur internet pourrait faire l'objet d'une telle prise en considération par la justice constitutionnelle. La jurisprudence du Conseil constitutionnel n'est pas encore définie sur cette situation liée au numérique. Cependant, si on effectue un raisonnement, hasardeux, par déduction, notamment en partant de la décision *Hadopi 1* de 2009, il est possible d'imaginer que le Conseil constitutionnel vienne, lors d'un contrôle de constitutionnalité, poser les bases d'un droit constitutionnel d'expression collective des idées et des opinions sur internet. En effet, la liberté de réunion protège, au sens large, l'affirmation publique d'une opinion, de convictions ou de revendications. À ce titre, cette liberté pourrait avoir comme corollaire un droit reconnu sur le numérique. Une spécificité d'internet tient à ce qu'il permet une large communication horizontale entre ses utilisateurs²⁹⁶. Internet permet le développement des liens sociaux à travers les forums de discussion *on line* et l'amélioration de l'information politique. Les réseaux sociaux ont

²⁹⁴ DUBIEN (C.), BAZIN (C.), « État des lieux des usages du numérique dans les associations », Paris, *JA* 2017, n°561, pp.18-20.

²⁹⁵ MELIN-SOUCRAMANIEN (F.), *Libertés fondamentales*, Paris, Éd. Dalloz, 1^{er} éd., 2014, p.125.

²⁹⁶ BENSOUSSAN (A.), *Informatique et libertés*, Paris, Éd. Francis Lefebvre, 2008, 1096 p.

contribué à la victoire du républicain Donald Trump aux élections présidentielles américaines de 2016. Ils ont, en partie, permis à ce candidat atypique du parti des républicains, de devenir le président des États-Unis d'Amérique et contre toute attente de la part de l'opinion publique, des sondages et des journalistes nationaux et étrangers. L'équipe de campagne qui a organisé la campagne présidentielle de Donald Trump a utilisé Twitter, Facebook etc. pour lui donner une image pouvant attirer une partie des électeurs.

Section II : Les limites de la démocratie numérique

143. La philosophie du numérique c'est d'innover en permanence. La révolution numérique a fait que les Français sont très connectés à internet²⁹⁷. Malgré les nombreux aspects positifs d'internet liés au renouveau de la démocratie, il peut aussi être une potentielle source de déséquilibres démocratiques (§ 1), notamment à cause du fait que le vote électronique est sujet aux manipulations (§ 2).

§ 1. Internet, potentielle source de déséquilibres démocratiques

144. La remise en cause d'un « outil » démocratique. Comme le souligne Marie-Charlotte Roques-Bonnet : « L'application du principe démocratique est déterminée par les trois premiers articles de notre Constitution : l'article 1^{er} pose que : « la France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale ». L'article 2 alinéa 5 pose le principe du « gouvernement du peuple, par le peuple, pour le peuple »²⁹⁸. Enfin l'article 3 énonce la délicate interaction entre souveraineté nationale et populaire : « La souveraineté nationale appartient au peuple, qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum ». Pourtant, jusqu'à l'émergence du réseau internet, le compromis entre l'école représentative des « élites responsables » et l'école « participationniste »²⁹⁹ était fort théorique.

145. La loi pour une République numérique adoptée le 28 septembre 2016 consacre sur le plan législatif d'importantes nouvelles dispositions relatives au droit numérique parmi

²⁹⁷ Par exemple 30 millions de français ont un compte et utilisent régulièrement le réseau social Facebook.

²⁹⁸ Discours d'Abraham LINCOLN, Gettysburg, 19 novembre 1863.

²⁹⁹ RANNEY (A.), « Référendum et démocratie », *Pouvoirs*, n°77, 1996 pp. 7-8.

celles-ci, on trouve : la neutralité d'internet³⁰⁰ et le maintien temporaire de la connexion à internet pour les foyers les plus défavorisées en cas de non paiement des factures. Un réseau libre et neutre c'est toute la pertinence démocratique de l'accessibilité d'internet à tous les citoyens (A), qui vise à dépasser le *statu quo* de l'accès inégalitaire à internet (B).

A – La pertinence démocratique de la libre accessibilité à internet

146. Internet, moyen universel de communication. Internet est un moyen de développement de la vie en société, il constitue un moyen de diffusion universelle de l'information et des opinions³⁰¹. Il est nécessaire que l'État lutte contre la « fracture numérique » (1), afin de garantir l'accès au numérique au plus large nombre de citoyens (2).

1) La nécessité de lutte contre la « fracture numérique »

147. Des mesures incitatives à l'utilisation d'internet. En France, le Web est aujourd'hui considéré comme un service de grande importance, et même de première nécessité au même titre que l'eau, l'électricité, et le gaz. Afin que la France soit à la pointe des avancées et des garanties relatives aux droits fondamentaux numériques, la Loi pour une République numérique adoptée par le Parlement le 28 septembre 2016, a notamment prévu de maintenir temporairement la connexion internet des foyers en difficultés financières en cas de non paiement des factures. Une connexion internet est au XXI^{ème} siècle placée par l'État au même niveau d'importance que les besoins de première nécessité (eau, électricité, gaz...) ³⁰². Le citoyen peut d'ores et déjà bénéficier de la grande avancée sociale et législative relative à l'établissement d'une aide possible pour dépasser des difficultés financières afin de pouvoir accéder à internet (a) avec en outre une confirmation de cette position posée par

³⁰⁰ Principe de non-discrimination impliquant que tous les contenus soient techniquement traités de façon égale.

³⁰¹ Dans cette logique de liberté d'accès à internet sans censures, il est important de souligner que cette liberté nécessite d'interventions d'institutions indépendantes qui puissent protéger son libre exercice, tout en laissant ouverte la possibilité des restrictions, légitimes, dans un système démocratique qui doivent être prévues par les lois afin de protéger les droits d'autrui, la sauvegarde de l'intérêt général et de l'ordre public.

³⁰² En cas de situation financière difficile, l'accès à l'eau et à l'électricité sont pris en charge par le Fonds de Solidarité Financière.

la direction prise par le Conseil constitutionnel tendant à la garantie du maintien du service des communications par l'instauration d'un droit d'accès à internet **(b)**.

a. La possibilité de dépasser les difficultés financières

148. Le législateur vient aider les plus démunis pour leur permettre d'accéder à internet. Dans son texte de Loi pour une République Numérique, il est en effet prévu que l'accès à internet soit maintenu lorsque les abonnés traversent des difficultés financières. Cette loi énonce précisément dans son article 30³⁰³, qu'en cas de non-paiement des factures par les citoyens les moins favorisées, les opérateurs devront maintenir temporairement la connexion internet des foyers. Les difficultés financières sont un terme vague relatif à un état social et financier temporaire ou permanent d'une certaine personne à un moment donné. L'extrême utilité de cette disposition permet le maintien d'un service *a minima* devenu essentiel pour la vie en société, comme on le verra dans l'ensemble de la présente étude.

b. Vers l'apparition d'une nouvelle obligation de continuité de service

149. Un progrès social 2.0 : vers l'obligation de continuité de service liée à l'accès à internet. Une obligation de continuité de service jusqu'ici réservée uniquement aux fournitures d'eau, d'énergie, et de téléphonie fixe pourrait être confirmée au rang constitutionnel concernant le droit d'accès à internet. Cette mesure vise à inclure l'accès à internet dans le champ des « services essentiels » mais elle rencontre l'antagonisme de la Fédération Française des Télécoms (qui regroupe les grands opérateurs téléphoniques nationaux à l'exception de *Free*). Les opérateurs téléphoniques sont contre cette mesure qu'ils jugent « démagogique », mais des raisons et craintes économiques justifient cette prise de position conservatrice. La continuité du service numérique est l'un des intérêts principaux de cette étude car il permet la réelle prolifération de tout le réseau. À cet effet il doit être

³⁰³ « En cas de non-paiement des factures, la fourniture d'énergie et d'eau, un service téléphonique restreint et un service d'accès à internet sont maintenus jusqu'à ce qu'il ait été statué sur la demande d'aide. Le service téléphonique restreint comporte la possibilité de recevoir des appels ainsi que de passer des communications locales et vers les numéros gratuits et d'urgence » in Article 30 de la loi pour une République numérique.

constitutionnellement protégé si on souhaite suivre les aspects de la thèse qu'on défend. Par ailleurs, toute atteinte à internet serait contraire avec la décision *Hadopi 1*.

2) L'accès au numérique garantie contre les fractures socio-culturelles

150. Permettre l'accès au numérique au plus grand nombre de citoyens suppose de bénéficier d'appareils numériques, mais également d'un accès à internet qui permette une correcte navigation sur le web (a), ce qui conduit à faciliter les intérêts de la « socialisation numérique » (b).

a. La politique de facilitation de l'accès au numérique

151. L'homme est avant tout un être social. L'individu ne vit pas seul mais en interaction permanente avec les autres individus, en interaction avec les groupes auxquels il appartient et à ceux auxquels il n'appartient pas. Ces interactions sont aujourd'hui possibles avec internet et le numérique. À l'ère du numérique le citoyen peut ne jamais être isolé de la société (comme *a contrario* il pouvait l'être dans le passé, avant l'essor du numérique). Le citoyen-internaute peut faire partie d'un « tout social », il devient acteur de la vie sociale et il peut agir par rapport à d'autres structures sociales. À travers la socialisation sur internet, l'individu acquiert un certain nombre d'informations et de connaissances qui vont façonner ses manières de penser et d'agir. Ces dispositions sont progressivement intériorisées grâce aux apprentissages issus des interactions. Les appareils numériques et internet, lorsqu'ils sont utilisés de façon consciencieuse, permettent aux individus de bénéficier d'une grande partie de « l'intelligence du monde ³⁰⁴ ». La socialisation par internet permet à l'individu de s'adapter à son environnement par des processus d'apprentissages et d'interactions, par des processus d'intériorisation et par des processus de construction psychologique. Aujourd'hui,

³⁰⁴ Sur internet il est possible de trouver d'innombrables informations relatives à tout type de domaine notamment grâce à la recherche par les mots clés dans les moteurs de recherche tel *Google*.

la socialisation sur internet commence dès l'enfance³⁰⁵ et elle se poursuit toute la vie à travers toutes les étapes évolutives qu'on traverse³⁰⁶.

152. Faciliter l'accès au matériel informatique est une priorité. En 2013, un quart des citoyens français ne possédaient pas d'appareil numérique, il existait des écarts de taux d'équipement entre catégories socioprofessionnelles, en 2019, 99 % des cadres et professions libérales disposaient d'un ordinateur à leur domicile, contre 89 % des ouvriers³⁰⁷. Afin de diminuer ces inégalités des mesures gouvernementales et des projets associatifs sont déployés. Par exemple, « Ordi 2.0 », est un programme du plan France numérique 2012-2020, il vise à permettre à chaque personne de posséder un équipement informatique. De plus, la concurrence entre les opérateurs a causé une baisse des tarifs d'abonnement à internet et a diversifié les offres, néanmoins des opérations de concentration ont commencé à partir des années 2005³⁰⁸. Dans la logique de facilitation de l'accès à internet, la mise en place de tarifs sociaux réduits ont permis d'offrir des prix d'abonnement réduits aux personnes les plus fragiles³⁰⁹.

b. Les intérêts de la numérisation de la vie en société

153. La socialisation devient numérique. Aujourd'hui pour une personne il est fréquent de socialiser par internet. La politique d'accompagnement au numérique devrait viser prioritairement deux publics : les étudiants et les demandeurs d'emploi. Par exemple les demandeurs d'emploi et les entreprises disposent d'un site internet unique pour accéder à l'ensemble des services à distance du Pôle emploi, le site pole-emploi.fr. Ce site web contribue à accompagner les demandeurs à un emploi dans leur recherche, il aide les entreprises dans leurs recrutements, il permet d'être informés sur le versement des allocations aux demandeurs indemnisés. Dans cette logique d'aide sociale, il faut souligner

³⁰⁵ Période souvent très intense de socialisation.

³⁰⁶ Dans le sens des étapes familiales, des étapes d'études, des étapes professionnelles.

³⁰⁷ Source INSEE.

³⁰⁸ Depuis les opérations de concentration des années 2005 : 4 opérateurs se partagent 97 % du marché français du haut et du très haut débit.

³⁰⁹ Par exemple la société *Orange*, seul fournisseur d'accès labellisé « tarif social », propose aux bénéficiaires du RSA une offre internet haut débit et appels illimités pour 20 € mensuels.

l'importance d'apporter un accompagnement aux personnes en difficultés d'insertion. D'après l'Observatoire national de la précarité énergétique, en 2019 près de 7 millions de français étaient en situation de précarité énergétique et se considéraient « déconnectés d'internet »³¹⁰. Afin de lutter contre cette situation de *digital divide*, plusieurs actions politiques doivent être mises en place. De plus, dans l'élaboration de « la société de l'information », on doit porter une attention particulière et constante aux besoins des catégories sociales marginalisées ou vulnérables.

154. L'exemple du développement de l'enfant. L'enfant ne peut évoluer que dans la mesure où ses conditions de vie lui permettent de réutiliser, d'une manière créatrice, les stimulations issues de son environnement³¹¹. Dès les premières années de sa vie, l'enfant peut faire preuve d'agressivité, soit pour se défendre, soit pour subvenir à ses nécessités, mais viennent des agents primaires³¹² et secondaires³¹³ de socialisation pour canaliser ces actes agressifs et l'orienter vers un meilleur comportement social et civilisé. Depuis l'essor d'internet, le numérique devient un agent qui est dans ce cas (encore) hybride et non classifiable dans la catégorie des agents primaires ou dans la catégorie des agents secondaires. Comme c'est le cas avec internet et le numérique, les différents facteurs du développement de l'enfant, sortes « d'instances de socialisation » varient d'une époque à l'autre.

B – Le statu quo de l'accès inégalitaire à internet

155. La nécessité de ne pas limiter l'utilisation d'internet à une élite de personnes. Sans politiques concrètes et plans d'action, internet et le numérique deviendront des technologies qui ne sont accessibles qu'à une élite de personnes, élargissant par conséquence le *gap* numérique entre les utilisateurs des NTIC. Le numérique peut accomplir son objectif de « lien social » que si les États s'engagent à élaborer des politiques efficaces visant à assurer une homogénéité d'accès à internet. Internet et le numérique sont devenus le moyen

³¹⁰ Observatoire national de la précarité énergétique, Agence de la transition écologique, 2019.

³¹¹ ANDRÉ (C.), « L'estime de soi au quotidien », *Revue Sciences humaines*, n°23, 2013 pp. 40-44.

³¹² Notamment la famille et l'école.

³¹³ Par exemple : les associations et les syndicats.

indispensable pour : assurer l'exercice d'un large éventail de droits de l'homme, pour combattre les inégalités, pour accélérer le développement et le progrès humain, par conséquent la garantie de l'accès universel à internet devrait être une priorité politique pour tous les États. Chaque État devrait élaborer des politiques concrètes et efficaces pour faire en sorte que internet soit largement disponible, accessible et économiquement abordable pour toutes les couches de la population.

156. En France, actuellement aucune norme constitutionnelle n'établit un droit d'accès à internet. Nonobstant l'existence de celle qui semble de plus en plus être devenue une « carence normative », le Conseil constitutionnel a jugé : « qu'à l'ère d'internet, et compte tenu de son importance pour la participation à la vie démocratique et l'expression des idées et des opinions, le droit fondamental de libre communication des pensées et des opinions implique la liberté d'accéder à ces services »³¹⁴. Le Conseil constitutionnel a ainsi établi le droit d'accès à internet comme une composante de la liberté d'expression, l'un des piliers de la Déclaration de 1789. En effet, la connexion à internet n'apporte pas seulement des services devenus indispensables quotidiennement aux internautes, aux consommateurs, aux chercheurs d'emploi, aux étudiants, aux seniors, elle permet davantage encore comme : l'exercice de la citoyenneté, le droit à s'informer et à s'exprimer. Dès lors, il s'agit d'un véritable moyen qualifiable de « première nécessité ».

157. Beaucoup de débats existent au sujet des inégalités parmi les citoyens, parmi celles-ci les inégalités numériques sont très importantes. Dans les pays où l'accès à internet est limité ou rare, ce sont les personnes les moins favorisés qui en paient les conséquences. Pour des raisons idéologiques ou économiques, leurs citoyens et leurs entreprises ne peuvent pas se connecter facilement, librement et à peu de frais. Ainsi isolés, ils prennent du retard pendant que le reste du monde se développe. Plus spécifiquement, il faut se demander comment sont créés les inégalités numériques. Le rapport du Boston Consulting Group utilise l'expression « frictions numériques » pour illustrer les obstacles à un accès à internet de qualité à un coût raisonnable³¹⁵. Les « frictions numériques » empêchent les

³¹⁴ Cons. const. n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet, (dite loi Hadopi 1)*. In HAURIOU (M.) *Précis de droit constitutionnel*, Paris, 2^{ème} édition, Dalloz, 1929, p. 656.

³¹⁵ BALTASSIS (E.), STRAGIER (F.), TELLE (N.), Rapport Public, The Boston Consulting Group, Juin 2014.

consommateurs et les entreprises de participer à l'économie numérique au niveau national et international. De nombreux États européens sont sur la voie de la qualification de l'accès internet en tant que droit fondamental³¹⁶. L'accès à internet constitue un « ascenseur social », pour les individus, les entreprises et les États. Les inégalités numériques en France (1) ne doivent pas diviser les citoyens de façon aussi dramatique que les inégalités financières, *a contrario*, le numérique doit être une source de prospérité (2).

1) L'inégalité numérique, le digital divide

158. L'inégalité numérique est la traduction française de l'expression américaine « *Digital divide* ». L'expression américaine « *digital divide* » est née à la fin des années 1990 aux États-Unis et a été formulé par les rapporteurs de l'Administration nationale des télécommunications et de l'information, dépendant du département du Commerce, de l'Économie et des Statistiques. L'accès au numérique risque de devenir un nouveau facteur d'inégalité moderne (a), à cause des limites matérielles (b).

a. Une inégalité moderne

159. On est qu'au commencement d'une révolution dont on commence à percevoir les conséquences. Les niveaux et qualités de vie, qui avaient déjà augmenté depuis la fin du XIX^{ème} siècle, ont été améliorés par les progrès extraordinaires du numérique, grâce aux capacités de calcul et la quantité d'informations numérisées. Ce « deuxième âge des machines », (après celui de la vapeur et de l'électricité, qui ont décuplé la force physique humaine) sera celui qui décuplera les capacités cognitives humaines avec l'aide de l'intelligence artificielle (I.A.). Cependant, il faut être conscient des limites de cette « abondance numérique » car le numérique facilite les déséquilibres économiques, il conduit à une répartition des revenus de façon beaucoup plus inégale que par le passé. L'économie numérique a détruit des emplois qui nécessitaient une main-d'œuvre nombreuse et qualifiée car qu'il consacre un modèle où atteindre le plus grand nombre de consommateurs se fait à

³¹⁶ La reconnaissance du droit d'accès à internet dans l'ordonnancement juridique italien, fut proposé pour la première fois par le juriste Stefano RODOTÀ le 29 novembre 2010, à l'occasion de l'*Internet Governance Forum* à Rome, son idée était d'insérer un article 21-bis dans la Constitution afin d'intégrer le droit d'accès à internet en tant que droit fondamental.

coût marginal presque nul, le numérique entraîne une concentration de richesses sans précédent. À titre d'exemple alors que la société Kodak, faisait travailler 140.000 salariés, le réseau social Instagram, dont l'application internet permet de partager des photographies à travers le monde, a pu obtenir 500 millions d'utilisateurs en employant seulement 15 salariés. Cela explique l'accentuation du « chômage technologique » et le recul économique des salaires. Ce constat d'inégalité numérique doit conduire à un changement en profondeur des politiques relatives à l'éducation et au le travail³¹⁷. Il faudra apprendre à travailler avec les machines, afin qu'elles apportent plus de richesse aux salariés.

b. Les limites matérielles du numérique

160. La nécessité de matériel numérique. On est conscients du fait que pour pouvoir accéder à internet il est nécessaire de posséder matériellement du matériel numérique lié aux NTIC et être dans un certain environnement énergétique. L'utopie d'un accès possible à la population dans sa globalité est quasi impossible. Dès lors la garantie constitutionnelle d'un droit d'accès à internet a comme corollaire cette nécessité matérielle qui paraît être insurmontable. La décision *Hadopi 1* du Conseil constitutionnel a censuré la loi soumise au contrôle mais elle n'a *a priori* pas eu comme conséquence de permettre une interprétation induisant vers l'émergence d'un droit matériel au numérique. Il s'agit d'une grande limite qui s'érige face à la liberté d'expression et de communication, cependant on a noté que la possibilité en France d'accéder gratuitement à des *Wifi Hotspots* doit être prise en compte car elle a comme finalité un plus grand accès de la population au numérique. En mettant des points Wifi sur le territoire où il est possible de se connecter gratuitement à internet l'État accompli un important rôle social à l'ère du numérique. Cette politique aura tendance à s'accroître dans le futur, mais aujourd'hui il est déjà largement possible pour une personne de trouver un lieu de connexion gratuite à proximité pour accéder à internet.

2) La recherche de prospérité de la personne

161. La technologie peut apporter la prospérité mais il appartiendra aux hommes et femmes politiques de faire en sorte qu'elle soit équitablement partagée. Les statistiques

³¹⁷ DEMOULAIN (M.), *Nouvelles technologies et droit des relations de travail*, Paris, Broché, 2012, 440 p.

démontrent que l'accès à un ordinateur au domicile est aussi facilité par un niveau de revenu important³¹⁸. Il existe pour les citoyens un besoin constant d'adaptation aux NTIC qui s'accommode mal avec le caractère relativement figé des dispositions permettant des aides économiques qui régissent ce droit. Pendant longtemps l'adaptation conjoncturelle du droit de la liberté de communication a été menée (quasiment) à droit constant, notamment à cause du fait que les vecteurs de la communication étaient inchangés et utilisaient les mêmes moyens. Désormais la communication est favorisée par le recours aux instruments nouveaux, les NTIC. Outre l'adaptation temporelle du droit de la liberté de communication, les nouveaux instruments assurent son adaptation matérielle. Ils permettent ainsi par exemple l'essor de nouvelles voies de communication. Par conséquent les manifestations de la liberté de communication ne se limitent pas au droit actuel, mais elles sont aussi prégnantes dans le droit en devenir.

§ 2. Le risque de manipulation dans le numérique

162. L'*e-vote* est souvent défendu par les partis politiques libéraux, bien représentés parmi les classes jeunes et urbaines, et espérant étendre encore plus leur audience au sein de ces mêmes classes souvent abstentionnistes. La pratique de vote électronique avec l'utilisation d'internet, n'est pas encore parfaite, ils existent des carences démocratiques et la nécessité d'une plus grande transparence pour encourager les électeurs à effectuer leur devoir de vote est nécessaire (A), notamment lorsqu'on sait qu'il est possible d'être informé de façon subjective avec les bulles de filtres en fonction de nos spécificités (B).

A – Une manipulation possible du vote électronique

163. La démocratie numérique, une solution controversée contre l'abstentionnisme électoral en France. On essaye de développer les enjeux liés à l'idée d'une démocratie rénovée grâce au numérique. La majorité des expériences de « démocratie numérique » s'insèrent dans un contexte global de relance du processus démocratique, notamment auprès

³¹⁸ Enquête : « Les conditions de vie et les aspirations », Paris, Centre de recherche pour l'étude et l'observation des conditions de vie (CREDOC), juin 2013.

des jeunes électeurs ou des nationaux résidant à l'étranger. Le vote par internet aux élections politiques tente ainsi de répondre à plusieurs objectifs : le recul de l'abstention électorale, la modernisation de l'organisation des opérations de vote, la rapidité des décomptes, la baisse du coût des opérations³¹⁹. Plusieurs pays continuent à s'engager dans le développement des dispositifs de dématérialisation de vote basés sur les NTIC dont notamment l'Estonie, la Corée du Sud et la Suisse. En Estonie, par exemple, pays qui a beaucoup misé sur le vote avec l'utilisation des nouvelles technologies, l'accès à internet est affirmé dans les normes constitutionnelles³²⁰.

164. Plusieurs questions restent posées notamment concernant les risques d'hacking et de manipulation des résultats. Sans diminuer le problème du vote électronique strictement aux questions techniques, l'absence de sécurité dans les NTIC mises en œuvre est une des causes essentielles de l'actuelle situation de renonciation de son utilisation. Un retrait notamment justifié par l'inexpérience des technologies. À la suite de ce constat, il faut cependant souligner que la majorité des pays ayant arrêté leurs expérimentations de vote par internet entendent investir de nouveau dans de tels projets, dès que les technologies permettront d'organiser d'une manière totalement sécurisée la transparence des opérations. En France, le Conseil constitutionnel a rejeté l'ensemble des griefs qui avaient demandé l'annulation de l'élection de députés des Français de l'étranger élus grâce au vote par internet. En effet, le juge constitutionnel, en tant que juge des élections politiques, dans sa décision du 15 février 2013³²¹, ne nie pas l'opacité du système mis en place, ni même la possibilité que des failles aient pu altérer sa sincérité mais a refusé d'invalider une élection, vu que la preuve de l'exploitation massive d'une faille n'a pas été apportée. Le *software* de vote par internet utilisé par les électeurs des circonscriptions des Français de l'étranger avait été réalisé par un institut espagnol, qui invoquait que son fonctionnement relevait du « secret industriel »³²². Cependant, la transparence du software est un encouragement pour les électeurs

³¹⁹ Chantal ENGUEHARD « Vote par internet : failles, techniques et recul démocratique », *Jus Politicum*, n°2, <http://juspoliticum.com/article/Vote-par-internet-failles-techniques-et-recul-democratique-74.html>

³²⁰ Loi fondamentale de l'Estonie du 28 juin 1992.

³²¹ Cons. const., n° 2012-4597/4626 AN du 15 février 2013.

³²² *Ibidem*

165. Les systèmes de vote électronique mis en œuvre dans les différents États sont très divers. Les informations sont rares, parfois secrètes et la plupart du temps très partielles. Le scandale de soupçons de piratage informatiques effectuées, vraisemblablement, par des agents d'État russes lors des campagnes politiques et des élections présidentielles américaines de décembre 2016 a éloigné encore plus cette possibilité de vote en France. De plus, un *hacker* ou un *software* « malintentionné » peut-être caché dans le serveur de vote et modifier les résultats finaux. Internet est un outil utile pour la démocratie (1) mais sa nature, en partie, obscure lui reste intrinsèque (2).

1) Un outil pour la démocratie

166. Le numérique apporte le progrès dans la transparence. La transparence est l'antonyme du secret. Il est ardu de trouver les liens entre ces deux situations sans comprendre leur complexité. Selon le dictionnaire *Le Robert*, la transparence est « la qualité de ce qui laisse paraître la réalité tout entière »³²³. La transparence doit être un outil, un instrument au service de la construction et du maintien de la démocratie. Aujourd'hui l'accessibilité à des actes administratifs ne pose plus des difficultés majeures relativement la transparence de l'action publique, notamment grâce au rôle de la Commission d'accès aux documents administratifs. En effet, le Livre III du Code des relations entre le public et l'administration reconnaît : « à toute personne le droit d'obtenir communication des documents détenus dans le cadre de sa mission de service public par une administration, quels que soient leur forme ou leur support »³²⁴. Internet, et par le biais des sites internet, permet une certaine interactivité entre les citoyens et les élus. À l'ère du numérique la consultation de documents administratifs est beaucoup plus rapide, notamment grâce à internet.

167. La transparence permet un choix plus clair pour les électeurs. Les cadres légaux et constitutionnels doivent encourager et permettre les évolutions numériques démocratiques, la transparence en fait partie. Dans le processus démocratique, internet doit

³²³ *Dictionnaire Le Robert*, Paris, Éditions Le Robert, 2018, p. 534.

³²⁴ Ordonnance n° 2015-1341 du 23 octobre 2015 relative aux dispositions législatives du Code des relations entre le public et l'administration.

continuer à apporter une meilleure gestion et un choix plus clair aux électeurs. Questionner et partager les questions d'intérêt général permet aux citoyens de mieux s'investir dans la construction collective. La transparence pourrait permettre de lutter contre l'abstentionnisme et l'exclusion politique. La politique de transparence est un moyen qui peut permettre de dépasser la crise démocratique. En effet, internet peut permettre de construire un consensus social et un consensus politique à l'échelle d'une élection politique. L'utilisation de l'informatique et du numérique a fait émerger de nouvelles faiblesses risquant de compromettre la sécurité du mécanisme système démocratique dans sa globalité, les votes peuvent subir une modification lors de leur émission sur l'ordinateur de l'électeur. Les experts informatiques estiment qu'il n'y a aucun système efficace pour se protéger contre la fraude interne alors que celle-ci peut être massive et invisible.

2) L'obscurité intrinsèque à internet

168. L'obscurité des systèmes informatiques rend impossible, toute transparence directe et les procédures de transparence indirecte censés équilibrer cette carence démocratique se révèlent insatisfaisants. À la différence des alertes sonnées par les experts informatiques, les sociétés utilisant ce nouveau marché risquent de faire des promesses impossibles à tenir à des autorités étatiques intéressées par la « facette » de modernité dont elles peuvent bénéficier et les économies réalisables et conséquentes en cas de généralisation, par exemple avec la diminution du nombre de bureaux de vote traditionnels, n'hésitant pas à sacrifier, à la fois, la transparence et la confiance des votants. Internet doit permettre d'augmenter la vigilance des citoyens sur les politiques, par conséquent il est nécessaire d'encadrer la nouvelle démocratie numérique. L'absence de transparence rend tout vote par une personne moins éclairée sur la situation générale et le respect des règles électorales. La transparence doit s'appliquer aussi sur internet notamment concernant les organisations et fonctionnements des campagnes électorales afin d'éviter la répétition de scandales comme celui lié à l'élection Donald Trump et les actions des internautes russes. Cette transparence dans la campagne électorale permet d'informer le citoyen potentiel électeur que les candidats ne subissent pas des pressions externes par des organisations voir des États.

B) La manipulation des informations : les « bulles de filtre »

169. Des algorithmes intrusifs. Les « bulles de filtres », sont un sujet essentiel pour saisir l'impact du numérique sur la liberté de communication (1). Mark Zuckerberg lors d'une interview a affirmé : « un écureuil qui est en train de mourir dans notre jardin, peut-être plus pertinent pour nos intérêts du moment que les personnes qui meurent en Afrique »³²⁵. Internet pourrait être un moyen formidable pour la vie en société et pour la démocratie. Cependant il y a un décalage invisible dans la façon de circuler de l'information en ligne. Les géants du web trient pour nous et en fonction de nos précédents choix, les informations qui correspondent le mieux selon eux (2).

1) Les « bulles de filtres » un sujet essentiel pour saisir l'impact du numérique sur la liberté de communication

170. Débattre du statut des « bulles de filtres » nécessite de préciser de quoi il est effectivement question. Pour François Pellegrini : « Les algorithmes sont consubstantiels de l'apparition de la pensée humaine, mais il a fallu l'invention des ordinateurs pour permettre leur application mécanisée à de grandes masses de données »³²⁶. Les « bulles de filtres » sont issus d'algorithmes qui permettent la transmission d'informations qui correspondent à nos opinions. Le livre : *The filter bubbles what the internet is hiding from you*, écrit par Elie Pariser explique le rôle des algorithmes de filtrage de l'information utilisé par les géants d'internet comme Google, YouTube, Amazon ou Facebook et leurs conséquences. Il les qualifie : « bulles de filtres ». Selon Elie Pariser, en effectuant une recherche sur internet par mot clé, deux utilisateurs d'internet n'auront pas les mêmes résultats à leurs recherches. Avec les algorithmes ils auront des résultats qui correspondent à leurs idées et à leurs opinions. Les algorithmes ce sont des suites d'actions pour un objectif qu'on leur demande de faire, et ils prennent en considération ce que l'entreprise, par exemple Google, sait de nous. Le moteur de recherche va me proposer des résultats qui correspondent à mes centres d'intérêt, pour ce faire il se basera sur mon historique de recherche pour savoir ce qui peut

³²⁵ PARISER (E.), *The filter bubble, what the internet is hiding from you*, 2011, Éditeur Penguin, p. 55.

³²⁶ PELLEGRINI (F.), « La liberté à l'ère numérique », *Politeia* - Les Cahiers de l'Association Française des Auditeurs de l'Académie Internationale de Droit constitutionnel, 2017, n° 31, p.162.

m'intéresser. Ces filtres sont spécifiques, *quasi* sur mesure, pour chaque utilisateur. Ces filtres ne permettent pas à l'utilisateur d'être confronté à des idées différentes des siennes, ce qui a comme conséquence de renforcer ses convictions et de polariser les opinions dans les débats de société. Pour Maria-Giulia Dondero : « Le travail des algorithmes peut se caractériser comme une modulation constate, un ajustement itératif des informations qui rentrent dans la machine qui calcule et le traitement de ces informations »³²⁷.

171. La polarisation des idées fait que la population se concentre uniquement sur celles leurs correspondant. À l'heure actuelle, l'information n'a jamais été aussi disponible, notamment par rapport à l'époque qui a précédé internet et à sa démocratisation. Les moteurs de recherche sont devenus très importants concernant la recherche des informations. Lorsqu'on fait une recherche avec le site Google, celui-ci sélectionne ce qu'il estime être pertinent en fonction de notre utilisation dans le passé. Il combine à chaque action plusieurs informations pour mieux nous connaître. Nos données de navigation sont utilisées par un algorithme afin de proposer des informations avec un contenu similaire à celles sur lesquelles on a passé le plus de temps ou qu'on a choisi le plus souvent. L'utilisation de ces algorithmes est réelle, Google, Facebook, Amazon ne s'en cachent pas. En effet quand on utilise internet, on a souvent des recommandations en fonction de nos utilisations. Cependant, si l'utilisation de ces algorithmes est réelle, il ne s'agit pas d'affirmer qu'elle est à l'origine de la polarisation des opinions. La polarisation des opinions était déjà présente avant internet et on pense que l'utilisation de ces algorithmes a peu d'incidences sur le renforcement des opinions. La polarisation serait la plus forte chez les personnes qui utilisent le moins internet et qui ne lisent ou cherchent pas à avoir plusieurs sources d'informations. Si les plateformes de recherches utilisent bien des moyens de filtrage en fonction de ce qui nous correspond, il s'avère que la télévision reste le premier moyen d'information et que ces « bulles » existent depuis plus longtemps qu'internet.

172. Le cerveau n'aime pas être contredit. Le plus souvent on est sommé à l'origine des filtres de recherches à cause de nos précédentes recherches sur internet et des articles qu'on est plus enclins à consulter. En effet, lorsqu'on effectue une recherche, on a tendance

³²⁷ DONDERO (M.-G.), « Les visualisations des données urbaines : de Bruno Latour à Lev Manovich », *Questions de Communication*, 2019/2, 2019, p. 87.

à orienter celle-ci dans le sens de nos opinions sans nous en rendre compte. Ainsi si on veut des résultats plus neutres, tout en gardant la recherche par mot clés il faudrait modifier nos choix de mot clés. En imaginant qu'on risque de trouver des résultats contrastés on serait plus prédisposés à consulter des résultats qui confirment notre opinion, plutôt que ceux qui la contredisent. Comme la dissonance cognitive le montre, le cerveau n'aime pas être contredit. On évite ce qui nous contredit pour éviter d'être mal à l'aise ou irrités. De fait on ira dans « notre bulle » de façon volontaire. Ces bulles ne s'appliquent pas que sur internet, mais aussi dans nos échanges sociaux, on est plus à l'aise avec les personnes qui partagent nos points de vue et donc on a plus tendance à nouer et à entretenir des relations avec eux. Les réseaux sociaux nous mettent en lien avec les personnes qui nous rassemblent, et on constate que dans le fil d'actualités leurs publications contiennent des idéologies qui souvent, nous correspondent. Les algorithmes peuvent masquer les publications qu'on pourrait trouver dérangeantes ou inintéressantes. Si on veut éviter les « bulles de filtres », il faudrait que l'utilisateur décide de consulter volontairement des informations différentes de ses convictions. Être plus ouvert aux idées contraires permettrait d'être plus tolérant dans nos échanges.

2) Le tri des informations par les « bulles de filtres »

173. La manipulation du fil d'actualité par les « bulles de filtres ». Les « bulles de filtres » permettent la personnalisation de notre fil d'actualité. Elles montrent ce qu'ils veulent qu'on voit mais pas nécessairement ce dont on a besoin ou on veut voir. Le président de Google, Éric Schmidt a dit : « il sera très difficile pour les gens de regarder ou de consommer ce qui n'a pas d'une certaine façon été fait sur mesure pour eux »³²⁸. Cette situation pourrait être une source de problèmes démocratiques. Le contenu de notre « bulle de filtre » dépend de qui on est et de ce qu'on fait dans notre vie. Le problème est qu'on ne décide pas ce qui entre dedans ou qui s'y trouve rejeté. Ainsi, les « bulles de filtres » proposent certaines informations parmi les premières que l'on trouve lorsqu'on fait des recherches. Avec ces algorithmes et ces filtres de recherches personnalisés on est extrêmement surveillés, on analyse ce sur quoi on fait des clicks. Cette situation pourrait fausser un régime d'information équilibré. Internet permet d'être « connectés » les uns aux

³²⁸ PARISER (E.), *The filter bubble, what the internet is hiding from you*, 2011, Éditeur Penguin, p. 105.

autres, mais on constate qu'actuellement il peut choisir à notre place avec qui, et cette situation est très dangereuse.

174. Les algorithmes n'ont pas une éthique. Les algorithmes peuvent décider ce qu'on voit et ce qu'on ne voit pas. Il faudrait être sûrs que leurs choix ne sont pas basés uniquement sur la pertinence, et qu'ils montrent aussi d'autres informations qu'ils pourraient estimer moins importantes ou pour lesquelles on ne serait probablement pas d'accord ou intéressés. En somme, ces algorithmes ne doivent pas nous empêcher d'avoir la possibilité de consulter d'autres points de vue. Nous ne vivons pas en démocratie si les citoyens n'ont pas accès aux informations. Internet est au XXI^{ème} siècle très important dans les choix que nous faisons. Le fonctionnement d'internet devrait être éthique et transparent afin que de savoir quelles sont les règles qui s'appliquent et qui déterminent ce qui se passe à travers les filtres. Internet doit continuer à être le réseau qui permet de développer de nouvelles idées, de faire de nouvelles rencontres, d'avoir différentes perspectives par les différentes informations que l'on peut consulter.

L'ÉVOLUTION DE LA LIBERTÉ DE COMMUNICATION NUMÉRIQUE DANS LA
JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE

Conclusion du titre premier

175. Au XXI^{ème} siècle, le Conseil constitutionnel, juge des lois, est le garant des libertés et des droits fondamentaux constitutionnels en France. La préservation de la liberté d'expression et de communication par le Conseil constitutionnel est une nécessité impérieuse pour le progrès. En permettant le progrès de la société elle est à ce titre une condition *sine qua non* de la prospérité de l'être humain, à ce titre elle est une des plus importantes et premières libertés proclamées dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen à la suite de la Révolution de 1789. Le Conseil constitutionnel l'a protégée et consacrée comme droit fondamental³²⁹. Parmi ses techniques de contrôle, se distingue le contrôle de proportionnalité de la loi, qui lui permet d'éviter une atteinte excessive à une liberté fondamentale, telle la liberté d'expression et de communication. L'article 34 de la Constitution dispose qu'il ne peut pas y avoir une garantie des droits et des libertés si la compétence du législateur pour restreindre ces droits et libertés est absolue. Par conséquent ce type de contrôle effectué par le Conseil constitutionnel a précisément pour objet de contrôler ces limites et de censurer leur dépassement. Le Conseil constitutionnel répète depuis la célèbre décision sur la loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse, « que la Constitution ne lui confère pas un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement ». Cette configuration nécessite une concordance la plus élevée possible entre le rôle de légiférer du législateur dans la promotion des droits et libertés des citoyens sous le contrôle du Conseil constitutionnel.

176. Le numérique permet au citoyen de s'informer et de s'exprimer directement. Il existe une condition essentielle à la vitalité démocratique, c'est le droit de savoir. Sans le droit de savoir, une démocratie ne peut exister. Pour voter, il est nécessaire de savoir, de connaître l'information. Ainsi, le principe de la liberté de la presse n'est pas moins essentiel que le principe du suffrage universel. La valeur de l'expression populaire pourrait remettre

³²⁹ Cons. const., n° 84-181 DC du 11 octobre 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse.*

en cause l'autorité de la représentativité électorale. Au-delà des risques techniques ou technologiques, il est possible d'affirmer que le recours fréquent au réseau numérique dans le cadre de l'expression de la vie démocratique des citoyens internautes pourrait aboutir à l'éviction de la représentativité électorale. D'autant que la crise politique ouverte en France depuis le 24 novembre 2018, plus connue sous la dénomination « Mouvement des gilets jaunes » pose le problème du maintien de la reconnaissance institutionnelle des représentants du peuple et peut donc constituer un danger pour la conception traditionnelle de la démocratie représentative. Le numérique a permis l'émergence de mouvements protestataires en favorisant une structuration inédite de la liberté de manifestation en tant que composante de la liberté d'opinion. L'afflux massif de manifestants en tant que conséquence de l'utilisation et de l'exploitation des réseaux sociaux fait émerger les limites de la liberté de manifester comme expression d'une volonté politique populaire. Cependant, comme l'affirme Michaël Bardin, le passage de la contestation à l'exercice du pouvoir est difficile et si cette formation semble plus à même d'entendre la voix des citoyens, il reste à s'interroger sur leur apport au débat démocratique et au bon fonctionnement des institutions. Et de ce point de vue, les positionnements divergent clairement et de nombreuses interrogations restent en suspens³³⁰. Réussir le changement numérique c'est mobiliser les citoyens. La démocratie est d'abord représentative, qu'elle soit en crise ne doit pas nous conduire à l'oublier mais à œuvrer pour lui redonner son crédit et sa grandeur³³¹. La démocratie ne devrait plus consister « simplement » en une élection de ses représentants. La démocratie ne s'épuise pas dans le choix des représentants. Le numérique permet de la rendre plus proche de ses citoyens. La vitalité populaire a fait émerger la crise de nos élites (qu'elles soient politiques ou économiques) par rapport à la complexité des défis qu'on a à affronter. Comme l'écrivait Alexis de Tocqueville : « La démocratie ce n'est pas cette tyrannie douce où au fond le peuple à intervalles réguliers devrait choisir ses gouvernants et entre temps revenir en servitude »³³².

177. La reconnaissance jurisprudentielle du droit d'accès à internet par le Conseil constitutionnel à partir de 2009. Notre démonstration porte sur la nécessité de la

³³⁰ BARDIN (M.), « Les partis politiques et le numérique », *Pouvoirs*, n°163, 2017, p. 51.

³³¹ PLENEL (E.), *Le droit de savoir*, Paris, Broché, 2013, pp. 79-80.

³³² TOCQUEVILLE (A.), *De la démocratie en Amérique I (1835)*, Paris, Les éditions, Gallimard, 1992, p. 142.

constitutionnalisation des droits du numérique qui est liée au droit à la libre communication numérique en particulier. Le rôle central du Conseil constitutionnel dans l'interprétation des textes et des principes à valeur constitutionnelle, lui a fait reconnaître l'importance du libre accès à internet au XXI^{ème} siècle en se fondant sur la Déclaration de 1789. Ainsi dans sa décision du 10 juin 2009, le juge constitutionnel, a affirmé l'importance prise par la participation à la vie démocratique et à la liberté d'expression et de communication induite par l'accès à internet³³³, cependant, dans cette décision était en cause la violation des droits de la propriété intellectuelle. Rappelons que la reconnaissance constitutionnelle du droit d'accès à internet, développée par la Conseil constitutionnel lors du contrôle de constitutionnalité de la loi *Hadopi 1*, a été un progrès démocratique afin que toute personne puisse librement accéder à internet et communiquer avec les autres citoyens, mais aussi avec les institutions étatiques. Dès lors le juge constitutionnel s'affirme, au XXI^{ème} siècle comme le protecteur des libertés fondamentales numériques en France et s'érige en tant que véritable garant des libertés fondamentales constitutionnelles numériques vis-à-vis du pouvoir exécutif ou législatif, notamment par exemple à cause de la menace terroriste. Aujourd'hui cette liberté permet de communiquer avec les avancées technologiques liées aux NTIC, mais elle pose d'innombrables questions relatives aux limites qu'on peut lui apporter et aux droits avec lesquels elle entre en friction.

178. L'évaluation des risques liés aux communications dans la démocratie numérique. Pauline Türk souligne que : classiquement, le citoyen se définit par sa participation à la gestion des affaires publiques et que dans l'Antiquité grecque, le citoyen n'est pas celui qui habite la Cité, mais celui qui y est admis à participer à l'exercice des pouvoirs, en exerçant une magistrature, en participant au pouvoir délibératif ou à la fonction de juger »³³⁴, aujourd'hui le « citoyen est augmenté ». Face à la situation actuelle et l'utilisation des nouvelles technologies de l'information et de la communication, une nouvelle pratique se développe, la démocratie numérique. La démocratie numérique est un processus déjà en marche, elle répond à un besoin de transparence et à l'abstentionnisme électoral. Par la vitesse de l'information, sa disponibilité, mais aussi par la possibilité de réaction des citoyens, la démocratie numérique correspond aux exigences actuelles. Cette

³³³ Cf. Cons. const., n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*.

³³⁴ TÜRK (P.), « La citoyenneté à l'ère du numérique », Paris, *RDP*, 2018, p. 623.

meilleure accessibilité est une grande ouverture pour les citoyens afin de comprendre et déterminer les lois qui régissent la vie en société. Néanmoins de nouveaux risques existent dans la démocratie numérique. Alors que le vote traditionnel permet une totale transparence, le vote par internet rend le vote « opaque »³³⁵. Malgré les avantages de ce système, les inconvénients restent majeurs. Pour l'électeur il n'y a aucune traçabilité possible, car il ne peut pas contrôler la réalité de son suffrage. De plus, contrairement à la double procédure mise en place pour le vote à l'urne par le Code électoral, il n'est pas possible de s'assurer de la fiabilité des résultats sur internet car ils peuvent être manipulés et piratés.

179. À l'ère du numérique, le processus démocratique pourrait être renouvelé et constitutionnellement protégé. Le citoyen bénéficie, dans le monde numérique de droits et libertés ayant fait l'objet d'une extension de fait (liberté d'expression, droit à l'information, liberté de communication, liberté de réunion et de manifestation, droit à l'instruction...). Cependant on pense qu'il faudrait leur attribuer des garanties de rang constitutionnel afin de moderniser et de ne pas mettre en péril la démocratie avec ces nouveaux outils. De plus, le *digital divide* risque d'avoir de grandes conséquences et de porter atteinte à l'égalité des citoyens. Il est légitime pour un État de s'inquiéter de l'inégalité de l'accès au numérique de ses citoyens. Il existe une fracture numérique qui exclut un grand nombre d'individus des avantages reconnus des NTIC, en particulier parmi les groupes de personnes déjà socialement défavorisés. Les inégalités dans l'accès aux technologies de communication numérique risquent de créer une déchirure dans le tissu social. Les citoyens « défavorisés », qu'il s'agisse de quelques personnes ou de populations, sont menacés par la « marginalisation démocratique »³³⁶. Les NTIC pourraient être un des remèdes aux inégalités plutôt qu'être leur cause. Internet est une vraie découverte désordonnée et dans tous les États. Au XXI^{ème} siècle le citoyen est devenu, en quelques années, un citoyen-internaute. On devrait bien vivre la modernité apportée par le numérique tout en garantissant des protections réelles. À l'image de la constitutionnalisation des principes liés au respect de l'environnement avec la Charte de l'environnement, Il paraît aujourd'hui de plus en plus nécessaire d'inscrire dans le bloc de constitutionnalité l'obligation de respecter les grands

³³⁵ Sur internet l'identité est vérifiée, mais il est plus compliqué de savoir exactement si la bonne personne est derrière son écran d'ordinateur, l'identité n'est donc plus parfaitement contrôlée.

³³⁶ Dans le sens que certaines personnes risquent de ne pas avoir accès aux informations *on line*, aux communications numériques, aux campagnes politiques, à certains services d'État qui ont été dématérialisés...

principes dérivants du droit numérique afin de protéger le citoyen-internaute, certaines dispositions qui existent déjà au niveau législatif, auraient ainsi la plus haute force juridique.

180. Le droit constitutionnel est en constante évolution et est perméable aux autres matières. Internet est la dernière révolution relative aux moyens de communication, cette révolution est confrontée à de multiples nouvelles questions et fait évoluer la pratique de nombreux droits fondamentaux. C'est un moyen de communication soumis aux dispositions de l'article 11 de la Déclaration de 1789 qui protège la liberté d'expression des citoyens en tant que : « l'un des droits les plus précieux de l'homme ». Tous les moyens de communications sont concernés, les réseaux sociaux sur internet n'y dérogent pas et le juge constitutionnel a reconnu le droit d'accès à internet pour l'exercice de la liberté de communication numérique³³⁷. Successivement la *loi pour une République numérique* a instauré l'accès au numérique pour tous avec notamment une couverture mobile et une accessibilité aux services numériques publics et l'accès des personnes handicapées aux sites internet³³⁸. Le droit à l'accès à internet est devenu un droit-créance, un droit à, qui implique une action de l'État, une obligation particulière de l'État. À l'ère du numérique on constate que l'accès à internet commence à être nécessaire, voire indispensable non seulement à l'exercice du droit à la liberté d'expression mais aussi à celui d'autres droits fondamentaux, parmi lesquels on trouve le droit à l'information, à l'éducation, le droit de manifestation, le droit de participer pleinement à la vie sociale, les droits politiques... On sait que la liberté d'expression et de communication a un rôle indispensable pour le respect de nombreux droits fondamentaux et que le numérique a confirmé le décrochage d'internet par rapport à la liberté générale de la communication audiovisuelle. Le droit de communiquer sur internet est un droit qui remplit une fonction pratique, il permet à tout internaute d'être un « émetteur ». Les discussions s'intensifient en France comme à l'étranger sur l'ampleur qu'il faut donner à ce droit-créance et aux obligations « de faire » incombant aux pouvoirs publics afin de permettre l'accès de chaque citoyen au Web. Après la décision fondatrice de 2009 du Conseil constitutionnel, le législateur français, avec l'adoption de la loi Lemaire, a donné une plus grande effectivité au droit d'accès à internet. Dans cette longue voie de façonnement d'une

³³⁷ Cf. Cons. const., n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*.

³³⁸ Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique.

nouvelle catégorie de droits, ce droit d'accès à internet doit être renforcé avec l'instauration d'un droit d'utiliser l'information numérique.

181. La bulle de filtres et la personnalisation des sites web en fonction des utilisateurs. Certains sites ne proposent plus un site unique mais un site fait pour un utilisateur en particulier. Il s'agit d'enfermer l'utilisateur dans une personnalisation qui correspond à sa navigation et à ses centres d'intérêt. Certaines sociétés, dont notamment les GAFAM, et afin de déterminer qui on est, collectent de nombreuses informations sur nous. À partir de ces informations, ils créent un profil spécifique. Au-delà des aspects commerciaux, une fois analysées ces informations peuvent déterminer nos orientations politiques ou sexuelles. Lorsque ces entreprises réussissent à avoir des profils très personnalisés on peut se demander si ces pratiques sont loyales ou éthiques. Ces méthodes pourraient conduire à de la manipulation. Il pourrait s'agir d'une réelle menace qu'on a voulu mettre en exergue dans cette étude.

Titre second

La constitutionnalisation progressive de la liberté de communication numérique

182. Les composantes de l'information. Au fil des siècles, la philosophie aristotélicienne s'est développée à travers les théories d'autres penseurs, en particulier celles des libéraux britanniques, à commencer par John Locke, et les illuministes français à partir de Denis Diderot. Selon eux l'accès à l'information aurait généré des formes de participation plus large des citoyens à la vie publique, mais ils ont souligné que le simple accès à l'information (quel qu'il soit) ne suffit pas à cette fin, mais dépend en grande partie de l'utilité des informations, de la rapidité de leur acquisition, les méthodes et les formes de transmission, ainsi que de leur compréhensibilité. Au cours des derniers siècles, avec le développement de l'État démocratique moderne et surtout grâce aux innovations technologiques qui ont concerné les médias et l'information au cours des dernières décennies, le citoyen est désormais dans une condition privilégiée, car la plupart du temps il a accès à l'information immédiatement et directement. La transparence de la gestion publique ne se fait pas simplement en mettant les informations à la disposition des citoyens, mais en les diffusant librement et en garantissant un accès effectif aux citoyens. Tous les systèmes démocratiques garantissent la liberté de l'information et énoncent souvent explicitement le principe du libre accès à l'information. Cependant, ces « bonnes intentions » se heurtent fréquemment à un problème non négligeable : au-delà des déclarations de principe (souvent contenues dans les Constitutions elles-mêmes), en fait, un accès réel et effectif à l'information publique n'est pas garanti, empêchant ainsi les citoyens d'exercer pleinement leurs droits démocratiques. Notre intention est de mettre toujours plus internet au service des droits des citoyens et de l'intérêt général. Dans une logique de la protection des libertés fondamentales, le Conseil constitutionnel participe au renouveau de la protection des conditions de la liberté de communication numérique (**Chapitre I**) en définissant notamment son régime constitutionnel (**Chapitre II**).

Chapitre premier – Le renouveau de la liberté de communication avec le numérique

183. L'élargissement des normes de référence du Conseil constitutionnel avec la constitutionnalisation d'un nouvel objet du droit constitutionnel : la communication numérique. Plusieurs nouvelles questions scientifiques relatives à la (e)démocratie numérique apparaissent, notamment le risque d'atteinte au secret des correspondances (par les virus et les hackers) suscite encore une méfiance ou du moins impose une forte vigilance quant aux élections politiques par le numérique. L'essor de la protection de la liberté de communication numérique par le Conseil constitutionnel à partir de la décision *Hadopi 1* du 10 juin 2009 (**Section I**), a son corollaire qui est la limitation des atteintes possibles au principe d'inviolabilité du secret des correspondances numériques (**Section II**).

Section I : La protection de la liberté d'expression et de communication numérique par le Conseil constitutionnel avec la décision Hadopi 1 de 2009

184. Le Conseil constitutionnel et la censure de la loi *Hadopi 1*. Le juge constitutionnel a, par sa récente jurisprudence, démontré son attachement à la protection de la liberté de communication des internautes. En effet, le Conseil constitutionnel a contrôlé la constitutionnalité de la loi instaurant la Haute Autorité pour la diffusion d'œuvres et la protection des droits sur internet³³⁹. Les dispositions de cette loi visaient à prohiber l'accès à internet aux personnes qui téléchargent des contenus ne respectant pas les droits d'auteur. Le Conseil constitutionnel décida de la censurer en se basant sur la présomption d'innocence et sur la liberté d'expression³⁴⁰, socles fondamentaux des droits de l'homme depuis la Déclaration de 1789³⁴¹, et en proclamant un droit d'accès à internet.

³³⁹ Loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet.

³⁴⁰ Cf. Cons. const., n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*.

³⁴¹ Lorsqu'on évoque les droits de l'Homme, il y a une dimension philosophique. C'est la philosophie du droit naturel, les êtres humains disposent de libertés de l'homme. OBERDORFF (H.), « Les libertés fondamentales : théorie générale », Paris, interview vidéo, Éd. Lextenso, 8 août 2016.

185. La reconnaissance d'un droit d'accès à internet paraît ne pas être suffisante pour protéger la libre communication numérique, des nouvelles conditions doivent être respectées. Afin de garantir de façon plus complète la libre communication sur internet, des questions encore plus spécifiques liées à la navigation sur internet doivent être posées. Par exemple, dans le domaine des communications numériques, la politique économique libérale de concurrence des fournisseurs d'accès à internet et des fournisseurs de contenu est une des meilleures garanties du respect du principe de neutralité d'internet et la reconnaissance constitutionnelle de ce principe structurant mériterait d'être envisagée. En effet, sur un marché concurrentiel l'utilisateur dès lors qu'il est bien informé peut choisir à la fois ses fournisseurs d'accès à internet et ses fournisseurs de contenu. En France, l'ouverture à la concurrence de ce domaine par la loi de réglementation des télécommunications³⁴² a permis de mettre à la disposition des internautes, et sans un coût excessif, une grande partie du savoir et des connaissances de l'humanité³⁴³. De plus, les débats sur internet, permettent aux opinions et aux points de vue individuels et collectifs de se confronter, de s'invalider, ou au contraire de se renforcer de façon publique et privée. Par ailleurs, les articles, les avis, et les commentaires écrits sur internet sont durables et consultables publiquement dans le temps par d'autres citoyens-internautes ayant les mêmes interrogations ou inquiétudes. Des dangers et des atteintes à la libre communication numérique pourraient surgir si des services étatiques tentaient de modifier la neutralité d'internet afin d'atteindre des objectifs illégaux³⁴⁴. Les restrictions administratives aux NTIC peuvent être dangereuses car elles sont une potentielle source de nouvelles menaces et d'atteintes aux libertés. Il est donc nécessaire de protéger de façon constitutionnelle un nouvel objet du droit constitutionnel : les communications numériques (§ 1), en donnant une place particulière au principe structurant de protection de la neutralité d'internet (§ 2).

³⁴² Loi n° 96-659 du 26 juillet 1996, loi de réglementation des télécommunications.

³⁴³ FRANCESCHINI (L), BELLESCIZE (D), *Droit de la communication*, Paris, Thémis, PUF, 2011, p. 317.

³⁴⁴ La neutralité d'internet est ce qui permet un égal accès au réseau à tous les internautes, elle est, comme le droit d'accès, une garantie essentielle à la liberté d'expression et de communication. Face au développement de pratiques des opérateurs de communications électroniques tendant à remettre en cause cette neutralité, il convient d'aller plus loin dans la reconnaissance d'un principe de neutralité dans le droit constitutionnel.

§ 1. La nécessaire constitutionnalisation d'un nouvel objet du droit constitutionnel : la communication numérique

186. Des moyens supplémentaires nécessaires, proportionnés et justifiés. Les graves actes terroristes perpétrés en France ont conduit à des modifications législatives concernant les communications numériques et malgré l'opposition de nombreux groupes de citoyens ayant comme objectif la défense des libertés, l'Assemblée nationale française a adopté le 24 juillet 2015 la loi relative au renseignement permettant à l'État de surveiller les communications des présumés terroristes sans l'autorisation préalable d'un magistrat³⁴⁵. Selon Henri Oberdorff, la lutte contre le terrorisme justifie, de plus en plus, une surveillance de l'utilisation des outils numériques par de potentiels terroristes. Il souligne le fait que nos démocraties semblent accepter ces surveillances de masse si les atteintes aux libertés sont susceptibles d'augmenter la sécurité. Ainsi, « les sondages réalisés³⁴⁶ auprès des Français après les événements de janvier 2015 montrent qu'ils considèrent que leur pays est en guerre. Ils approuvent à une large majorité toutes les mesures qu'on leur suggère pour lutter contre l'extrémisme religieux y compris celles qui empièteraient nettement sur les libertés individuelles »³⁴⁷. À la suite de ces nouvelles dispositions visant à lutter contre le terrorisme par la surveillance des communications, on a constaté l'absence de normes constitutionnelles textuelles de référence relatives aux communications numériques (A), mais à l'essor de nouveaux droits intéressant le numérique (B).

A – L'absence de normes constitutionnelles de référence relatives aux communications numériques

**187. Des normes de référence constitutionnelles inadaptées au contrôle des lois
relatives aux communications numériques.** Le *statu quo* actuel montre l'ancienneté de notre bloc de constitutionnalité par rapport aux réalités modernes du numérique. Ce constat est d'autant plus flagrant que sous couvert de la lutte contre le terrorisme, plusieurs textes

³⁴⁵ Loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement.

³⁴⁶ Sondage IPSOS/SOPRA-STERIA, Le Monde 29 janv. 2015.

³⁴⁷ OBERDORFF (H.), « La République face au défi du terrorisme », Paris, *RDP* 2015, p. 360. In OBERDORFF (H.), « La République numérique : un nouvel espace pour de nouveaux droits ? », Paris, *RDP*, 2018, p. 665.

répressifs législatifs relatifs aux communications numériques³⁴⁸ ont eu un impact dans des domaines d'activité divers et ont mis en place des dispositifs permettant de recueillir massivement et de façon peu sélective, des données liées aux communications et portant des atteintes à la liberté de communication et au droit à la vie privée. La loi renseignement de 2015 a entamé une large mobilisation de la société civile regroupant associations, professionnels du Web et autorités indépendantes dépositaires de la sauvegarde des libertés individuelles. L'ONG *Amnesty International* avait mis en garde sur le fait que ces nouveaux dispositifs pourraient inclure pratiquement toutes les communications internet puisqu'une grande partie de nos communications en ligne sont effectuées par des services basés hors du territoire français³⁴⁹. Selon Nils Muiznieks: « lorsque nous donnons *carte blanche* aux services de renseignements nous faisons exactement ce que veulent les terroristes : nous dénaturons nos valeurs »³⁵⁰. Notons cependant que, *a contrario*, selon le Conseil constitutionnel, la loi relative au renseignement de 2015 a l'avantage d'avoir attribué aux services de renseignements des moyens modernes et adaptés aux menaces auxquelles on est confrontés tout en respectant les droits individuels et la vie privée, conformément à la décision de conformité constitutionnelle³⁵¹. Comme l'exposait le Doyen Maurice Hauriou : « Le droit constitutionnel doit ainsi reposer sur une pensée des équilibres. Pour ce faire il doit parvenir à ordonner les trois manifestations de la souveraineté nationale que sont « la souveraineté du statut constitutionnel » (qui parvient à concilier la réalité du pouvoir avec celle des libertés individuelles), la « souveraineté du gouvernement représentatif » (réunissant les pouvoirs exécutifs, législatifs et électif) et la souveraineté des individus »³⁵². Dans cette logique, à l'ère du numérique, le droit à la libre communication numérique pourrait être qualifié comme étant un droit fonctionnel permettant la réalisation d'autres droits, notamment fondamentaux (1). Il est donc nécessaire pour le Conseil constitutionnel de parvenir à dépasser cette nouvelle étape impliquant un élargissement constitutionnel en

³⁴⁸ *Ibidem*.

³⁴⁹ JARDIN (E.), « Médias, les relations de presse à l'ère du numérique », *JA* 2015, n°527, pp. 43-44.

³⁵⁰ Loi sur le renseignement : « Nous faisons exactement ce que veulent les terroristes ». Nils Muiznieks, commissaire aux Droits de l'homme du Conseil de l'Europe. Propos recueillis à Strasbourg par Gueric Poncet, publié sur internet le 21/04/2015 http://www.2idhp.eu/images/rapport-nils-muiznieks-discours-haine_150612.pdf

³⁵¹ Cons. const., n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015, *Loi relative au renseignement*.

³⁵² HAURIOU (M.), *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1929, p. 17.

rapport avec les nouveaux défis liés au numérique avec, par exemple, de nouvelles normes fondamentales numériques de référence dans le bloc de constitutionnalité (2).

1) L'importance de la qualification de la libre communication numérique comme droit fonctionnel constitutionnel

188. Actuellement c'est essentiellement à partir des dispositions de la Déclaration de 1789 que le numérique parvient à être analysé par le Conseil constitutionnel, cependant à cause de son importance, le numérique peut être qualifié de droit fonctionnel (a) et par conséquent à titre liminaire on doit le définir, notamment en tant que vocable nouveau dans l'ordre juridique (b).

a. La qualification fonctionnelle du numérique

189. La qualification fonctionnelle des droits fondamentaux numériques. Les droits fondamentaux numériques permettent la réalisation de nombreux autres droits fondamentaux : un droit fonctionnel. Cependant on ne défend pas l'idée selon laquelle le droit numérique serait un droit hiérarchiquement doté d'une quelconque supériorité notamment dans la pyramide théorisée par Hans Kelsen. Ce droit est plutôt à prendre en considération tel un droit fonctionnel juridique et social, car il permet la réalisation de nombreux autres droits fondamentaux. Le droit a souvent été un spectateur-participant de l'histoire. Il a souvent évolué pendant ou à court terme de périodes d'évolution sociétales importantes.

b. La nouveauté du vocable numérique dans l'ordre juridique

190. Les droits fondamentaux numériques, l'utilisation d'un vocable nouveau dans un ordre juridique. Pour Etienne Picard l'utilisation d'un vocable nouveau dans un ordre juridique donné n'est jamais le fruit du hasard³⁵³. L'apparition des droits fondamentaux

³⁵³ PICARD (E.), « L'émergence des droits fondamentaux en France », *Actualité juridique droit administratif*, 1998, pp. 6-7.

numériques dans la jurisprudence constitutionnelle est étroitement dépendante des vicissitudes qui affectent les terminologies concurrentes, vicissitudes que la référence aux droits fondamentaux permet justement de dépasser. Comme le souligne Marie-Charlotte Roques-Bonnet : « De la société hors ligne à la société en ligne, ce ne sont pas seulement nos pratiques et actions quotidiennes qui ont changé. C'est aussi notre République »³⁵⁴. L'accès au réseau est nécessaire pour effectuer des études, rechercher un travail, réaliser un nombre croissant de démarches administratives, développer et maintenir des liens relationnels, participer à la vie sociale. De plus, depuis la Directive 2002/22/CE l'accès à internet fait partie du périmètre des services universels³⁵⁵. Les États faisant partie de l'Union Européenne ont l'obligation d'assurer des services de communication numérique, accès internet compris, d'une qualité spécifiée à l'ensemble des utilisateurs de leur territoire à un prix abordable, quelle que soit leur situation géographique. Cependant il est aujourd'hui très improbable que le numérique nous dirige vers l'élaboration d'un droit constitutionnel transnational à cause du caractère intrinsèquement national du droit constitutionnel.

2) Le nouveau défi constitutionnel relatif au numérique

191. L'évacuation de la question d'un droit constitutionnel transnational. Conformément aux propos du Doyen George Vedel, on pourrait se diriger vers « un droit constitutionnel transnational » outrepassant « l'impérialisme constitutionnaliste »³⁵⁶. Mais est-il nécessaire de franchir les cadres traditionnels préétablis ? Un droit constitutionnel transnational serait une utopie car il nécessiterait de s'affranchir de toute l'histoire de la jurisprudence constitutionnelle et impliquerait la potentielle refonte du système judiciaire et administratif français. Par conséquent le droit constitutionnel doit rester et être par essence un droit national, pouvant cependant continuer à s'inspirer des droits constitutionnels des autres États européens et internationaux. Tout propos tendant vers la volonté d'internationaliser le droit constitutionnel ne serait pas issu de cette thèse qui ne vise pas à bousculer les fondements et traditions constitutionnels historiques. Il s'agit de défendre les

³⁵⁴ ROQUES-BONNET (M.-C.), *Le droit peut-il ignorer la révolution numérique?*, Paris, Éditions Michalon, 2010, p. 467.

³⁵⁵ Directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux.

³⁵⁶ VEDEL (G.), « Propos d'ouverture », in BERTRAND (M.), VERPEAUX (M.), *La Constitutionnalisation des branches du droit*, Paris, Economica, 1998, p. 12.

avantages de rénover les droits fondamentaux à l'ère du numérique (a) tout en étant conscients de la réticence du juge constitutionnel à utiliser la notion de « fondamentalisation » (b).

a. Le renouveau des droits fondamentaux à l'ère du numérique

192. Il est fortement probable que dans le futur, une Charte contenant de nouveaux droits numériques fondamentaux de rang constitutionnel verra le jour parmi les normes de référence du Conseil constitutionnel. Cette évolution permettra d'effectuer une mise à jour des droits fondamentaux constitutionnels du XXI^{ème}, notamment par rapport à la non moins efficace et pluriséculaire Déclaration de 1789. Comme l'expose Véronique Champeil-Desplats, la référence aux droits fondamentaux est un outil rhétorique, un moyen privilégié d'affirmer la légitimité de l'action et des décisions du juge constitutionnel français. Elle souligne que : « à défaut de constituer une véritable catégorie juridique, les droits fondamentaux rempliraient dans la jurisprudence du Conseil un rôle purement argumentatif et légitimant. Cette terminologie était en outre plus importante aux yeux du Conseil qu'elle intervenait dans un contexte où il importait de trouver des « concepts transnationaux opératoires »³⁵⁷. La référence aux droits fondamentaux a sans doute été de ces concepts. De très nombreux emprunts terminologiques³⁵⁸ à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, mais aussi à celle de la Cour européenne des droits de l'homme, ont émaillé les décisions du Conseil constitutionnel. Des emprunts terminologiques et conceptuels puisqu'il suffit de croiser la jurisprudence du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme pour constater qu'une même volonté d'effectivité des droits anime les institutions. Le Conseil constitutionnel n'a jamais fait état d'une véritable volonté de systématisation. Il semble que les raisons qui ont poussé ce dernier à user du vocabulaire de la « fondamentalité » soient, elles aussi, relativement limitées. Par

³⁵⁷ CHAMPEIL-DESPLATS (V.) *In* ETOA (S.), « La terminologie des droits fondamentaux dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Les cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, n°9, Conseil constitutionnel et droits fondamentaux, 2011, pp. 58-60. <https://www.unicaen.fr/puc/images/crdf0902etoa.pdf>

³⁵⁸ On constate des emprunts terminologiques, car à défaut d'être couramment employée par la Cour européenne des droits de l'homme, l'expression « droits fondamentaux » était en revanche extrêmement présente dans les discours du droit communautaire et le vocabulaire de la Cour de justice de l'Union européenne qui l'utilisaient depuis la fin des années 1960 et le début des années 1970.

exemple, entre la décision du 16 janvier 1982³⁵⁹ et celle sur les entreprises de presse³⁶⁰, les causes de la «*fondamentalité*» ont évolué. Dans la première décision, le caractère fondamental semble souligner la valeur constitutionnelle de la propriété privée visant à protéger les droits individuels. L'opération de qualification est alors importante dans la mesure où, on pouvait douter à cette époque de la constitutionnalité de ce droit lorsqu'il était confronté au principe de nationalisations. Dans la seconde décision relative aux entreprises de presse, c'est la qualité constitutionnelle, démocratique, relative au respect de l'État de droit, d'un droit qui justifie la «*fondamentalité*»³⁶¹.

b. La difficile «*fondamentalisation*» du droit numérique

193. Les droits fondamentaux relatifs à internet sont actuellement laissés dans une sorte d'attente. Les droits fondamentaux dérivants ou intéressés par le numérique ont une utilité qualifiable de droit fonctionnel pour le développement des droits et libertés fondamentaux au XXI^{ème} siècle. Le Conseil constitutionnel utilise la qualification de «*fondamentalité*» selon l'effet désiré : soit pour souligner la constitutionnalité d'un droit soit pour marquer la place particulière de tel(le) principe ou prérogative lorsqu'il est confronté à un conflit de normes. Cependant, le juge constitutionnel semble avoir décidé depuis la décision du 10 juin 1998³⁶² de ne plus recourir à cette qualification de «*fondamentalité*» dans le cadre de ses décisions. Il est, du reste, symptomatique de constater que la théorie fonctionnelle un temps controversée soit désormais celle qui explique de la manière la plus évidente les occurrences du recours aux droits fondamentaux dans les décisions du Conseil. «*Les auteurs ne s'y trompent d'ailleurs pas, qui de Patrick Wachsmann, de Olivier Le Bot, de Olivier Dord, ont explicitement pris fait et cause en faveur de celle-ci. Quant à connaître les raisons qui ont conduit le Conseil constitutionnel à délaisser cette rhétorique, on ne peut formuler que des hypothèses. Le peu d'intérêt que semblent*

³⁵⁹ Cons. const., n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation*.

³⁶⁰ Cons. const., n° 84-181 DC du 11 octobre 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*.

³⁶¹ ETOA (S.), «*La terminologie des droits fondamentaux dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*», *Les cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, n°9, Conseil constitutionnel et droits fondamentaux, 2011, pp. 58-60. <https://www.unicaen.fr/puc/images/crdf0902etoa.pdf>

³⁶² Cons. const., n° 98-401 DC du 10 juin 1998, *Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail*.

éprouver les constituants pour les droits fondamentaux peut expliquer en partie cet abandon »³⁶³. Les mêmes interrogations s'appliquent au XXI^{ème} siècle à la reconnaissance d'un droit fondamental numérique. En effet, grâce aux surveillances des communications numériques, l'État peut effectuer une collecte massive de données personnelles³⁶⁴. En ce sens, protéger constitutionnellement les droits fondamentaux dérivés du numérique s'avère particulièrement important pour le citoyen mais pas forcément (et pour d'évidentes raisons) pour l'État³⁶⁵.

B – Le nécessaire essor de la protection du pluralisme dans la communication numérique

194. Le pluralisme des médias est un principe à protéger et à maintenir notamment lorsqu'on constate un renouveau de la liberté d'information dans les communications numériques (1). En effet, pour le Conseil constitutionnel ce principe de pluralisme est une condition nécessaire de l'effectivité de la liberté de communication inscrite à l'article 11 de la Déclaration de 1789 (2).

1) Le renouveau de la liberté d'information avec la communication numérique

195. Le fil rouge de cette recherche consiste à affirmer que la consécration de certains principes et droits fondamentaux est nécessaire à l'ère du numérique, telle la protection pour

³⁶³ LE BOT (O.), *La protection des libertés fondamentales par la procédure du référé-liberté. Étude de l'article L 521- 2 du Code de justice administrative*, Paris, LGDJ, 2007, p. 68.

³⁶⁴ La loi pour une République numérique comporte de nombreuses dispositions relatives à la protection des données à caractère personnel. Certaines d'entre elles ont pour vocation de concilier la protection de la vie privée et des données personnelles des usagers avec le renforcement, voulu par la loi, de l'open data. Dans le même esprit, d'autres dispositions spécifiques sont prévues pour faciliter la circulation et le traitement de données à des fins de recherche. DAUTIEU (T.), GABRIÉ (É), « Analyse de l'apport de la loi pour une République numérique à la protection des données à caractère personnel. L'ouverture de l'accès aux données publiques et sa conciliation avec la protection des données à caractère personnel », *Comm. Com. Électr.*, décembre 2016, pp. 17-23.

³⁶⁵ ROQUES-BONNET (M.-C.), *Le droit peut-il ignorer la révolution numérique?*, Paris, Éditions Michalon, 2010, p.452.

les destinataires de l'information par le numérique (a) et de parvenir à protéger le libre accès à l'information (b).

a. La protection des destinataires de l'information par le numérique

196. L'information peut avoir plusieurs destinataires. Ces destinataires ont alors des exigences variées par rapport à l'information qu'ils souhaitent recevoir, néanmoins le point commun est la véracité des faits relatés et la non prise de position de « l'informateur »³⁶⁶. On observe la nécessité d'un droit à une liberté de l'information sans atteintes. Le Conseil constitutionnel veille à cette préservation. Dans la décision sur la loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse, le Conseil constitutionnel, lors de l'examen des dispositions législatives relatives aux pourcentages maximums que le même groupe de presse pourrait détenir par rapport à la diffusion générale des quotidiens, précise de manière claire que les plafonds tels qu'ils sont fixés par le législateur, risquent de porter atteinte non seulement à la liberté des propriétaires des quotidiens, mais aussi et surtout à la liberté des récepteurs de l'information diffusée par ces quotidiens.

197. La garantie du pluralisme. Laurence Gay relève que : « la similitude de la position du Conseil constitutionnel³⁶⁷, avec celle des Cours allemande et espagnole est remarquable, en effet le juge commence par constater les menaces pesant sur l'exercice de la liberté de communication, en l'occurrence celle de recevoir des informations³⁶⁸, résultant d'une possible concentration des entreprises de presse. Il affirme ensuite une exigence d'effectivité du droit fondamental en cause. Il en résulte enfin que le législateur n'a pas seulement l'obligation de ne pas entraver ce dernier mais aussi, celle de le protéger contre cette menace

³⁶⁶ On retrouve cette condition dans le principe d'impartialité qui s'impose aux journalistes dans le cadre de leur travail.

³⁶⁷ Cons. const., n° 84-181 DC du 11 octobre 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*.

³⁶⁸ « Il convient de rappeler que la liberté de communication revêt deux aspects complémentaires, indissociables : la liberté d'émettre des informations et la liberté de recevoir des informations. Or pendant longtemps, les textes ont mis l'accent sur la première composante, laissant dans l'ombre la seconde » *in* ROUX (A.), « La liberté de communication dans la jurisprudence constitutionnelle française », *A.I.J.C.*, 1987, 320 p.

extérieure, en garantissant le pluralisme »³⁶⁹. Les propos mentionnés précédemment peuvent être analysés, notamment depuis la décision *Hadopi 1* de 2009³⁷⁰, affirmant un droit d'accès à internet. Reconnaître l'accès à internet pourrait être interprété comme la reconnaissance d'un droit au savoir³⁷¹. Accepter que le public soit un des titulaires de cette liberté reviendrait à faire coexister deux libertés éventuellement contradictoires sur la même base textuelle. En effet, le droit à être informé et le droit de savoir³⁷², s'ils peuvent être invoqués à l'encontre d'une action étatique qui viendrait entraver la libre émission des informations³⁷³ peuvent aussi s'envisager comme venant créer des obligations à la charge des informateurs, de fait les journalistes pourraient se voir reprocher sur cette base de ne pas informer ou de ne pas assez informer le public.

198. Parmi les dangers des destinataires des informations à travers les communications numériques, on trouve les publicitaires et *lobbyistes*. Il est possible de formuler l'idée selon laquelle les campagnes publicitaires sur internet ne devraient pas être « agressives », trop présentes ou transmettre des messages illégaux³⁷⁴. En effet, la publicité sur internet peut être source de graves problèmes sociaux, par exemple la publicité de l'alcool, des armes, de la prostitution, de la pornographie, de stupéfiants, et de déséquilibres entre utilisateurs liés à l'impartialité d'internet notamment lorsqu'elle est issue ou constituée par un seul annonceur³⁷⁵. Tout « monopole ou exclusivité » sur internet serait très dangereux pour l'ensemble des utilisateurs. Plusieurs grandes questions restent à peine posées concernant la

³⁶⁹ GAY (L.), *Les droits-créances constitutionnels*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 800 p.

³⁷⁰ Cons, const., n° 94-352 DC 18 janvier 1995, *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité*.

³⁷¹ Pour de nombreuses personnes, internet englobe « l'intelligence du monde », notamment grâce à ses nombreuses sources. Ce propos doit bien évidemment être nuancé, ou même écarté notamment à cause des *fake news*.

³⁷² Le « droit de savoir » est beaucoup débattue dans le cadre du droit allemand et du droit américain de la liberté d'expression. Cf. Par exemple les réflexions de R. Dworkin dans *Une question de principe*, PUF, 1993 et sur ce thème ZOLLER (E.) *Les grands arrêts de la Cour Suprême des États-Unis*, Paris, Dalloz, 2000, 246 p. In LE COUSTUMER (J.-C.), *Liberté d'expression, souveraineté nationale et justice constitutionnelle*, thèse Université de Caen/Basse Normandie, 2002, 580 p.

³⁷³ Si le contenu des informations diffusées n'est pas contrôlé par le juge constitutionnel français, la jurisprudence de la Cour EDH s'aventure assez loin dans l'appréciation du caractère des informations bénéficiant de la protection de l'article 10 de la Convention EDH, comme on le verra *infra*.

³⁷⁴ On veut ici faire un lien avec les analyses qu'on effectue au regard de l'obligation de respecter la dignité de la personne humaine dans les communications numériques. Titre 1 : « L'encadrement nécessaire du droit des communications numériques », Chapitre 1 : « Le respect de la dignité humaine dans les communications numériques ».

³⁷⁵ GREFFE (P.), GREFFE (F.), *La publicité et la loi*, Paris, LexisNexis, Litec, 10^{ème} édition, 2004, p. 389.

logique de renonciation acceptée par l'internaute lorsqu'il accède aux différents sites d'internet. Celle-ci ne doit pas être unilatéralement déséquilibrée et modifiable unilatéralement (notamment par une partie) dans le temps. On retrouve encore dans ce cas-là (une) nouvelle nécessité d'inscrire un principe d'équilibre des droits sur internet dans les normes fondamentales du bloc de constitutionnalité par exemple à travers la constitutionnalisation d'une Charte de droits numériques fondamentaux³⁷⁶.

b. L'information en tant que communication à protéger

199. La liberté de l'article 11 de la Déclaration de 1789 est effective, selon le juge constitutionnel, seulement si les destinataires des moyens de communication bénéficient d'une information pluraliste, garantie par la pluralité des quotidiens en matière de presse et la pluralité des moyens de communication ainsi que des programmes dans l'audiovisuel, et de la multiplicité des sites internet. Mais cette effectivité implique-t-elle un droit au profit du public de même nature que le droit consacré par les termes de la Déclaration de 1789 au profit de ceux qui désirent librement parler, imprimer, c'est-à-dire diffuser leurs idées ou leurs opinions ? Dit autrement, la jurisprudence constitutionnelle consacre-t-elle un droit à être informé dont le public serait le titulaire ? La réponse n'est pas évidente, et il faut décomposer l'interrogation.

200. Envisageons d'abord le problème du droit à l'information. Comme le souligne Xavier Agostinelli : « Si dans notre société contemporaine, le terme *information* appartient au langage courant, il n'en reste pas moins qu'il recouvre des acceptions très variées et pour le moins hétérogènes »³⁷⁷. Dans le cadre de notre recherche, il est nécessaire de partir d'une définition générale de ce terme : l'information s'analyse comme l'acte par lequel sont rendus publics certains faits ou encore certaines opinions. Cette première approche pour indispensable qu'elle soit à la compréhension de notre sujet, paraît incomplète. Certes, dans

³⁷⁶ Dans cette logique, ce qui est intéressant dans le droit constitutionnel français est que le bloc de constitutionnalité français intègre dans un même texte les trois générations de droits dans un même texte. Elle fait référence à la Déclaration de 1789 et elle l'inclut dans le préambule, elle fait référence au préambule de 1946 et intégré cette génération de droit économiques et sociaux, elle a incorporé la Charte de l'environnement en 2004. Existe alors la possibilité d'intégrer dans les droits constitutionnels de nouveaux droits liés à l'essor du numérique, comme par exemple le droit à l'oubli.

³⁷⁷ AGOSTINELLI (X.), *La protection civile de la vie privée*, Aix en Provence, Librairie de l'Université d'Aix en Provence Éditeur, 1994, p. 250.

la définition qu'on a retenue de l'information, ce qui est primordial c'est l'acte d'informer, mais le support matériel permettant la diffusion de cet acte, apparaît tout aussi important dans notre monde moderne. Ce qui donne sa force et son impact à la notion d'information, c'est le moyen qui permet à celle-ci de circuler et, par la même occasion de toucher le plus grand nombre de personnes. L'information doit alors être entendue comme l'acte par lequel sont rendus publics certains faits ou certaines opinions au moyen de supports visuels ou auditifs³⁷⁸. Pascal Mbongo explique que : « la doctrine juridique, si elle traite constamment de la liberté d'information, du droit à l'information, ou du droit de l'information, c'est toujours sans envisager la question de savoir ce qu'est une information³⁷⁹. Cette question est d'autant plus difficile qu'elle engage hypothétiquement à de nombreuses distinctions langagières ou parmi les discours dont les médias sont le support : la distinction entre l'information et la communication, la distinction entre l'information, l'opinion et l'idée, la distinction entre l'information, le divertissement et la variété. L'information serait une donnée ou une allégation éditée par un service de presse ou de communication et n'ayant pas été disqualifiée *a priori* par une autorité de régulation ou par un magistrat en tant qu'elle serait légalement fautive³⁸⁰ ou indicible »³⁸¹.

2) Une condition nécessaire pour l'effectivité de la liberté de l'article 11 de la DDHC

201. L'objectif de valeur constitutionnelle de pluralisme (a) et de transparence sont des garanties incontestables de la libre communication des pensées et des opinions qui mériteraient à être réaffirmés dans l'encadrement constitutionnel des communications numériques (b).

³⁷⁸ *Ibidem*.

³⁷⁹ L'étude que la Cour de cassation a consacrée en 2010 au droit de savoir, s'articule autour de la notion d'information mais sans qu'elle n'en propose non plus initialement une définition. (C. cass., Rapport 2010, La Documentation française, 2011).

³⁸⁰ L'on pense ici à la répression administrative, civile ou pénale des fausses nouvelles, des diffamations, des publicités fausses ou de nature à induire en erreur.

³⁸¹ MBONGO (P.), *La régulation des médias et ses standards juridiques*, Paris, Éd. Mare & Martin, 2011, pp. 182-183.

a. La réaffirmation du pluralisme dans la communication numérique

202. Le Conseil constitutionnel a précisé que « le pluralisme des quotidiens d'information politique est en lui-même un objectif de valeur constitutionnelle, qu'en effet, la libre communication des pensées et des opinions, garantie par l'article 11 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen ne serait pas effective si le public auquel s'adressent ces quotidiens n'était pas à même de disposer d'un nombre suffisant de publications de tendances et de caractères différents : que l'objectif à réaliser est que les lecteurs qui sont au nombre des destinataires essentiels de la liberté proclamée à l'article 11 de la Déclaration de 1789, soient à même d'exercer leur libre choix sans que ni les intérêts privés ni les pouvoirs publics puissent y substituer leurs propres décisions ni qu'on puisse en faire l'objet d'un marché »³⁸². En application de ce principe le Conseil constitutionnel a estimé qu'il est nécessaire que des seuils de concentration maximale protègent efficacement le pluralisme de la presse³⁸³.

203. Sur internet le pluralisme des quotidiens d'information politique doit être protégé. Le numérique est devenu central pour plusieurs raisons, par exemple pour la gestion d'un électorat pendant les périodes de campagnes électorales. Les lois issues d'un trop grand autoritarisme de l'exécutif, et qui viseraient à rendre plus difficile le caractère pluraliste des courants d'expression socio-culturels sur internet pourraient être susceptibles d'une déclaration d'inconstitutionnalité aux droits et libertés fondamentaux par le Conseil constitutionnel³⁸⁴. Twitter avec les *tweets*, Facebook avec les publications, et les autres grands réseaux sociaux sont aujourd'hui les plus importants canaux pour l'existence du caractère pluraliste des courants socio-culturels. Une écrasante majorité des internautes français utilise les réseaux sociaux et consulte quotidiennement les pages d'informations sur internet. Les mots sur internet, les images et les vidéos sont tellement nombreux que la mise en place de filtres paraît difficile. Le fait d'effectuer, par une institution étatique, des filtrages

³⁸² Cons. const., n° 84-181 DC du 11 octobre 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*.

³⁸³ AGOSTINELLI (X.), DEBBASCH (C.), BOYER (A.), CAPORAL, (S.), DROUT (G.), FERRAND (J.-P.), ISAR (H.), LASSALLE (J.-Y.), MONDOU (C.), XAVIER (P.), VERGÉS (J.), *Droit des médias*, Paris, Éd. Dalloz Référence, 2002, pp. 14-17.

³⁸⁴ *Ibidem*

sur internet, ou d'utiliser des critères spéciaux pour surveiller les communications numériques de la population constituerait une grave mesure de restriction à la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socio-culturels.

b. La transparence du média numérique et le pluralisme
en tant que conditions de la démocratie

204. Les exigences de la transparence du média numérique. Les décisions du 11 octobre 1984³⁸⁵ et du 29 juillet 1986³⁸⁶ mettent en relief la relation qui unit la transparence et le pluralisme de la liberté affirmée par l'article 11 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen : en effet la transparence tend à renforcer un exercice effectif de la liberté de la presse en mettant les lecteurs à même de porter un jugement éclairé sur les moyens d'information. La décision du 18 septembre 1986, qui applique les principes de pluralisme et de transparence à la radio-télévision, établit dans le pluralisme et dans la transparence « une des conditions de la démocratie »³⁸⁷. C'est donc bien dans le cadre, et sur la base de l'article 11, expressément cité dans les décisions, que se situe l'adaptation du principe de la liberté d'expression aux données techniques et économiques de la société contemporaine. Le droit d'informer implique que toutes les personnes intéressées ont le droit de savoir, de connaître exactement quelle est l'entreprise qui les informe. Le principe de transparence exprime cette transparence du média numérique. Il signifie que l'entreprise de presse accepte que des tiers puissent connaître les éléments essentiels de son organigramme et de son fonctionnement. Le Conseil constitutionnel estime « qu'en effet, en exigeant que soient connus du public, les dirigeants réels des entreprises de presse, les conditions de financement des journaux, les transactions financières dont ceux-ci peuvent être l'objet, les intérêts de tous les ordres qui peuvent s'y trouver engagés, le législateur met les lecteurs à même d'exercer leur choix de façon vraiment libre, et à même de porter un jugement éclairé sur les moyens d'information qui leur sont offerts par la presse écrite »³⁸⁸. Les publications

³⁸⁵ Cons. const., n° 84-181 DC du 11 octobre 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*.

³⁸⁶ Cons. const., n° 86-210 DC du 29 juillet 1986, *Loi portant réforme du régime juridique de la presse*.

³⁸⁷ Cons. const., n° 86-217 DC du 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication*.

³⁸⁸ AGOSTINELLI (X.), DEBBASCH (C.), BOYER (A.), CAPORAL (S.), DROUT (G.), FERRAND (J.-P.), ISAR (H.), LASSALLE (J.-Y.), MONDOU (C.), XAVIER (P.), VERGÉS (J.), Paris, *Droit des médias*, Éd. Dalloz Référence, 2002, pp. 14-17.

auxquelles s'applique l'exigence de transparence sont toutes les publications écrites paraissant à intervalles réguliers. Le législateur ne fait pas de distinction entre les publications, pour lui toutes les publications écrites tombent sous le coup des dispositions légales et ce quelle que soit leur périodicité³⁸⁹. Il est essentiel que chaque récepteur de l'information connaisse exactement qui sont les véritables dirigeants de l'entreprise. C'est pourquoi il convient de porter à la connaissance des lecteurs dans chaque numéro : les noms et prénom du propriétaire ou du principal copropriétaire, la dénomination ou la raison sociale de la personne morale, le siège social, sa forme et le nom de son représentants légal. Il est de plus nécessaire de connaître le nom du directeur de la publication et celui du responsable de la rédaction. Ainsi, le lecteur peut identifier qui dirige l'entreprise éditrice et disposer du nom des principaux responsables au sens commercial, civil et pénal³⁹⁰.

§ 2. La neutralité d'internet : un principe structurant

205. La neutralité d'internet est un principe structurant qui bénéficie aux citoyens dans le monde numérique, propre à son fonctionnement, ou relatif à sa gouvernance et à son architecture³⁹¹. La liberté de communication des pensées et des opinions qui est protégée par le Conseil Constitutionnel³⁹², perdrait tout son sens sur un réseau internet volontairement faussé ou inexact. Comment savoir si lorsqu'on écrit un texte celui-ci sera bien reçu et sans modifications par le récepteur final ? Si internet reste neutre, que tous les internautes consultent le même internet, alors tout le monde voit un texte tel qu'il a été publié par son auteur. Lorsque le réseau n'est plus neutre, il n'y a aucun moyen de savoir ce que reçoit l'interlocuteur. Par conséquent sur un réseau qui n'est pas neutre, il n'est pas possible d'exprimer librement sa pensée, et donc l'exercice réel de cette liberté est anéanti. Le principe de la neutralité d'internet est à l'origine du développement d'un système numérique sans discriminations, favorable à la liberté de communication et à l'accès à l'information.

³⁸⁹ Périodicité annuelle, mensuelle, quotidienne...

³⁹⁰ Au-delà de l'importance de cette transparence pour d'évidentes raisons d'indépendance et de neutralité, ces informations permettent à un éventuel individu ou à une catégorie d'individus s'estimant avoir été diffamées ou injuriées, de pouvoir porter plainte contre une personne spécifique devant le juge.

³⁹¹ TÜRK (P.), « La citoyenneté à l'ère du numérique », *RDP*, 2018, p.623.

³⁹² Cons. const., n° 2009-580 DC du 10 juin 2009.

206. Internet est l'avancée technique qui, au XXI^{ème} siècle a permis l'exercice revisité de la liberté de communication. Dans la décision *Hadopi 1* le juge constitutionnel a estimé que la mesure de privation de la liberté de communication ne peut être décidée que par un magistrat relevant de l'autorité judiciaire, et donc dans le cadre d'une procédure judiciaire³⁹³. Le Conseil constitutionnel dans sa décision n'aborde pas la nécessité de la neutralité du réseau³⁹⁴. Quand on parle, en face à face, on sait que ce qui est dit est vraiment dit. S'il vient se glisser dans la discussion un interprète, la question de la confiance se pose. L'intermédiaire, dans cet échange, n'est acceptable que si les deux interlocuteurs lui font entièrement confiance. On dit alors que le réseau est neutre quand il joue le rôle d'un intermédiaire réussissant à transporter le message sans le modifier³⁹⁵. La neutralité des réseaux est importante autant que le réseau lui-même. Néanmoins, cela ne veut pas dire qu'il ne faudrait jamais filtrer le réseau, mais simplement que ce n'est pas au réseau de le faire. Par exemple, de mon propre gré je peux très bien décider de filtrer les messages et mails indésirables, décider de ne pas les lire et les archiver dans le dossier des *spam*. Par conséquent on étudiera l'atteinte à la communication numérique par la violation du principe de la neutralité d'internet (A), afin de démontrer la nécessité de la défense de la neutralité (B).

A – L'atteinte aux communications numériques par la violation du principe de neutralité d'internet

207. Tim Wu, le concepteur du principe de neutralité d'internet. Selon Tim Wu de la *Columbia University* : la notion de « neutralité d'internet » est le principe du traitement égal de tous les flux de données sur internet³⁹⁶. Le principe de neutralité est l'une des bases fondatrices techniques d'internet. La neutralité d'internet est le principe selon lequel les fournisseurs d'accès à internet doivent exclure toute forme de discrimination et de

³⁹³ On constate que l'autre conséquence de la décision *Hadopi 1* est la présomption d'innocence, qu'il faudra des preuves de la matérialité des faits pour condamner un internaute et que donc le juge sera requis.

³⁹⁴ *Ibidem*

³⁹⁵ BAYART (B.), « La neutralité du réseau et la bataille HADOPI », *Revue électronique Libro Veritas*, <http://www.inlibroveritas.net/>, 2009.

³⁹⁶ WU (T), *Journal of Telecommunications and High Technology Law*, Columbia University - Law School, 2003, Vol. 2, p. 141.

manipulation³⁹⁷ dans la transmission des flux d'informations³⁹⁸. La neutralité d'internet n'est pas, en elle-même, une liberté fondamentale au sens juridique. Mais c'est un élément juridique important, essentiel, parce que sur cette neutralité sont adossées des libertés fondamentales³⁹⁹. Après la Seconde Guerre mondiale, le Conseil National de la Résistance avait déjà proclamé la neutralité de la correspondance à appliquer à La Poste. Au XXI^{ème} siècle la neutralité est une condition essentielle pour un traitement homogène d'internet (1) mais paradoxalement elle implique des risques (2).

1) La neutralité, une condition essentielle pour le traitement homogène d'internet et des communications

208. La neutralité assure un traitement homogène par tous les fournisseurs d'accès à internet. La création d'une obligation constitutionnelle interdisant toute atteinte à la neutralité structurelle d'internet impliquerait pour l'État et pour les fournisseurs d'accès à internet de ne jamais bloquer ni ralentir l'accès aux sites, ni de mettre en place des traitements préférentiels en fonction des utilisateurs. Les câbles numériques du Web, gérées par les fournisseurs d'accès, doivent transporter tous les contenus de la même façon. La neutralité du Web est le principe selon lequel les câbles numériques « n'ont pas d'opinion ». En pratique, cela veut dire qu'il est possible d'accéder aussi facilement au journal Web d'une chaîne d'information en continu, à un site spécifique ou visionner un documentaire en *streaming*. Or, comme il y a de plus en plus d'images, de vidéos, de sons, de textes, le débit des canaux de communication devient insuffisant. Ce problème technique d'insuffisance de débit des canaux de communication peut apparaître comme sans grandes répercussions sur la liberté de communication, toutefois les FAI peuvent se poser la question de faire plus que « transporter » simplement les informations. Les fournisseurs d'accès à internet, qui ont développé et augmenté les capacités des câbles numériques à leurs frais, aimeraient bien ne plus être les seuls à le faire. Ils pourraient alors imaginer de briser la neutralité d'internet

³⁹⁷ Aucune discrimination en fonction de la nature ou du contenu de l'information ne doit être autorisée. Toute pratique tendant à une discrimination en fonction de la nature ou du contenu de l'information doit être sanctionnée.

³⁹⁸ CASTETS-RENARD (C.) *Droit de l'internet : droit français et européen*, Paris, Lextenso éd., 2014, pp. 482-486.

³⁹⁹ Notamment les libertés d'expression et de communication des pensées et des opinions, protégées aux articles 10 et 11 de la DDHC.

pour des intérêts financiers. Pour eux une des solutions, c'est de faire payer plus ceux qui souhaitent bénéficier de plus de rapidité sur internet, ou conclure des contrats avec des producteurs de contenus, qui en payant bénéficieraient d'un acheminement de qualité supérieure. Autrement dit, ceux qui auraient des intérêts spécifiques ou la possibilité de payer de façon plus conséquente pourraient atteindre les internautes et faire passer leur message plus facilement et rapidement. Ces possibilités démontrent que comme tout principe, le principe de la neutralité d'internet peut être mis en danger. Selon l'analyse de Tim Wu, les États européens pourraient se retrouver dans une situation d'assujettissement face aux services américains, si des règles en matière de neutralité du réseau ne sont pas adoptées. Il propose de renverser cette tendance en créant ce principe de neutralité qui permettrait de contrôler les fournisseurs d'accès à internet. Aux États-Unis, préférant un contrôle se basant plutôt sur des principes que sur une définition générale de la neutralité d'internet, la *Federal Communication Commission* américaine a proposé une régulation d'internet reposant sur la transparence, l'interdiction du blocage, l'absence de discrimination et la correcte gestion du réseau. Le principe de la neutralité du réseau est devenu un des principaux objectifs des défenseurs de la liberté sur internet, leur objectif est de donner une valeur légale, si ce n'est une valeur constitutionnelle à ce principe afin de le rendre juridiquement contraignant et permettre une meilleure protection des internautes⁴⁰⁰. En somme, le principe de la neutralité d'internet correspond à dire que toute discrimination ou modification non nécessaire à l'égard de la provenance ou de la substance de l'information transmise sur internet doit être exclue⁴⁰¹. On assiste à une exigence de régulation constitutionnelle de l'espace numérique (b) et plus spécifiquement de la neutralité d'internet (b).

a. La régulation constitutionnelle de l'espace numérique

209. La place du juge constitutionnel. Source de règles devenues essentielles dans le secteur des communications numériques, la régulation se décline en de multiples pratiques, de la co-régulation à l'autorégulation, en passant par la régulation « quasi règlementaire » imposée par l'État aux opérateurs. Comme l'expose Marie-Charlotte Roques-Bonnet : « encouragées par l'Union européenne, la dérèglementation et la privatisation des

⁴⁰⁰ TEYSSIE (B.) *La communication numérique, un droit, des droits*, Paris, Éd. Panthéon Assas 2012, p. 626.

⁴⁰¹ BAYART (B.), « La neutralité du réseau et la bataille HADOPI », *Revue électronique Libro Veritas*, <http://www.inlibroveritas.net/>, 2009.

télécommunications avaient guidé la France, dès les années 90⁴⁰², vers un marché concurrentiel des communications électroniques »⁴⁰³. Il s'agissait d'assurer par un autre décideur que le Gouvernement la protection d'une liberté publique ou des droits individuels dans un domaine nouveau et sensible, et d'associer les professionnels à la définition de règles de comportement dans des matières techniques qui supposent pour être crédibles, de recevoir l'adhésion des acteurs économiques. Le Conseil constitutionnel est depuis la décision *Liberté d'association* de 1971 toujours présent pour garantir les droits fondamentaux, aujourd'hui il continue ce rôle qu'il s'est lui-même attribué, en matière de droits fondamentaux numériques⁴⁰⁴. Par exemple en affirmant l'importance de la libre communication sur internet depuis la décision *Hadopi 1* et en exigeant une proportionnalité en cas de violation de la vie privée avec les surveillances des communications numériques liées aux risques terroristes djihadistes.

b. La régulation constitutionnelle de la neutralité d'internet

210. Marie-Charlotte Roques-Bonnet souligne que : « Face à un réseau électronique évolutif, les normes applicables ne sont pas seulement législatives et règlementaires ». La régulation constitutionnelle doit être comprise comme un mode d'ajustement permanent entre les intérêts concurrentiels et sectoriels, entre l'intérêt individuel et l'intérêt général. Fonction fondamentale, la régulation constitutionnelle pourrait maintenir l'équilibre entre la permanence des droits fondamentaux et les nouveaux défis du numérique⁴⁰⁵. En effet, le droit, notamment constitutionnel doit nécessairement intégrer cette notion de régulation des communications numériques. Face à l'environnement numérique, technique, complexe et évolutif, la régulation d'internet est polymorphe, et manque encore de neutralité.

2) Les risques de la neutralité d'internet

⁴⁰² Cf. notamment la Loi n° 96-659 du 26 juillet 1996, loi de réglementation des télécommunications.

⁴⁰³ TEYSSIÉ (B.) *La communication numérique, un droit, des droits*, Paris, Éd. Panthéon Assas 2012, p. 556.

⁴⁰⁴ Cons. const., n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association.

⁴⁰⁵ ROQUES-BONNET (M.-C.), *Le droit peut-il ignorer la révolution numérique ?*, Paris, Éditions Michalon, 2010, p. 454.

211. La condition de neutralité d'internet est un principe fondateur des communications sur internet. Néanmoins, certaines atteintes à la neutralité d'internet peuvent être justifiées⁴⁰⁶. La neutralité d'internet est aujourd'hui menacée par l'évolution des pratiques parfois douteuses, effectuées par les principaux opérateurs privés des communications numériques (**a**) et par l'augmentation du trafic (**b**). L'exigence de neutralité fait l'objet d'un débat de reconnaissance juridique mais au XXI^{ème} siècle il paraît nécessaire de hausser sa réglementation et sa protection au plus haut rang, celui constitutionnel.

a. L'atteinte à la neutralité d'internet par les sociétés commerciales

212. Internet a été conçu comme un *open space* basé sur une architecture décentralisée. Certains fournisseurs d'accès à internet peuvent être tentés de définir leurs propres règles. Les sociétés des FAI qui sont celles qui ont le plus de pouvoir et de contrôle sur ce qui est échangé sur internet, pourraient envisager de distordre ce qui se produit sur internet en donnant l'avantage à certains acteurs économiques ou étatiques⁴⁰⁷, ou au meilleur offrant. Il semble donc nécessaire de mettre en place un système qui permette de contrôler, de surveiller et le cas échéant de corriger le comportement des fournisseurs d'accès à internet et des opérateurs téléphoniques. L'exigence de neutralité d'internet prend sa source directement dans la dynamique de libéralisation des fournisseurs d'accès à internet qui a eu lieu au début des années 2000 aux États-Unis. En droit européen, bien qu'il n'existe pas une définition établie de la neutralité d'internet, l'article 8 de la directive cadre de 2002⁴⁰⁸ exige des autorités réglementaires nationales qu'elles protègent les intérêts des citoyens de l'Union européenne en favorisant la capacité de l'utilisateur final à accéder à l'information. Il peut ainsi utiliser les applications et les services de son choix. L'article 8 de la même directive cadre impose aux autorités réglementaires nationales de promouvoir « la concurrence dans la fourniture réseaux de communications électroniques, des services de communications

⁴⁰⁶ Notamment à cause de motifs techniques ou à la manutention.

⁴⁰⁷ Voir *infra* le tableau en annexe n° 1, les taux de pourcentages dans le graphique sont relatifs aux visiteurs mensuels des majeurs sites internet en 2015 en France. Ces chiffres font apparaître le grand nombre d'internautes qui utilisent internet pour effectuer d'importantes activités quotidiennes auparavant non réalisables *via* le numérique comme les communications privées et professionnelles et tout type d'achats.

⁴⁰⁸ Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive-cadre).

électroniques et des ressources et services associés, en veillant à ce que la concurrence ne soit pas faussée ni entravée dans le secteur des communications électroniques, y compris pour la transmission de contenu ». À défaut de définition explicite consacrée dans les directives européennes, plusieurs autorités réglementaires nationales comme l’Autorité de régulation des communications électroniques et des postes ont utilisé une traduction du concept de Tim Wu de la *Columbia Law School*, pour définir la neutralité du net comme « le principe selon lequel un réseau public d’utilité maximale aspire à traiter tous les contenus, sites et plateformes de la même manière, ce qui lui permet de transporter toute forme d’information et d’accepter toutes les applications »⁴⁰⁹.

213. La vente de données personnelles à des fins publicitaires. Aux États-Unis, en 2016 le secteur des câblo-opérateurs a mené une intense campagne de lobbying afin de faire adopter un projet de loi autorisant les fournisseurs d’accès à internet à revendre à des fins publicitaires les données personnelles de leurs abonnés, comme l’historique de navigation et de géolocalisation, sans avoir besoin d’obtenir leur accord au préalable⁴¹⁰. Leur action était appuyée par l’industrie de la publicité, mais aussi par Google et Facebook qui redoutaient d’être visés par des contraintes plus strictes. Sous la présidence de Barack Obama, la *Federal Communications Commission* avait renforcé la régulation. Il avait notamment adopté en 2015 un cadre réglementaire garantissant la neutralité d’internet, qui prévoit notamment une égalité de traitement entre tous les acteurs du web. L’absence de la neutralité d’internet pourrait déboucher sur la création de « voies prioritaires » qui permettraient aux fournisseurs d’accès de facturer les gros consommateurs de bande passante, par exemple les plates-formes de vidéos pour leurs assurer une vitesse de connexion optimale. De manière plus générale la *Federal Communications Commission* (FCC) prône une dérégulation plus grande du marché, visant à supprimer toutes les règles qui limitent l’investissement, l’innovation et la création d’emplois. En effet, en janvier 2017, la FCC a enterré un projet devant permettre aux ménages américains d’accéder aux chaînes câblées sans avoir à louer « une box » auprès de leurs câblo-opérateurs. Successivement il a aussi mis un terme à une enquête sur les pratiques dites « *zero rating* » des opérateurs

⁴⁰⁹ La définition de Tim Wu est très pragmatique et reste très générale, ce qui lui permet d’être encore d’actualité.

⁴¹⁰ MARIN (J.), « Aux États-Unis, la dérégulation des télécoms est en marche », Paris, Médias & Pixels, article du journal *Le Monde*, 25.03.2017.

mobiles qui offraient à leurs abonnés des services de *streaming* sans décompter les données de leurs forfaits. Ces pratiques remettent en cause la neutralité d'internet, car elles favorisent certains services au détriment de leurs concurrents⁴¹¹.

b. L'augmentation du trafic des communications source
d'atteinte à la neutralité d'internet

214. En vingt ans, la communication numérique et par voie de conséquence le trafic sur internet, ont connu une grande croissance. Premièrement sous l'effet du développement des simples communications numériques tels les mails, puis des images et vidéos. L'accès à internet est généralement obtenu grâce à un fournisseur d'accès à internet (FAI). Les FAI sont des organismes dont leur rôle est de raccorder les citoyens à internet et d'acheminer les contenus, tout comme il est du rôle de la poste de relever les boîtes aux lettres et d'acheminer le courrier à destination. Les FAI sont « La poste »⁴¹² de l'ère numérique mais aujourd'hui dans une logique néo-libérale ils sont tentés d'outrepasser ce rôle de facteur, en développant un modèle économique fondé sur une gestion discriminatoire du trafic et de violer le principe de la neutralité d'internet.

215. Internet à deux vitesses. Agitant la menace d'une saturation des réseaux par l'essor de services particulièrement gourmands en données échangées, comme les vidéos, les FAI souhaitent notamment faire le tri parmi les contenus qu'ils acheminent, et donc instaurer un internet à deux vitesses. Internet a été construit grâce à de nombreuses avancées technologiques. Or les créateurs des applications dans le futur risquent de devoir payer et demander la permission aux opérateurs déjà présents pour obtenir une priorité normale. De plus, tout type de filtrage et donc l'atteinte à la neutralité d'internet pourrait être requise par les hommes et femmes politiques ou par les lobbys industriels pour des motifs (il)légitimes, comme la lutte contre le terrorisme, la pédopornographie, pour des d'intérêts électoraux ou commerciaux. Le risque dans le futur est que les opérateurs utilisent des outils de surveillance pour contrôler les contenus des messages envoyés, les ralentir ou nous soumettre à des obligations de paiements supplémentaires. Certains messages et contenus

⁴¹¹ MARIN (J.), « Aux États-Unis, la dérégulation des télécoms est en marche », Paris, Médias& Pixels, article journal Le Monde, 25.03.2017.

⁴¹² Cf. la société *La poste*.

risqueraient d'être contrôlés et éventuellement censurés. Il semble aujourd'hui impossible si ce n'est en violant le secret des correspondances, que le facteur puisse de manière systématique ouvrir notre courrier pour vérifier la légalité de son contenu⁴¹³. D'une part, les opérateurs d'un internet « civilisé » prônent une réglementation internationale au motif de répondre à une explosion des trafics divers et au fléau avancé du piratage, de la pédophilie et du terrorisme... D'autre part, les défenseurs de la neutralité d'internet, tel qu'on le connaît aujourd'hui, se mobilisent pour empêcher qu'une poignée d'opérateurs obtiennent son contrôle. Chaque citoyen a son rôle à jouer pour préserver cet espace libre, ouvert et innovant.

B – La nécessité de la défense de la neutralité d'internet

216. La neutralité d'internet a une valeur déterminante dans la liberté d'expression et de communication (1) en effet, la neutralité de l'opérateur « transportant une correspondance » permet le traitement égalitaire des internautes (2).

1) La valeur déterminante de la neutralité d'internet

217. Le respect du principe de neutralité favorise la démocratie revisitée à l'ère du numérique. Contrairement à la télévision ou à la radio où l'accès et la participation citoyenne est relativement limitée, internet permet à chaque citoyen-internaute de s'informer et de s'exprimer. La neutralité des réseaux permet donc de favoriser la liberté d'expression, la liberté d'information, de communication, ainsi que le pluralisme des courants de pensées, principes fondamentaux de la démocratie. En effet, à l'exception de certaines restrictions légales telles que celles concernant la diffamation, l'injure, le racisme, toutes les opinions sont libres de s'exprimer de manière égale et disposent des mêmes canaux de diffusion. De même, la réception de ces informations est facilitée puisque le coût relativement faible d'un équipement internet a permis à chacun, notamment en France, d'avoir accès au réseau et à son contenu de manière relativement égalitaire. Le principe de neutralité se traduit par le maintien d'un accès à un internet ouvert et protégé ce qui implique une liberté de choix par les utilisateurs des appareils numériques et un contrôle des accords commerciaux des

⁴¹³ Exception faite pour des raisons de sécurité publique.

gestionnaires des *data bases* qui gèrent les données, le débit et les tarifs. La loi pour une République numérique a permis d'apporter des avancées législatives concernant la neutralité d'internet (a) et en matière d'égalité de traitement des utilisateurs d'internet (b).

a. Les apports de la loi pour une République numérique concernant la neutralité d'internet

218. La Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, et l'attribution à l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes de la fonction de contrôle de la neutralité d'internet. Depuis la promulgation le 7 octobre 2016 de la loi pour une République numérique le principe de neutralité d'internet interdit aux pouvoirs publics ou aux professionnels gestionnaires des services des communications d'aller à l'encontre de la neutralité d'internet. La loi pour une République numérique inscrit dans la législation française le principe de neutralité d'internet et elle garantit la non-discrimination de l'accès au réseau en fonction des services. Concrètement les opérateurs ne doivent pas, par exemple, offrir un internet plus lent à certains clients, et un débit plus rapide à d'autres pour accéder à un même service à partir d'une même offre. Un des principaux apports de la loi pour une République numérique est d'avoir attribué à l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes le rôle de veiller au respect de la neutralité d'internet. Cette Autorité se voit attribuer des moyens juridiques nécessaires à son action, dont notamment un pouvoir de sanction. Notons que son rôle est particulièrement délicat, en effet, en dépit des évolutions techniques développées par les opérateurs afin de permettre un accès de qualité aux sites internet pour chacun des abonnés, les opérateurs sont parfois dans l'obligation de « gérer le trafic » pour éviter des embouteillages. Le problème est que cette gestion peut conduire les opérateurs à ralentir l'accès à certains sites jugés par eux arbitrairement non prioritaires. Si cette pratique est effectuée par la plupart des fournisseurs d'accès à internet, cette gestion des réseaux n'est souvent pas transparente et risque d'être employée comme un moyen de pression contre certains fournisseurs de contenus afin, par exemple, de les inciter à rémunérer les opérateurs. Pour justifier leurs positions, les opérateurs de télécommunications soulignent que l'augmentation du contenu du réseau leur demande des investissements financiers importants et qu'il serait juste que les fournisseurs de contenus (Google, Amazon, Facebook, Twitter, Yahoo, qui font des bénéfices grâce à l'accès au réseau, participent financièrement à ces investissements. A

contrario, la majorité des fournisseurs de contenus estiment participer de façon suffisante à l'économie du secteur étant donné que grâce aux contenus qu'ils créent, les opérateurs obtiennent l'augmentation du nombre d'abonnés et que par conséquent ils n'ont pas à participer aux financements. L'ennui de cette argumentation est que les fournisseurs de contenus pourraient ne pas être les seuls à devoir contribuer financièrement, les internautes risqueraient de se voir également sollicités pour participer aux dépenses liées au réseau.

b. Le nécessaire maintien de l'égalité de traitement entre les utilisateurs d'internet

219. Les risques de la possibilité de fausser l'égalité de traitement entre utilisateurs.

L'absence de la neutralité du web a comme conséquence de donner la possibilité aux opérateurs de proposer des abonnements dont le prix serait en fonction de la qualité du débit et le type de site consulté. Si l'internaute s'acquitte d'une somme plus importante, il bénéficie d'un service de meilleure qualité. Internet tel qu'on le connaît actuellement pourrait décliner au bénéfice d'un internet « à plusieurs vitesses ». La neutralité devrait devenir dans toutes les démocraties modernes un principe structurant du droit numérique. Il s'agit de s'assurer que des personnes physiques ou morales se trouvant dans une situation similaire soient traitées de façon similaire. Ce principe pourrait s'appliquer dans tous les domaines du numérique, notamment social et économique. Affirmer que ce principe est intégralement nouveau et inconnu du secteur des communications est erroné. Dans le domaine des communications, ce principe est au contraire ancien et fondamental. Le principe de neutralité serait une des formes issues du principe d'égalité.

220. La loi pour une République Numérique porte une ambition originale à de nombreux points de vue. Issue en partie d'une consultation populaire réalisée en ligne, elle a initié une nouvelle méthode d'élaboration des lois dont on espère de nouveaux exemples. Sur le fond, les innovations de la loi sont à la hauteur des attentes exprimées par le public. Elle adapte des domaines très variés du droit positif à la réalité numérique, en ayant à la fois le souci de renforcer la protection des droits des personnes et de démocratiser l'accès à certains contenus. Qu'il s'agisse de l'ouverture des données publiques, du droit à l'oubli des mineurs, de la diffusion des travaux scientifiques, ou encore du statut des compétitions de jeux vidéo, la loi adapte le cadre juridique existant à de nouvelles pratiques et de nouveaux besoins. Cette diversité rejaillit sur les nombreuses branches du droit impactées par la loi :

droit des données personnelles, droit de la propriété intellectuelle, droit du sport, droit administratif⁴¹⁴.

2) La neutralité de l'opérateur transportant une correspondance

221. Le vecteur d'une correspondance privée doit être neutre par rapport au contenu transporté. Il y a des éléments fondamentaux qui composent la neutralité du réseau, le réseau lui-même ne devrait jamais altérer le contenu et les altérations doivent uniquement être effectuées en périphérie du réseau. Allant au-delà de la seule correspondance privée, la loi Léotard⁴¹⁵ précise la liberté de la communication au public : « toute information destinée au public doit pouvoir être acheminée librement sur tous les réseaux, sous réserve d'exceptions, limitativement énumérées par la loi ». Le Conseil constitutionnel par sa décision du 10 juin 2009⁴¹⁶, a donné une valeur constitutionnelle au droit d'accès à internet pour tout individu, ce qui lorsqu'on effectue une interprétation par déduction pourrait inclure un libre accès égal et neutre, qui serait primordial pour le bon fonctionnement de la société civile et de l'économie dans le monde virtuel du XXI^{ème} siècle.

222. L'internaute doit être le seul à pouvoir choisir de filtrer ses communications numériques. C'est le destinataire qui trie le courrier intéressant du courrier inutile, pas le gestionnaire du réseau. Pour illustrer ceci l'exemple de la liberté d'accès à l'information est important. En effet, tant que le réseau est neutre, chacun peut être confiant dans les informations qu'il lit sur internet. Cependant on est conscients de l'existence des *fake news* et des théories du complot sur internet, en effet toutes les informations qu'on trouve sur le réseau ne sont pas justes. Le magistrat peut difficilement, même lorsqu'il est saisi en référé, en 48 heures, juger de la véracité d'une nouvelle information comme le prévoit la loi contre la manipulation de l'information dans les réseaux sociaux. Les plateformes devraient promptement supprimer les fausses informations. Cependant l'internaute devrait avoir la

⁴¹⁴ Colloque « Regards croisés sur la loi pour une République numérique », Aix en Provence, 23 février 2017.

Table ronde, « Regards croisés sur la loi pour une république numérique », Institut de recherche et d'études en droit de l'information et de la communication, Aix-en-Provence, jeudi 23 février 2017, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille.

⁴¹⁵ Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 *loi relative à la liberté de communication (Loi Léotard)*.

⁴¹⁶ Cons. const., n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*.

certitude de savoir que l'information qu'il reçoit est bien celle qui a été émise. Si le réseau n'est pas neutre, comment savoir si le texte est bien le fruit de la pensée de son auteur, ou s'il a été modifié par un intermédiaire ? Si je ne peux plus avoir confiance dans le numérique, alors je ne peux plus avoir confiance dans l'information qui est dessus.

223. Les entorses à la neutralité du réseau sont souvent réalisées par les opérateurs utilisant une position dominante pour évincer d'éventuels concurrents⁴¹⁷.

Sur un réseau neutre n'importe quel utilisateur d'internet peut proposer n'importe quel service, et peut donc, sans moyens financiers ou techniques particuliers, développer et créer des nouvelles activités. Sur un réseau non-neutre, cette liberté n'est plus réalisable. Les systèmes économiques qui proviennent d'un réseau non-neutre peuvent avoir comme conséquence d'éviter l'investissement ou avoir tendance à le réserver aux acteurs déjà présents. Notons que si la neutralité du réseau n'est pas une liberté en elle-même, elle est essentielle pour pouvoir garantir toutes les autres libertés⁴¹⁸. La neutralité d'internet est un des points centraux de l'exercice des droits fondamentaux dans le monde numérique et l'ARCEP est actuellement sa garante. L'ARCEP a comme mission de contrôler et de sanctionner les mauvaises pratiques des fournisseurs de services en ligne en matière de gestion de trafic. Avec la loi numérique de 2016⁴¹⁹, l'État facilite le déploiement du très haut débit et renforce notamment les pouvoirs du régulateur, l'Autorité de régulation des communications électronique et des postes. Cette autorité est devenue la garante de la neutralité d'internet. Effectivement la technicité du domaine numérique rend nécessaire qu'une autorité soit spécifiquement compétente. Dans cette logique et comme le souligne Olivier Le Bot l'autorité régulatrice, l'ARCEP peut mettre en demeure l'opérateur s'il existe un risque qu'il ne respecte pas ses obligations en matière de neutralité⁴²⁰.

⁴¹⁷ Ces atteintes pourraient être effectuées sur demande des dirigeants d'un État. V. l'exemple gabonais pendant l'élection présidentielle de 2016.

⁴¹⁸ ROMAN (D.), HENNETTE (S.), *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, 2013, 756 p.

⁴¹⁹ Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique.

⁴²⁰ LE BOT (O.), « Pouvoir de sanction des AAI : première censure pour violation des principes d'indépendance et d'impartialité », Paris, *Constitutions*, 2013, pp. 437-438.

Section II : La limitation des atteintes à l'inviolabilité du secret des correspondances émises par la voie des communications numériques

224. Le secret des correspondances et le respect de la vie privée. Le respect de la vie privée est introuvable dans la Constitution de 1958, avec de l'imagination on peut le découvrir dans la Déclaration de 1789, à travers la référence à la liberté. Sa protection est ainsi confrontée, aujourd'hui, aux difficultés d'ordre technique et juridique. Elle doit aussi être conciliée avec le droit à la communication et d'expression ou à l'information. D'autant que : « les progrès récents des sciences et des NTIC, ont rendu les communications entre les hommes plus nombreuses, plus faciles et plus rapides, et ont eu pour contrepartie de faire naître de graves menaces pour le secret de leur vie privée »⁴²¹. Il s'agit de se demander quelle est la place des correspondances privées dans le droit constitutionnel. Le caractère privé et secret des correspondances, principe qui découle de l'article 9 du Code civil⁴²². La correspondance privée existe lorsque le message est exclusivement destiné à une ou plusieurs personnes, physiques ou morales, déterminées et individualisées. En pratique, à l'ère du numérique, cette définition traditionnelle s'applique aujourd'hui aux courriers électroniques, à la messagerie instantanée, aux listes de discussions, lorsque la détermination des destinataires est possible de manière sûre et précise, en fonction de certains éléments, préalablement vérifiés, ou encore aux échanges sur les profils ou moyens de communication privés des réseaux sociaux, tels : Facebook, Whatsapp, Instagram. Ce droit qui initialement était uniquement formulé pour les courriers postaux est à l'ère du numérique applicable aux communications électroniques⁴²³. Le principe juridique du caractère privé et secret des correspondances est susceptible d'être législativement limité. Par conséquent, le Conseil constitutionnel le consacre tout en autorisant des dérogations.

⁴²¹ KAISER (P.), *La protection de la vie privée par le droit*, Paris, Economica, 1995, pp. 220-221.

⁴²² La correspondance privée est protégée par le droit du secret et sa violation est punie par la loi.

⁴²³ L'article L. 801-1 du Code de la sécurité intérieure dispose que : « le secret des correspondances émises par la voie des communications électroniques est garanti par la loi ». Le principe de confidentialité des correspondances électroniques est également rappelé à l'article L. 32-3 du Code des postes et des communications électroniques. Il est ainsi précisé que les opérateurs de réseaux de communications électroniques et les membres de leur personnel, ainsi que les fournisseurs de services de communication au public en ligne permettant à leurs utilisateurs d'échanger des correspondances et les membres de leur personnel sont tenus à une obligation de secret.

225. Les mails utilisés dans le cadre du travail. Selon une jurisprudence constante notamment depuis l'arrêt Nikon⁴²⁴, ces mails sont présumés professionnels et donc accessibles au contrôle de l'employeur. Dans la mesure où l'employeur met à la disposition des salariés des outils de communication, le droit français présume que toute communication qui est menée est de nature professionnelle, et ceci induit plusieurs conséquences. D'une part, l'employeur peut contrôler les flux des communications, l'usage qui en est fait et peut accéder au contenu des communications. Toutefois, pour accéder au contenu des communications il doit respecter certaines conditions, tout d'abord la CNIL impose que l'employeur informe les salariés de la possibilité qu'il se réserve d'accéder au contenu des communications, d'autre part l'employeur ne doit accéder au contenu des communications qu'à la condition qu'ils n'existent pas d'autres moyens moins intrusifs pour parvenir à l'objectif recherché conformément à l'arrêt du 5 septembre 2017 de la Cour EDH, *Barbulescu c/ Roumanie*⁴²⁵. Enfin l'employeur ne peut avoir accès aux correspondances privées des salariés. On pourrait supposer que le destinataire du message donnera une réponse sur le caractère privé ou non, par exemple le contenu serait privé si le destinataire est une personne de la famille, et *a contrario* il serait professionnel parce-que le destinataire est un collègue, un client, un fournisseur. En réalité, la règle retenue c'est celle qui a été posée par la Cour de cassation avec l'arrêt Nikon, concrètement l'employé doit écrire : « privé ou personnel », dans l'objet de son mail pour que l'employeur sache, s'il s'avisait de vérifier, que le contenu des correspondances est privé et qu'il n'a pas le droit d'y accéder. Cependant il faut savoir que l'employeur peut tenter d'accéder à ces communications privées sous certaines conditions : soit en demandant une autorisation à un magistrat, soit en le faisant en présence du salarié.

226. La distinction de deux cas de figure : contentieux et non contentieux. Dans le cas non contentieux, où le salarié n'a pas de problèmes avec son employeur mais qui a des doutes sur les pratiques de l'employeur quant à l'accès au contenu de sa messagerie, ce salarié peut saisir la CNIL, et la CNIL le cas échéant engagera une enquête et vérifiera quelles sont les pratiques de l'employeur en la matière. Le cas de figure plus problématique est celui contentieux, si un salarié fait l'objet de mesures disciplinaires à raison du contenu de ses

⁴²⁴ Cass. soc., 2 octobre 2001, *Nikon*, C'est l'employé qui identifie une correspondance privée comme telle.

⁴²⁵ Cour EDH, gr. ch., 5 septembre 2017, *Barbulescu c. Roumanie*, n° 61496/08.

mails par exemple, il pourra, devant le Conseil des Prud'hommes, d'une part contester la recevabilité de la preuve, étant précisé le fait que les salariés n'étant pas prévenus que l'employeur accède aux contenus n'est pas en soi un motif d'irrecevabilité. D'autre part, le deuxième recours possible est de déposer plainte, puisque l'accès par toute personne à une correspondance privée est puni par la loi⁴²⁶. Lorsqu'on analyse la jurisprudence du Conseil constitutionnel et le bloc de constitutionnalité on constate que le Conseil constitutionnel souligne l'importance qu'il donne à la libre communication lors du contrôle de constitutionnalité des lois sur la surveillance des correspondances en ligne, notamment depuis la loi sur le renseignement de 2015 (§ 1), tout en affirmant de façon nuancée le secret des correspondances (§ 2).

§ 1. Le contrôle de constitutionnalité des lois sur la surveillance des correspondances en ligne

227. Aujourd'hui la question de la conciliation de la libre communication avec l'ordre public nécessite indiscutablement une réflexion différente. En effet, les nouveaux dangers liés au terrorisme pèsent sur la société française, une surveillance renforcée des communications devient dès lors indispensable. L'adoption de la loi sur le renseignement de 2015, instaurant une quasi surveillance de masse, met en lumière une conception des droits et des libertés non extensives qui est traditionnelle à la jurisprudence du Conseil constitutionnel. La spécificité du contrôle de constitutionnalité des lois sur la surveillance des correspondances en ligne implique la nécessité pour les services de l'État de pouvoir continuer à protéger l'impératif de recherche des auteurs d'infractions mais nécessite la protection de certains droits fondamentaux **(A)** permettant d'éviter la collecte massive des données personnelles issues de la surveillance de masse **(B)**.

⁴²⁶ HAMELLE (A.), « Correspondances électroniques », site internet YouTube, chaîne LexisNexis France, interview vidéo, 25 septembre 2017, en ligne sur <https://www.youtube.com/watch?v=-u3mDYtjFFk>

A – La décision de non-conformité partielle de la loi sur le renseignement de 2015

228. La censure des dispositions sur la surveillance internationale. Le 23 juillet 2015 le Conseil constitutionnel a rendu une décision de non-conformité partielle concernant la loi sur le renseignement de 2015⁴²⁷. Cette décision est intervenue dans la même logique que les avis des associations de défense des libertés, notamment numériques. Le Comité des droits de l'homme des Nations unies s'était aussi montré contre l'adoption de cette loi. Le Comité des droits de l'homme des Nations unies estimait que cette loi octroie des pouvoirs excessivement larges de surveillance très intrusive aux services de renseignement sur la base d'objectifs vastes et peu définis, sans autorisation d'un magistrat et sans mécanisme de contrôle adéquat et indépendant⁴²⁸. Le Conseil constitutionnel a censuré les dispositions sur la surveillance internationale, qui instituait, selon le Conseil « des règles totalement dérogatoires » et entretenait un flou sur les communications internationales⁴²⁹. Le Conseil avait été saisi par le Président de la République François Hollande pour vérifier que la loi était conforme aux objectifs constitutionnels : notamment le droit au respect de la vie privée et la liberté de communication⁴³⁰. Concernant le respect de la vie privée par la loi relative au renseignement de 2015, le Conseil considère qu'il faut différencier le contenu des correspondances et les données techniques, « dont le recueil est en principe moins intrusif ». Ce point suscite débat car la Cour de justice de l'Union européenne a jugé que les données de connexion permettent de tirer des conclusions très précises concernant la vie privée des personnes, et intéressent davantage les services que les écoutes⁴³¹. La décision du Conseil constitutionnel du 23 juillet 2015 confirme la jurisprudence constitutionnelle qui vise à la protection de l'impératif de la recherche des auteurs de l'infraction et le droit au respect de la vie privée.

⁴²⁷ Cons. const., n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015 - *Loi relative au renseignement*.

⁴²⁸ JOHANNÈS (F.), « Le Conseil constitutionnel gardien de l'État plus que des libertés » *Journal Le Monde*, 20.08.2015.

⁴²⁹ Les communications émises de France vers l'étranger ou de l'étranger vers la France.

⁴³⁰ Des interrogations apparaissaient également concernant le droit à un recours juridictionnel effectif.

⁴³¹ CJUE gr. ch., 8 avril 2014, *Digital rights*. n° C-293/12.

229. L'absence de protection constitutionnelle du secret des sources pour la répression d'un délit. Le 23 juillet 2015 le Conseil constitutionnel a décidé : « qu'aucune disposition constitutionnelle ne consacre spécifiquement un droit au secret des échanges et correspondances des avocats et un droit au secret des sources des journalistes »⁴³². Un point qui mériterait à être précisé est le fait que le Conseil n'effectue pas un contrôle de proportionnalité lorsqu'il contrôle la notion d'intérêt général, ou plus précisément son utilisation. Le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel est celui « de l'aptitude de la loi à atteindre l'objectif que le législateur s'est donné ». Concernant le contrôle de la loi sur le renseignement de 2015, le Conseil constitutionnel s'est inspiré de la jurisprudence administrative, des décisions de la Cour de justice de l'Union européenne, et de sa propre jurisprudence notamment sur le fait que la norme doit être appropriée à la réalisation du but recherché par son auteur, sur le fait que les moyens utilisés soient les moins préjudiciables pour les destinataires de la même norme et sur le fait qu'il ne doit pas exister de disproportion avec le but recherché.

B – Le nécessaire contrôle de la collecte massive des données personnelles issues des surveillances des communications numériques

230. L'objectif de la loi renseignement de 2015 est de détecter les activités des terroristes⁴³³. Cette loi concerne les communications numériques et encadre l'utilisation par les forces de l'ordre des « boîtes noires »⁴³⁴. Ainsi, cette loi dispose que les forces de l'ordre peuvent contraindre les fournisseurs d'accès à internet à détecter une menace terroriste sur la base d'un traitement automatisé surveillant toutes les communications numériques. Les services de renseignement sont autorisés à installer chez les fournisseurs d'accès à internet les « boîtes noires » chargées d'examiner toutes les communications : l'origine ou le destinataire d'un mail, l'adresse IP d'un site visité⁴³⁵, la durée de la conversation et la

⁴³² Cons. const., n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015 - *Loi relative au renseignement*.

⁴³³ Concernant la surveillance par l'État de la liberté de communication, notamment sur internet, au motif spécifique du risque terroriste. Cons. const., n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015, loi relative au renseignement.

⁴³⁴ Loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement.

⁴³⁵ CJUE, question préjudicielle, 19 octobre 2016, aff. C-582/14, *Patrick Breyer c/ Bundesrepublik Deutschland*. La Cour apporte un frein à une approche trop extensive de la notion de données à caractère personnel. METALLINOS (N.), « Statut de l'adresse IP », *Comm. Com. Électr.*, décembre 2016, pp.38-40.

fréquence de la connexion. Il est nécessaire d'améliorer la protection constitutionnelle des données personnelles (1) et de parvenir à protéger la sphère de la vie privée dans le contexte numérique (2).

1) L'intérêt de la protection constitutionnelle des données personnelles

231. La dématérialisation de la communication conduit à la transmission de nombreuses données personnelles. Les NTIC impliquent pour l'utilisateur la transmission des données personnelles à des sociétés commerciales. La géolocalisation et la collecte d'informations personnelles par exemple rendent possible de suivre l'activité et les habitudes des personnes⁴³⁶. Ces données personnelles sont extrêmement hétérogènes par leur nature, allant des caractéristiques générales de la personne à des informations plus intimes, comme les préférences sexuelles ou culinaires, les opinions politiques et religieuses... Toutes ces données personnelles échappent, pour le moment, à la garantie de la protection constitutionnelle. Depuis le temps des communications écrites sur papier qui n'impliquaient pas la transmission d'autant de données personnelles comme aujourd'hui à l'ère du numérique. Marie-Charlotte Roques-Bonnet souligne que : « média de l'abondance, le réseau électronique est aussi devenu le support de communication universel sur lequel s'exerce l'ensemble de nos droits. Internet en prouve d'ailleurs les limites, qu'il s'agisse de nos droits individuels, comme la liberté d'expression, ou collectifs comme le droit à l'éducation. Qu'il s'agisse de nos libertés ou de la protection de nos droits, en ligne, la logique constitutionnelle semble s'inverser : les droits du citoyen-internaute ne doivent plus être soutenus, mais contenus. À la différence des supports audiovisuels ou de la presse écrite, il ne s'agit plus de contrôler, ni de censurer les contenus, mais d'en accompagner le développement éthique et responsable afin de garantir le respect de l'ordre public. Aussi, l'enjeu véritable de la dématérialisation de la communication tient à un juste équilibre entre libertés individuelles et intérêt général ». ⁴³⁷ Certaines données personnelles peuvent être

⁴³⁶ V. en ce sens l'arrêt : « Il se déduit de l'article 8 de la Convention ESDH que la technique dite de "géolocalisation" constitue une ingérence dans la vie privée dont la gravité nécessite qu'elle soit exécutée sous le contrôle d'un juge ». Cass, crim., 22 octobre 2013, n° 13-81.245 et 13-81.249.

⁴³⁷ ROQUES-BONNET (M.-C.), *Le droit peut-il ignorer la révolution numérique?*, Paris, Éditions Michalon, 2010, p. 276.

utilisées par les services de l'État afin de garantir le maintien de l'ordre public et de la sécurité publique. Jean-Jacques Urvoas⁴³⁸ précise que : « le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de rappeler sans ambiguïté le principe de la *summa divisio* entre police administrative et police judiciaire. Pour le Conseil, la police administrative se rattache non à la répression d'une infraction déterminée, mais à la protection de l'ordre public pour faire cesser un trouble déjà né, fût-il constitutif de l'infraction, et à la prévention des infractions. De plus, la police administrative est susceptible d'affecter la liberté de la personne par exemple par l'enregistrement de données personnelles »⁴³⁹. En effet, la loi relative au renseignement de 2015 permet aux forces de l'ordre à obliger les fournisseurs d'accès à internet à leur transmettre plusieurs données personnelles concernant une personne soupçonnée d'activités liées au terrorisme.

232. Les communications, un univers numérique surveillé. Le télégraphe, le téléphone fixe puis mobile, internet, les modèles de communication modernes ont toujours été au cœur d'une tension permanente entre État et citoyen, notamment à cause de suspicions de surveillances arbitraires ou avec des objectifs politiques. La « nouveauté » de l'ère du numérique est que les nouveaux dispositifs permettent la surveillance de masse. De la surveillance limitée à une personne ou à un groupe de personnes, on est passés à la surveillance de toute la population. De plus, les *IMSI catcher*⁴⁴⁰ imitent le fonctionnement d'une antenne relais et réussissent à intercepter tous les numéros de téléphone ainsi que l'ensemble des métadonnées de communication. L'objectif est d'identifier des suspects encore inconnus des services. Pour les opposants aux boîtes noires, ce nouvel outil serait un moyen de surveillance de masse⁴⁴¹. Depuis toujours, les tyrans ont cherché à mettre en place des systèmes de surveillance de la population⁴⁴². Les interceptions modernes ont commencé avec les ondes radios et les antennes. Pour les services de renseignement, surveiller ce qui y transite est un enjeu majeur, mais pour chacun d'entre nous la préservation du caractère privé de nos communications, l'est tout autant. Dans ce rapport de force entre l'hyper

⁴³⁸ Ministre de la justice du 27 janvier 2016 au 10 mai 2017.

⁴³⁹ URVOAS (J.-J.), « La lutte contre le terrorisme », Paris, *Constitutions*, 2015, p. 21.

⁴⁴⁰ Appareil de surveillance utilisé pour intercepter des communications mobiles, obtenir des données numériques à distance ou pour suivre le déplacement géographique de l'utilisateur d'une NTIC.

⁴⁴¹ Un journaliste faisant des recherches sur une organisation terroriste, pourrait faire l'objet de surveillances et voire les coordonnées de ses sources confidentielles collectées.

⁴⁴² Exemple de la Police politique allemande : la STASI.

communication et le désir de surveillance l'équilibre tient en une question, qui surveille les surveillants. Là où la loi devrait régir cet équilibre, une notion vient régulièrement le mettre en danger, l'exception pour la sécurité publique. On observera le rapport entre la protection de la vie privée et les données personnelles (a) afin de réussir à éviter la surveillance de masse apparue par exemple aux États-Unis (b).

a. Le rapport entre la protection de la vie privée et les données personnelles

233. Internet permet la mise en réseau des personnes et la mise en commun des données. Ainsi le numérique affermit la capacité des citoyens à bénéficier de la liberté d'expression et de communication, mais il risque d'affaiblir d'autres droits, comme le droit à la vie privée à cause de l'utilisation et la réutilisation des données personnelles⁴⁴³. Selon Antoinette Rouvroy, la croissance exponentielle des *Big Data* résulte de la rétention par défaut non seulement des données, issues des communications numériques, directement utiles mais aussi de celles dont l'utilité a déjà été consommée (qui ne sont plus nécessaires pour la finalité antérieurement fixée), ainsi que de celles qui n'ont d'utilité que potentielle. C'est la quantité des données (beaucoup plus que leur qualité) qui permet de trouver une utilité inattendue à toutes sortes de données, y compris les données *a priori* les moins significantes, opérant comme de purs signaux individuellement très peu informatifs, voir même a-signifiants, en provenance du monde connecté⁴⁴⁴.

234. La notion de « vie privée sur internet ». Le Conseil constitutionnel adopte une conception classique en la matière : il s'agit de la sphère intime des citoyens. Le Conseil estime : « qu'il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre le respect de la vie privée et les autres exigences constitutionnelles, telles que la recherche des auteurs d'infractions et la prévention d'atteintes à l'ordre public »⁴⁴⁵. Le juge constitutionnel a

⁴⁴³ CE, Le Numérique et les droits fondamentaux, Étude annuelle, Paris, 2014.

⁴⁴⁴ ROUVROY (A.), *Des données et des Hommes. Droits et libertés fondamentaux dans un monde de données massives*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, janv. 2016, 53 p.

https://pure.unamur.be/ws/portalfiles/portal/13278298/T_PD_BUR_2015_09REV_Rapport_Big_Data_COE_final_Fr.pdf

⁴⁴⁵ Cons. const., n° 2011-209 QPC du 17 janvier 2012, *Procédure de dessaisissement d'armes*.

notamment mis en confrontation ce droit constitutionnel à la nécessité de procédures de recueil de données (notamment des données de connexion). Cette évolution de la jurisprudence constitutionnelle, relative au droit au respect de la vie privée, fortement influencée par la nécessité de la prévention d'atteintes à l'ordre public, est applicable aux autres exigences qui découlent des articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789 : l'inviolabilité du domicile et le secret des correspondances⁴⁴⁶. Il résulte de l'évolution de la jurisprudence du Conseil constitutionnel que, hors du cadre des actes de police judiciaire, l'intervention de l'autorité judiciaire pour autoriser des perquisitions dans un domicile n'est plus exigée par l'article 66 de la Constitution. Dès lors, il semble nécessaire d'encadrer constitutionnellement les mesures consistant en l'introduction des forces de l'ordre dans une habitation ou dans un lieu privé afin de vérifier les communications ou données. Comme cela a d'ores et déjà été souligné, une autorisation juridictionnelle permettant la violation de la vie privée pour des motifs d'intérêt général n'est pas toujours nécessaire aux forces de l'ordre. Les exceptions à ce principe d'autorisation juridictionnelle devraient ainsi être constitutionnellement limitées, proportionnelles et strictement encadrées. Plus récemment, le Conseil constitutionnel rappelle : « qu'il incombe au législateur d'assurer la conciliation entre d'une part, la protection de la vie privée et, d'autre part, l'objectif de sauvegarde de l'ordre public, qui inclut la lutte contre la fraude »⁴⁴⁷ et dans la décision QPC du 29 novembre 2013, *Visite des navires par les agents des douanes*, il a encore précisé ce cadre constitutionnel : « le pouvoir législatif, en application de l'article 34 de la Constitution, doit fixer les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ainsi que la procédure pénale ». Le législateur doit : « assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions, toutes deux nécessaires à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle, et, d'autre part, le respect des autres droits et libertés constitutionnellement protégés ».

⁴⁴⁶ DDHC Art. 4 : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi ».

⁴⁴⁷ Cons. const., n° 2015-713 DC et 2015-714 DC du 23 juillet 2015 Loi relative au renseignement Loi organique relative à la nomination du président de la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement

235. En France, la protection des données personnelles n'est pas directement intégrée au bloc de constitutionnalité. Comme le constate Marie-Charlotte Roques-Bonnet : « Depuis l'émergence du web, la question relative à la protection des données personnelles s'est particulièrement compliquée. La protection des données personnelles ne doit pas dépendre des intérêts commerciaux et professionnels »⁴⁴⁸. Elle complète son raisonnement en indiquant que pour les détracteurs de cette constitutionnalisation, tout tient aux choix éclairés que devrait effectuer, librement, tout internaute. La meilleure solution à envisager serait d'établir une charte de développement numérique, car à l'heure du tout numérique les droits constitutionnels français sont en accord avec les droits fondamentaux reconnus à l'échelle internationale ou de l'Union européenne. Force est de constater que ce « truchement » de la vie privée pour la protection des données personnelles est insuffisant pour garantir les droits des personnes. Le Président de la CNIL, Alex Türk, souligne dans le Rapport annuel de 2018 la nécessité d'inclure dans le préambule de la Constitution, la protection des données personnelles afin de se protéger contre les surveillances administratives⁴⁴⁹. Il expose l'idée selon laquelle le traçage permis par l'utilisation des données personnelles peut outre la liberté de pensée et d'expression, porter atteinte à une autre liberté fondamentale : la liberté d'aller et venir. Outre-Atlantique, les États-Unis ont été les pionniers dans les pratiques de surveillances administratives des données personnelles, notamment après l'adoption du *Patriot act* après les attentats du 11 septembre 2001.

b. La volonté d'éviter la surveillance de masse des données personnelles apparue aux États-Unis

236. L'absence de normes constitutionnelles spécifiques à la protection des données personnelles induit la possibilité de la surveillance de masse sans garanties. Au lendemain des attentats du 11 septembre 2001, le Congrès américain a voté le *Patriot Act*, une loi dite d'exception censée aider temporairement la lutte contre le terrorisme⁴⁵⁰. L'article

⁴⁴⁸ ROQUES-BONNET (M.-C.), *Le droit peut-il ignorer la révolution numérique?*, Paris, Éditions Michalon, 2010, p. 52.

⁴⁴⁹ 28^{ème} Rapport annuel de la CNIL, Paris, 2018.

⁴⁵⁰ Bientôt 20 ans après, le *Patriot Act* est toujours en vigueur et l'exception est devenue la règle.

215 du *Patriot Act* a notamment permis de collecter les données des appels de tout abonné. La Cour de Justice a invalidé une directive sur la conservation des données personnelles adoptée en 2006 juste après les attentats de Madrid et de Londres⁴⁵¹. Le RGDP de 2016, entré en application le 23 mai 2018, montre que l'Europe a fait le choix d'un standard élevé de protection des données, auquel doivent se plier toutes les entreprises souhaitant traiter des données des Européens au risque de s'exposer à des amendes record⁴⁵².

237. Internet, un univers fortement surveillé. Après les révélations de Edward Snowden en juin 2013, notre cyberspace apparaît ne plus être simplement aux mains de ses utilisateurs, mais constituer un univers fortement surveillé. La mainmise sur internet par les pouvoirs étatiques et parfois commerciaux semble absolue. En France les avancées juridiques relatives à internet se développent souvent après la prise en compte de l'impact que celui-ci a dans la vie réelle. Les boîtes noires par exemple ont comme objectif de détecter les individus susceptibles d'être des menaces potentielles, en scannant l'intégralité des communications. Par sa généralisation quasi absolue, l'ensemble de la population française est, avec la mise en service des boîtes noires, considérée comme potentiellement suspecte. Par conséquent, avec ces nouveaux outils, les investigateurs peuvent récupérer toutes les métadonnées des activités numériques de tout citoyen. L'analyse de ces données n'est pour la grande partie pas exploitée car il n'est, pour les forces de l'ordre, pas nécessaire de donner des suites judiciaires ou de les sanctionner. Cette violation générale mais justifiée des données personnelles est possible en partie à cause des données personnelles recueillies par les GAFAM (Google, Apple, Facebook, Amazon, Microsoft) et les États. On a assisté aux États-Unis à l'utilisation de la même stratégie par le gouvernement après les attentats terroristes et tristement meurtriers. Aux États-Unis, après l'adoption du *Patriot Act*, les sociétés comme Microsoft, Google, Apple ou Amazon ont toutes adopté de nouvelles règles de sécurité pour le chiffrement, en partie à cause de la grande demande de leurs utilisateurs-internautes⁴⁵³. Mais cela n'a pas suffi à décourager le départ de certains clients professionnels internationaux, inquiets que leurs données puissent être accessibles librement aux services

⁴⁵¹ Directive adoptée juste après les attentats de Madrid du 11 mars 2004, et de Londres du 7 juillet 2005.

⁴⁵² OBERDORFF (H.), « La République numérique : un nouvel espace pour de nouveaux droits ? », Paris, *RDP*, 2018, p. 665.

⁴⁵³ Les entreprises françaises du numérique, qui s'étaient opposées au projet de loi durant les débats, ont renforcé la protection de leurs systèmes avec des algorithmes plus solides.

de renseignements américains. La surveillance de masse des agences américaines de sécurité continue à être dénoncée à l'échelle mondiale, cependant les autorités françaises ont voulu prendre exemple sur cette stratégie de lutte contre le terrorisme en permettant aux services de renseignement de surveiller, d'intercepter et d'accéder aux communications des citoyens. Cependant, aux États-Unis l'argument économique et l'argument démocratique, ont conduit l'administration du Président Barack Obama à adopter en juin 2015 du *Freedom Act*, qui limite les pouvoirs de la National Security Agency⁴⁵⁴. Avec le *Freedom Act* les autorités maintiennent la possibilité d'obtenir des données en temps réel par les fournisseurs d'accès à internet, mais selon des critères spécifiques liés au terrorisme. Les autorités doivent pour cela justifier d'un lien « raisonnable et détaillé » avec le terrorisme (sauf en cas d'urgence). Le *Freedom Act* désigne la collecte d'informations spécifiquement aux États-Unis, mais ne change pas la surveillance pratiquée par la National Security Agency à l'étranger.

2) Le bouleversement de la vie privée à l'ère du numérique

238. La délimitation juridique de la sphère privée numérique. Avec internet les citoyens peuvent s'interroger et trouver d'avantage d'information sur la vie privée des candidats politiques lorsqu'ils se présentent aux suffrages et aux électeurs. Les citoyens se questionnent sur les choix de vie privée d'un député, d'un ministre, d'un maire mais *a contrario*, en quoi ces choix affectent-ils leurs engagements ou à la manière dont ils exercent leur mandat ? Les « double-vies », les comportements adultérins, le fait qu'un Ministre de l'Éducation nationale ait mis ses enfants dans un Établissement scolaire privé, sont des informations qui ne semblent pas faire progresser le débat public. Les NTIC d'aujourd'hui permettent de devenir un acteur du numérique et de développer sa présence sur le web tout en nous promettant de maîtriser son identité numérique. En effet, si on souhaite donner de la visibilité à une publication on aura les moyens de le faire, concrètement, en réglant avec soin les paramètres de confidentialité de ces réseaux sociaux ou en créant des comptes distincts pour séparer les activités privées des autres.

239. La fin de la vie privée selon les GAFAM. Mark Zuckerberg avait affirmé que : « la vie en public était la nouvelle norme, et que l'utilisation de son service (Facebook),

⁴⁵⁴ USA Freedom Act of 2015 : Uniting and strengthening America by fulfilling rights and ensuring effective discipline over monitoring act of 2015.

permettait de la concilier avec la vie privée sans frictions »⁴⁵⁵. Le PDG de *Capgemini*, Paul Hermelin, avait affirmé que : « la vie privée est terminée, qu'elle était juste une parenthèse dans l'histoire de l'homme »⁴⁵⁶. Ces affirmations, sur fond d'intérêts commerciaux, voudraient nous faire croire que la vie privée s'est affirmée à un certain moment. Notamment avec l'arrivée de la société urbaine qui a nécessité la protection de la sphère privée. Maintenant, avec les réseaux sociaux, on pourrait croire qu'on est prêts à revenir en arrière⁴⁵⁷. On serait devant à une évolution de la vie privée. Cependant, cette position est une restitution historique sujette à controverses, qui oublie tout un ensemble de conflits qui sont aujourd'hui présents autour de la vie privée, une véritable guerre culturelle est en train d'avoir lieu autour de la vie privée, entre les utilisateurs des grandes plateformes, entre les États et les grandes plateformes, entre les entreprises « traditionnelles » et les entreprises innovantes. Il est nécessaire de sortir de ce cadre idéologique pour pouvoir comprendre ce qui s'est passé avec notre vie privée. La vie privée s'est simplement renouvelée d'une manière méconnaissable avec les NTIC et le numérique. On est face à la transition qualitative d'une vie privée conçue comme un ensemble donné « accessible » aux pouvoirs étatiques et aux intérêts commerciaux. On serait en présence d'une vie privée conçue comme une « négociation d'une propriété ». Dans cette logique la vie privée pourrait ne plus être un droit individuel, mais elle serait en train de devenir un droit collectif, ou plutôt une négociation collective qui se fait entre les individus, entre les citoyens, entre les citoyens et les instances étatiques et commerciales.

240. *The right to privacy* et « *the right to be left alone* »⁴⁵⁸. Nonobstant les affirmations et comportement de ces grands patrons, il faut souligner que *The right to privacy*⁴⁵⁹ est une tradition qu'on a hérité de la philosophie libérale anglo-saxonne. On peut citer l'article fondateur publié en 1890 dans la *Harvard Law Review* qui était un article de Louis Warren et de Samuel Brandeis. Dans cet article, les deux auteurs définissaient la vie privée comme :

⁴⁵⁵ « Facebook : Zuckerberg annonce un virage vers une meilleure protection de la vie privée », *Le Parisien* avec AFP, 7 mars 2019, <http://www.leparisien.fr/economie/facebook-zuckerberg-annonce-un-virage-vers-une-meilleure-protection-de-la-vie-privee-07-03-2019-8026485.php>

⁴⁵⁶ Conférence : « Numérique, renseignement et nouveaux défis pour le droit », Paris, Public Sénat, 22 mai 2014.

⁴⁵⁷ Dans le sens de la vie en petites communautés rurales, avant la grande révolution industrielle du XVIII^{ème} et XIX^{ème} siècle.

⁴⁵⁸ Le droit d'être laissé seul en paix.

⁴⁵⁹ Le droit à la vie privée.

« *the right to be left alone* ». Aujourd'hui l'internaute est sur internet pour avoir un monde relationnel riche, sur lequel il a de la maîtrise, sur lequel il est capable de décider qui partage quoi avec qui. À partir du moment où cette revendication de maîtrise change, où la vie privée cesse d'être un droit individuel, elle devient une négociation collective impliquant une négociation nécessaire pour assurer cette maîtrise⁴⁶⁰.

241. Bien avant de parler de vie privée, il y avait ce qui était le plus typique dans l'État libéral : le droit de propriété. Il existe un besoin de rénover le cadre actuel basé sur la notion de vie privée issue de l'État libéral. En effet, son apparition est allée de pair avec les droits fondamentaux donc la notion de vie privée héritée de la posture de 1789. Ce cadre-là n'est plus apte à assurer la vie privée des citoyens-internautes dans le contexte du web social, et dans un changement progressif des pratiques sur internet vers un « internet d'émission de données ». Il est donc nécessaire de reformuler la vie privée à l'ère du numérique en lui faisant bénéficier d'une protection de niveau constitutionnel. À titre d'exemple prenons les déclarations et excuses du Président de Facebook Mark Zuckerberg le 22 mai 2018 au siège de l'Union européenne qui démontrent qu'après les scandales de l'élection présidentielle américaine influencée par des services russes, la volonté est grande d'établir une plus forte protection des internautes. De plus, l'adoption en mai 2018 du RGPD et ses conséquences en droit national vont vers ce sens d'amélioration de la protection des données personnelles. On pense que cette amélioration reste encore constitutionnellement insuffisante, malgré le communiqué du président de la CNIL, Alex Türk.

§ 2. L'affirmation nuancée du secret des correspondances numériques

242. La limitation législative du secret des correspondances numériques. Le cas particulier juridique qui fait l'objet de notre étude ici est celui qui concerne la soumission au contrôle du Conseil constitutionnel des dispositions législatives apportant une limitation au secret des correspondances. Le principe constitutionnel du secret des correspondances a été initialement consacré en tant que tel dans la décision du 2 mars 2004 relative à la loi portant

⁴⁶⁰ En effet il ne s'agit pas simplement de ce que je décide de publier sur moi-même mais aussi de ce que les autres se permettent de publier sur moi dans les réseaux sociaux.

adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité⁴⁶¹, avec l'inviolabilité du domicile privé et du respect de la vie privée. En effet, la loi avait étendu les possibilités d'interception des correspondances émises par la voie des télécommunications, et elle instituait une procédure de réquisition administrative de données techniques de connexion. Le Conseil avait alors décidé que : « le législateur a assorti la procédure de réquisition de données techniques qu'il a instituée de limitations et précautions propres à assurer la conciliation qui lui incombe entre, d'une part le respect de la vie privée des personnes et la liberté d'entreprendre des opérateurs, et d'autre part, la prévention des actes terroristes, à laquelle concourt ladite procédure ». Ainsi les dispositions critiquées sont considérées comme ne portant pas « une atteinte excessive ni au secret de la vie privée ni à aucun autre principe constitutionnel ». Protégé au titre de la vie privée, le secret des correspondances présente cette particularité d'être assimilé à la liberté individuelle *stricto sensu* du point de vue de son degré de protection. Les contraintes exercées sur les personnes dans le cadre de la procédure pénale, qui se rattachent davantage à la liberté personnelle et sont susceptibles de porter atteinte au principe⁴⁶², font l'objet d'un contrôle qui reste normal. Il en va ainsi dans la décision relative à la loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales⁴⁶³, les dispositions autorisant le placement sous surveillance électronique mobile sont considérées comme étant « en rapport avec l'objectif poursuivi ». Conscients de l'importance de la protection du secret des correspondances, notamment avec l'essor du numérique il s'agit de se demander si le secret des correspondances pourrait être constitutionnellement reconnu (A), cependant si on effectue une analyse en comparant avec le droit européen, on devient conscients que même en droit européen ce principe reste relatif et non absolu (B).

A – La nécessaire reconnaissance constitutionnelle du secret des correspondances

243. Le secret des correspondances est une notion juridique à part entière. Issu de façon implicite de l'article 11 de la Déclaration de 1789 le secret des correspondances trouve

⁴⁶¹ Cons. const., n° 2004-492 DC du 2 mars 2004 - *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité* - Loi n° 2004-204.

⁴⁶² Principe résultant des articles 4 et 9 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, selon lequel la liberté de la personne ne saurait être entravée par une rigueur qui ne soit pas nécessaire.

⁴⁶³ Cons. const.. n° 2005-527 DC. *Loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales*.

sa première affirmation dans le Code pénal du 25 septembre 1791, adopté par l'Assemblée nationale constituante. Ainsi l'article 23 du Code pénal disposait : « Quiconque sera convaincu d'avoir volontairement et sciemment supprimé une lettre confiée à la poste, ou d'en avoir brisé le cachet et violé le secret, sera puni de la peine de la dégradation civique »⁴⁶⁴. Le « serment professionnel des postiers », institué par l'Assemblée nationale constituante afin d'assurer le respect du secret des correspondances, n'a pratiquement pas évolué avec le temps : sa formulation actuellement en vigueur est similaire à celle de l'Assemblée nationale constituante. Le secret des correspondances n'est pas seulement né d'une extension ou d'une partie de la liberté de communication ou du respect de la vie privée. La liberté de communiquer sans crainte ne relève pas de la simple discrétion mais devrait aussi évoluer vers un véritable droit au secret. En effet dans certains cas le recours au secret peut être justifié pour assurer sa sécurité personnelle ou collective. On pense qu'il devrait bénéficier de garanties supplémentaires. Par conséquent il faudrait réserver une place importante au secret, notamment pour éviter de renforcer le pouvoir de l'État. La transparence peut révéler des vulnérabilités dont un adversaire peut tirer profit⁴⁶⁵. On note que le droit européen consacre ce droit comme un droit relatif et pas absolu.

1) Le cas spécifique de l'importance du secret des correspondances numériques des avocats

244. Traditionnellement la parole de l'avocat (en audience) est libre et la correspondance doit être protégée. Il s'agit d'une composante de la confidentialité de l'avocat. Parmi les nécessaires protections que nécessitent les avocats, une place centrale doit être réalisée en faveur de secret de leurs correspondances. Le secret de la correspondance est une composante de la protection du secret professionnel comme droit de l'avocat et de son client à la confidentialité. Une correspondance, sous toutes ses formes entre le conseil et son client est en principe inviolable. La correspondance ne peut ainsi ni être saisie, ni consultée par des tiers. L'intérêt public est le fondement du secret professionnel entre avocat-

⁴⁶⁴ Recueil général des lois, décrets, ordonnances, *Journal des notaires et des avocats*, Paris, 1834.

⁴⁶⁵ COLEMAN (G.), *Anonymous*, Montréal, Lux Éditeur, 2016, 512 p.

assisté (a), intérêt qui impose la protection du secret contre la surveillance électronique des correspondances par l'administration (b).

a. L'intérêt public fondement du secret professionnel
avocat-assisté

245. Le fondement du secret professionnel est l'intérêt public. Le secret professionnel est la condition de l'exercice de la profession d'avocat et l'un des principes les plus importants de la profession. Il permet, par la protection de la confidentialité, la confiance nécessaire du client dans son défenseur. Le secret professionnel de l'avocat constitue, à la fois, une garantie pour le client que son défenseur n'aille pas révéler ce qui lui a été confié et la garantie pour l'avocat et son client qu'un tiers, ne puisse pas utiliser ce qui a été transmis sous le secret. La menace terroriste, l'instauration et la prolongation de l'état d'urgence ont conduit à la multiplication des perquisitions, des saisies d'ordinateurs, smartphones, des sonorisations, créant une insécurité dans les communications entre les avocats et leurs clients⁴⁶⁶. Le secret professionnel est ainsi un équilibre entre la protection des droits du citoyen et la protection de la société. Le secret professionnel de l'avocat ne trouve son fondement, ni dans l'intérêt des avocats qui reçoivent des confidences, ni dans l'intérêt de ceux qui ont livré des confidences, mais dans l'intérêt public. Le secret professionnel de l'avocat a des multiples intérêts, il repose sur une multitude de normes impératives, qu'il s'agisse de prescriptions légales pénalement sanctionnées ou de règles déontologiques. L'ensemble de ces normes détermine les caractères du secret professionnel de l'avocat. Ces caractéristiques sont essentielles pour permettre à l'avocat d'exercer ses rôles de conseiller et de défenseur. Le secret professionnel n'est en effet une protection ni de l'avocat ni de l'assisté, mais l'application d'un principe général du droit qui exige que toute personne doive jouir d'un confident qui garantira le secret sur les révélations qui lui sont faites. L'intérêt public comme fondement du secret professionnel de l'avocat explique ainsi son champ d'intervention très large. Le respect du secret professionnel est à la fois un droit et un devoir pour l'avocat et il doit l'appliquer dans toutes les situations. Le secret professionnel protège toutes les révélations que l'avocat reçoit pendant son exercice. Ainsi, le secret garantit les

⁴⁶⁶ Cons. const., n° 2016-600 QPC du 2 décembre 2016, *M. Raïme A. [Perquisitions administratives dans le cadre de l'état d'urgence III]*.

confidences de son assisté mais également les informations communiquées par d'autres personnes. Ces motivations expliquent l'importance qui justifie que le secret professionnel soit d'ordre public, absolu et illimité dans le temps.

b. Les risques de la violation du secret professionnel de l'avocat

246. En France le secret professionnel des avocats est encadré par la loi Perben II⁴⁶⁷. Ce texte dispose que : « Le Procureur de la République ou l'officier de police judiciaire peut requérir de toute personne, susceptible de détenir des documents intéressant l'enquête, de lui remettre ces documents, sans que puisse être opposée, sans motif légitime, l'obligation du secret professionnel »⁴⁶⁸. Dans la décision QPC du 24 juillet 2015, le Conseil constitutionnel précise « qu'aucune disposition constitutionnelle ne consacre spécifiquement un droit au secret des échanges et correspondances des avocats »⁴⁶⁹. Le Conseil constitutionnel avait été saisi par le Conseil d'État d'une QPC, posée par une association. La QPC était relative à la conformité aux droits et libertés que le Constitution garantit des articles issus de la loi de programmation militaire de 2013⁴⁷⁰. À cette occasion le Conseil constitutionnel a jugé que les dispositions contestées instituaient une procédure de réquisition administrative de données de connexion qui excluait l'accès au contenu des correspondances, elles ne méconnaissaient pas le droit au secret des correspondances et à la liberté d'expression. Le Conseil constitutionnel avait en effet relevé que la surveillance ne portait pas sur le contenu des correspondances.

247. Dans la décision *Association French Data Network*, le Conseil constitutionnel a décidé que : « le législateur a prévu des garanties suffisantes afin qu'il ne résulte pas de la procédure prévue une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée, aux droits de la défense et au droit à un procès équitable, y compris pour les avocats et journalistes »⁴⁷¹. Dans cette décision, le Conseil constitutionnel n'a pas retenu les motivations de l'ensemble

⁴⁶⁷ Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

⁴⁶⁸ Article L 821-7 du Code de la sécurité intérieure.

⁴⁶⁹ Cons. const., n° 2015-478 QPC du 24 juillet 2015.

⁴⁷⁰ Notamment les articles L. 246-1 à L. 246-5 du CSI.

⁴⁷¹ Cons. const., n° 2015-478 QPC du 24 juillet 2015.

des parties qui invoquaient le fait que le législateur aurait insuffisamment exercé sa compétence en ne prévoyant pas des garanties spécifiques pour protéger le secret professionnel des avocats et journalistes. Néanmoins, il faut souligner que la violation du secret du contenu des correspondances et la violation des données confirmant l'existence de ces correspondances doivent être analysées avec la même attention. Le droit au secret de la communication ne doit pas uniquement cacher la substance de la communication, mais aussi cacher son existence. C'était la portée de l'arrêt *Digital Rights Ireland* du 8 avril 2014 de la Cour de justice UE, au motif que la surveillance électronique était disproportionnée, notamment parce qu'elle s'appliquait à l'encontre « des personnes pour lesquelles il n'existait aucun indice de nature à laisser croire que leur comportement puisse avoir un lien, même indirect ou lointain, avec des infractions graves »⁴⁷².

248. Le cas des correspondances des détenus. La Cour EDH a strictement encadré le respect de la liberté de correspondance et de communication entre le détenu et son avocat. La Cour a déjà eu à étudier des cas d'interdiction de communication entre un avocat et un détenu, en effet dans l'arrêt *Golder* contre Royaume-Uni de 1975⁴⁷³, la Cour énonce que l'interdiction de communication avec l'avocat constitue une violation de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, quel que soit la gravité de l'infraction commise par le détenu. Au plan national dans une QPC du 24 janvier 2017, le Conseil constitutionnel a jugé que le législateur avait abandonné au pouvoir réglementaire la détermination du délit de communication irrégulière avec un détenu : « le législateur s'en est remis en l'espèce au pouvoir réglementaire pour déterminer la portée du délit de communication irrégulière avec une personne détenue ». Le Conseil constitutionnel en a déduit « que le législateur, qui n'a pas fixé lui-même le champ d'application de la loi pénale, a méconnu les exigences découlant du principe de légalité des délits et des peines »⁴⁷⁴. La liberté de communication et *a fortiori* de correspondance, semble pouvoir toujours être limitée. Et lorsqu'elle n'est pas limitée, celle-ci peut être légalement surveillée pour des motifs d'intérêt général. Par exemple, il serait possible de porter atteinte à cette liberté dans le cas exceptionnel où les autorités pénitentiaires ont lieu de croire à un abus du privilège de

⁴⁷² CJUE gr. ch., 8 avril 2014, *Digital rights*. n° C-293/12.

⁴⁷³ Cour EDH, 21 février 1975, *Golder c/ Royaume-Uni*, n° 4451/70 §21.

⁴⁷⁴ Cons. const.. n° 2016-608 QPC du 24 janvier 2017. *Mme Audrey J (Délit de communication irrégulière avec un détenu)*.

cette correspondance, lorsque le contenu de la lettre menace la sécurité de l'établissement ou d'autrui, ou revêt un caractère délictueux.

B – La relativité du secret des correspondances

249. Le secret des correspondances, malgré son importance, n'est pas affirmé en tant que droit absolu. Par exemple, l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme admet l'ingérence des autorités publiques dans ce domaine, à la condition toutefois qu'elle « soit prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ». Le secret des correspondances cède ainsi devant certains impératifs publics telles les nécessités de l'enquête pénale. En effet les besoins de l'enquête pénale peuvent justifier qu'il soit porté atteinte au secret des correspondances, par exemple un juge d'instruction ou un officier de police judiciaire dans le cadre d'une enquête de flagrance peut saisir une correspondance privée et la consulter afin d'en tirer des informations. La Cour EDH a tranché un litige entre une entreprise et un ingénieur roumain qui avait été licencié parce qu'il utilisait sa boîte mail professionnelle alors que le règlement intérieur l'interdisait. La plus haute juridiction européenne a cassé la décision parce que l'employeur n'avait pas prévenu le salarié que ses mails pouvaient être lus⁴⁷⁵. De même, la situation particulière des personnes détenues justifie un contrôle de leurs correspondances.

250. Les deux composantes des informations dans l'univers numérique. La « partie numérique publique » correspond aux contenus diffusés publiquement et la « partie numérique privée » comprend aux informations privées transmises entre deux ou plusieurs personnes. La correspondance est privée lorsque le message est exclusivement destiné à une ou plusieurs personnes déterminées. Dans la loi CEN, la communication au public par la voie d'internet est définie comme « toute mise à disposition du public ou de catégories de public, par un procédé de communication électronique, de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature qui n'ont pas le caractère d'une

⁴⁷⁵ Cour EDH, 5 septembre 2017, *Bărbulescu c. Roumanie*, req. n° 61496/08.

correspondance privée »⁴⁷⁶. La jurisprudence a précisé « qu'il y a correspondance privée lorsque le message est exclusivement destiné à une ou plusieurs personnes, physiques ou morales, déterminées et individualisées ». Appliqué à l'origine aux courriers en papier, ce principe s'élargit aux communications téléphoniques⁴⁷⁷ et aux communications électroniques. Des communications par internet ne sont pas encore classées dans l'une ou l'autre de ces sphères, des doutes subsistent encore. On peut citer comme exemple les commentaires et les publications sur le « mur » du réseau social Facebook. La qualification privée ou publique dépend des réglages du compte d'utilisateur du réseau social. Le principe inscrit dans la loi relative au secret des correspondances émises par la voie des communications électroniques⁴⁷⁸, est que chaque communication privée, quel que soit l'appareil utilisé, est secrète⁴⁷⁹. L'article 226-15 du Code pénal dispose : « Le fait, commis de mauvaise foi, d'ouvrir, de supprimer, de retarder ou de détourner des correspondances arrivées ou non à destination et adressées à des tiers, ou d'en prendre frauduleusement connaissance, est puni d'un an d'emprisonnement et de 45.000 euros d'amende. Est puni des mêmes peines le fait, commis de mauvaise foi, d'intercepter, de détourner, d'utiliser ou de divulguer des correspondances émises, transmises ou reçues par la voie électronique ou de procéder à l'installation d'appareils de nature à permettre la réalisation de telles interceptions ». De plus, l'article du 432-9 du Code pénal encadre le secret des correspondances par une personne dépositaire de l'autorité publique⁴⁸⁰.

⁴⁷⁶ Internet responsable, Correspondance privée et le monde numérique, www.eduscul.fr, 01 juillet 2013.

⁴⁷⁷ Voir en ce sens : Cass, crim., 22 octobre 2013, n° 13-81.245 et n° 13-81.249.

⁴⁷⁸ La Loi n°91-646 du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des communications électroniques.

⁴⁷⁹ L'article 1 du texte annonce le principe selon lequel « Le secret des correspondances émises par la voie des communications électroniques est garanti par la loi. Il ne peut être porté atteinte à ce secret que par l'autorité publique, dans les seuls cas de nécessité d'intérêt public prévus par la loi et dans les limites fixées par celle-ci ».

⁴⁸⁰ L'article 432-9 du Code pénal dispose : « Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, agissant dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission, d'ordonner, de commettre ou de faciliter, hors les cas prévus par la loi, le détournement, la suppression ou l'ouverture de correspondances ou la révélation du contenu de ces correspondances, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. Est puni des mêmes peines le fait, par une personne visée à l'alinéa précédent ou un agent d'un exploitant de réseaux ouverts au public de communications électroniques ou d'un fournisseur de services de télécommunications, agissant dans l'exercice de ses fonctions, d'ordonner, de commettre ou de faciliter, hors les cas prévus par la loi, l'interception ou le détournement des correspondances émises, transmises ou reçues par la voie des télécommunications, l'utilisation ou la divulgation de leur contenu ».

251. Certaines correspondances privées posent la question des conditions de contrôle par d'autres personnes. La réponse est différente selon les situations. On comprend que les parents, en tant que personnes responsables des actes de leurs enfants mineurs, puissent accéder à ces informations. Dans le cadre professionnel, les courriels envoyés au moyen de sa boîte mail professionnelle ne sont pas, par principe, présumés privés. L'employeur peut légitimement avoir accès aux messages du salarié, sauf si leur caractère privé est précisé⁴⁸¹. Ce point est essentiel pour le bon fonctionnement de l'entreprise. La différence réside dans ce qui est privé et ce qui est strictement lié à l'activité professionnelle. Au vu des conséquences que ces communications peuvent avoir, on présentera l'importance de l'identification du destinataire d'une communication (1) pour ensuite analyser le réglage des paramètres de confidentialité (2).

1) L'identification du destinataire

252. La facilitation ouverte par la communication numérique. Internet permet de communiquer et d'échanger des informations avec une grande simplicité et sous différentes formes à travers les réseaux sociaux, les messageries électroniques, les plateformes des blogs ou de micro-blogging, les forums, et même sur les sites de partage de ressources qui permettent de poster des avis et des commentaires. Tous les services disponibles sur internet offrent une grande diversité dans la manière de communiquer et nous obligent à être attentifs à la nature publique ou privée d'un échange. Il est essentiel de rester maître de sa sphère privée, de ses échanges et ne pas porter préjudice à un tiers. L'important est de toujours bien identifier les destinataires de ces messages. Un échange sera privé si ses destinataires sont des personnes physiques ou morales et sont déterminés ou individualisés. Si vous êtes un destinataire clairement identifié d'un message, celui-ci étant de nature privé, il est interdit de le retransmettre à un tiers sans l'autorisation de l'expéditeur, cela risquerait de porter atteinte à notre vie privée. Il est important de se questionner sur certaines questions relatives à la confidentialité, comme celle de la nuisance qu'on peut occasionner en diffusant un message, une information qui nous était personnellement adressée et qui n'était pas destinée à être rendue publique.

⁴⁸¹ Lorsque le salarié veut envoyer des messages privés, il doit identifier ces messages comme « privé » ou « personnel ».

2) Le réglage des paramètres de confidentialité

253. L’accessibilité de la communication numérique. Le numérique apporte une grande facilité pour la réalisation de la communication, comme le transfert de messages à de nombreuses personnes de façon immédiate et à coûts réduits. Si le destinataire d’une communication n’est ni identifié ou ni affiché, le message est considéré comme public, c’est le cas d’une liste de diffusion, dont la liste des abonnés n’est pas connue. Ces services permettent deux types de communications, une réservée aux échanges privés, et l’autre aux échanges publics. Le cas des réseaux sociaux est particulièrement délicat car la frontière entre sphère publique et sphère privée est souvent difficile à comprendre. Il est important de régler les paramètres de confidentialité permettant de déterminer les personnes ayant accès à ces communications.

254. Les paramètres de confidentialité, « clef de voute » de la protection sur internet. Pour éviter les utilisations publiques (non voulues) de nos échanges il est aussi possible de régler les paramètres de confidentialité liés aux publications sur « le mur » ou sur le fil de l’actualité. Ces paramètres de confidentialité sont « la clef de voûte » de la communication numérique au public. Certains cas de licenciements à cause de propos tenus sur les réseaux sociaux, envers un employeur ont montré les enjeux du choix du paramétrage d’accessibilité. Il est jugé que : « ...ce terme d’ami employé pour désigner les personnes qui accepte[nt] d’entrer en contact par les réseaux sociaux ne renvoie pas à des relations d’amitié au sens traditionnel du terme et l’existence de contacts entre ces différentes personnes sur le web ne suffit pas à caractériser une partialité particulière, le réseau social étant simplement un moyen de communication spécifique entre des personnes qui partagent les mêmes centres d’intérêt, et en l’espèce la même profession. Aussi le seul fait que les personnes en cause soient des « amis » du bâtonnier, autorité de poursuite, ne constitue pas une circonstance justifiant d’entreprendre des vérifications ».⁴⁸² Ainsi, il ne suffit pas de donner un caractère

⁴⁸² Dans un arrêt du 5 janvier 2017, n°16-12394, la Cour de cassation a eu à examiner pour la première fois la notion d’« ami sur Facebook ». Source site internet Légifrance.

LA CONSTITUTIONNALISATION PROGRESSIVE DE LA LIBERTÉ DE
COMMUNICATION NUMÉRIQUE

privé à une publication. L'argument étant qu'une page, même en étant personnelle, prend un caractère public dès lors que son contenu peut être lu par plusieurs personnes.

Chapitre second – L'évolution du régime constitutionnel de la liberté de communication avec le numérique

255. À travers la jurisprudence dite de l'« effet cliquet » le Conseil constitutionnel a effectué une protection renforcée de certaines libertés et droits⁴⁸³. Pour cette raison, il existe souvent un lien à une « notion de mémoire de non-retour en arrière »⁴⁸⁴. Un seuil « anti-retour » devrait aujourd'hui s'appliquer pour les lois relatives à la libre communication numérique et à l'accès à internet. En effet, et au vu de son importance, on pense que la liberté de communication bénéficie d'une nouvelle composante fondamentale, le droit d'accès à internet (**Section I**) cette nouvelle composante constitutionnelle pourrait conduire à hausser la protection constitutionnelle de l'ensemble de la chaîne de l'information, notamment les correspondances numériques des journalistes (**Section II**).

Section I : Le droit d'accès à internet une nouvelle composante de la liberté d'information

256. La décision *Hadopi 1* comme point de départ. L'accès à internet, aujourd'hui très diffus dans la société, est devenu une composante de la liberté de communication et d'expression numérique au sens de la jurisprudence constitutionnelle⁴⁸⁵. La liberté de communication, énoncée à l'article 11 de la Déclaration de 1789, fait l'objet d'une jurisprudence constante par le Conseil constitutionnel⁴⁸⁶. Lorsqu'on analyse la jurisprudence constitutionnelle on peut constater que cette liberté implique aujourd'hui, eu égard au développement d'internet et à son importance pour la participation à la vie démocratique et à l'expression des idées et des opinions, la liberté d'accès aux services de communication au public en ligne. On assiste à la modernisation de l'information par les communications

⁴⁸³ Cons. const., n° 84-181 DC du 11 octobre 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*, GDCC, 15^e éd. 2009. n° 28, Rec. 73.

⁴⁸⁴ ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), « La conception des libertés par le Conseil constitutionnel et par la Cour européenne des droits de l'homme », Paris, *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel n° 32 (Dossier: Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme)* - juillet 2011, 19 p.

⁴⁸⁵ Cons. const., n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*.

⁴⁸⁶ Voir en ce sens Cons. const., n° 2009-577 DC du 3 mars 2009.

numériques (§ 1), avec l'adaptation de la protection constitutionnelle à l'espace numérique (§ 2).

§ 1. La modernisation de l'information par la communication numérique

257. L'existence de différences entre les réseaux sociaux. On pense qu'il existe une plus grande dangerosité avec Facebook, Instagram et Twitter avec les communications et informations numériques, notamment à cause de leur propagation bien plus forte que d'autres réseaux sociaux. Par conséquent on part de l'hypothèse selon laquelle les personnes choisissent expressément sur quel réseau social ils préfèrent s'exprimer en vue de la recherche du (grand) partage de leur publication. Twitter, Facebook, Instagram, LinkedIn... ont chacun des différences qui en font leurs caractéristiques intrinsèques. De plus, dans la majeure partie des cas les internautes choisissent de s'exprimer sur Facebook ou sur Twitter à cause d'autres critères, par exemple en fonction du nombre de mots qu'ils ont à diffuser, en effet sur Facebook il est possible d'écrire des phrases plus courtes que sur Twitter. Notons que sur Twitter le « ton » est souvent plus sérieux, on y trouve de nombreuses déclarations officielles et quotidiennes de personnalités politiques parmi lesquelles par exemple celles du Président des États-Unis d'Amérique Donald Trump. Le réseau Twitter paraît être comme plus ouvert sur l'extérieur, notamment en favorisant le partage sur les autres plateformes numériques, mais Facebook permet de faire de la publicité, contrairement à Twitter. Ce réseau pourrait donc être qualifié de plus dangereux que Facebook car il permet d'atteindre facilement et rapidement un plus grand nombre d'utilisateurs, mais aussi de relais médiatiques utilisant Twitter et décuplant les publications par la répétition à la radio et à la télévision. Par conséquent la dangerosité de Twitter serait liée à une puissance de propagation du *tweet* difficilement contrôlable. La manière dont le juge constitutionnel développe et défend les droits et libertés montre une conception de ceux-ci qui tend à limiter le pouvoir du législatif et de l'exécutif, conformément aux acquis historiques. Cette conception laisse place à une jurisprudence constructive permettant la recherche de l'effectivité des libertés protégées. Selon la logique du principe d'indivisibilité des libertés, ces dernières peuvent être analysées comme un ensemble tout en sachant qu'il existe au sein des libertés plusieurs catégories⁴⁸⁷. C'est notamment le cas de la liberté d'expression qui peut

⁴⁸⁷ En ce sens, les libertés individuelles et libertés collectives, libertés civiles et politiques d'un côté et libertés économiques et sociales de l'autre côté, libertés des êtres humains et libertés de l'humanité.

englober d'autres importantes libertés telle la liberté d'information, la liberté de religion, la liberté syndicale, la liberté artistique, elle peut être qualifiée de liberté pragmatique. L'essor de la communication numérique a accentué la perspective de nouvelles méthodes de communication avec par exemple les *hashtag* (A).

A – La nécessaire prise en considération par le droit constitutionnel des nouvelles méthodes de communication

258. L'observation des nouvelles pratiques liées à la communication numérique nous amène à étudier l'*hashtag*. La parole, l'écriture et successivement l'imprimerie ont constitué des transformations révolutionnaires pour le partage d'idées et d'informations. Au XX^{ème} siècle on a vu apparaître l'essor des techniques audiovisuelles et aujourd'hui le numérique se développe. Le droit constitutionnel est en constante évolution et est perméable aux autres matières⁴⁸⁸, mais une des complexités liées au numérique réside dans sa grande diversité. Sans renier les innovations techniques du processus historique de la communication, internet est la dernière révolution relative aux techniques de communication (1), cette révolution a été confrontée à de multiples nouvelles questions et a fait évoluer la pratique de nombreux droits et libertés fondamentaux (2).

1) La pluralité des techniques de communication

259. Les techniques de communication numérique favorisent l'échange d'informations. Il faut prendre conscience de l'évolution des communications numériques avec l'utilisation de l'*hashtag* (a) et de cette nouvelle dimension par rapport aux libertés fondamentales (b).

a. L'*hashtag* en tant que moyen de communication et d'information

⁴⁸⁸ Journée scientifique, « La perméabilité du droit constitutionnel aux autres sciences », AFDC, Aix en Provence, 2 octobre 2015.

260. L’hashtag, une expression précédée du symbole dièse (#)⁴⁸⁹. L’hashtag est devenu un élément très important dans les réseaux sociaux⁴⁹⁰ et sur internet en général. La puissance de ce nouveau moyen de communication est flagrante, ainsi au troisième semestre 2019 Twitter comptait 145 millions d’utilisateurs quotidiens et 330 millions d’utilisateurs actifs mensuels⁴⁹¹. Dès lors se pose la question de déterminer si l’hashtag doit bénéficier d’un encadrement juridique au titre des droits de propriété intellectuelle. Or aucune disposition juridique n’a pour le moment fixé un cadre à ce symbole, ni de sanctions spécifiques en cas d’utilisation abusives. On peut rapprocher l’hashtag à la catégorie des œuvres de l’esprit, ce rapprochement lui permettrait de bénéficier d’une protection au même titre que celui du droit d’auteur. Néanmoins, il est habituel qu’un hashtag soit constitué d’un unique mot. Or un titre composé d’un seul mot est dans la majorité des cas considéré comme banal par les juridictions, à moins qu’il ne résulte d’une création *ex nihilo*. De même les hashtags comme « #PrayForParis » ou « JeSuisCharlie » ne semblent pas apporter une originalité⁴⁹², il ne semble donc pas possible de les voir protégés au sens du droit d’auteur. Un élément important dans le dépôt d’une marque se trouve dans le fait de disposer de moyens légaux pour lutter contre des concurrents qui voudraient utiliser le même hashtag. Le nombre des demandes d’enregistrement de marques comportant un hashtag à l’échelle mondiale est en augmentation continue⁴⁹³. De fait, certaines entreprises ont réussi à protéger des marques comportant un hashtag. Selon le directeur de l’Institut National de la Protection Industrielle (INPI) par le biais d’une communication sur le site internet de l’INPI, la dénomination d’une marque comportant un hashtag se fait sans le symbole « # », et il faut retenir la marque comme s’il s’agissait d’une marque classique. Tout comme pour les noms de domaine des sites web ou les *nicknames*, la nature juridique du symbole n’est pas fixée. Pour le moment l’hashtag peut être choisi et être utilisé gratuitement et librement sur internet.

b. L’hashtag et les libertés fondamentales

⁴⁸⁹ « Tag » en anglais.

⁴⁹⁰ L’*hashtag* est notamment utilisé sur Twitter, Instagram et Facebook.

⁴⁹¹ Chiffre officiel fourni par Twitter au troisième trimestre 2019.
Source : <https://www.agencedesmediassociaux.com/twitter-chiffres-2020/>

⁴⁹² Le caractère ambigu de l’originalité contribue à rendre très incertain la protection d’un titre par le droit d’auteur. In DREYFUS (N.), « Le *hashtag*, élément incontournable des réseaux sociaux », Paris, *Comm. Com. Électr.*, pp. 8-10.

⁴⁹³ Étude « CanWeTrademarkt », Thomson Reuters Compumark, 2016.

261. L’hashtag dans la communication numérique, un encadrement nécessaire. On a noté que dans l’arsenal législatif français aucune disposition encadre expressément l’*hashtag*. Cependant, en tant que moyen de communication et d’expression, il est soumis aux dispositions de l’article 11 de la Déclaration de 1789 qui protège la liberté d’expression des citoyens en tant que : « l’un des droits les plus précieux de l’homme », mais qui avertit qu’il peut répondre des abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi. Tous les moyens de communications sont concernés, les réseaux sociaux sur internet n’y dérogent pas. Des *hashtags* tels « #UnBonJuif », « #AntiNoir », ou « JeSuisKouachi » sont apparus sur Twitter. Ces *hashtags* illicites sont à la fois sanctionnés par la loi du 29 juillet 1881 sur la presse qui réprime les délits de diffamation raciale, ainsi par la loi du 13 novembre 2014⁴⁹⁴. En effet, un *hashtag* incitant à la haine, faisant l’apologie du terrorisme ou ayant un caractère raciste, antisémite, homophobe, engage la responsabilité de son auteur. Ces atteintes sont courantes car les sites hébergeurs des réseaux sociaux (souvent) vérifient les messages postés par les internautes qu’*a posteriori* et (souvent) uniquement à la suite de signalements. Dans un arrêt du 12 octobre 2015, la Cour d’appel de Montpellier a condamné un fonctionnaire de la police nationale à la suite de propos injurieux et diffamatoires tenus à l’encontre de ses supérieurs hiérarchiques sur un blog hébergé par le site d’information *Mediapart*⁴⁹⁵. Concernant l’*hashtag* « #UnBonJuif » qui apparaissait dans plusieurs *tweets* antisémites, Twitter a été mis en demeure par des associations. Ces associations souhaitaient que Twitter agisse rapidement pour l’effacer et révéler l’identité des auteurs des propos litigieux⁴⁹⁶. L’*hashtag* #JeSuisKouachi en référence aux frères terroristes ayant commis l’attentat contre Charlie Hebdo, a été *tweeté* plusieurs dizaines de milliers de fois⁴⁹⁷. À ce titre, l’*hashtag* comme moyen d’expression et de communication, peut être sanctionné sur la base de diverses dispositions pénales et civiles relatives à la protection des droits fondamentaux.

⁴⁹⁴ Loi n°2014-1353 du 13 novembre 2014 visant à lutter contre le terrorisme.

⁴⁹⁵ DREYFUS (N.), « Le hashtag, élément incontournable des réseaux sociaux », Paris, *Comm. Com. Électr.*, pp. 8-10.

⁴⁹⁶ Cependant les associations n’ont pas réussi à démontrer que la société était établie en France, la LCEN n’a donc pas pu être appliquée. La demande a finalement été examinée sur le fondement de l’article 141 du Code de procédure civile, permettant d’obtenir de Twitter, en qualité d’hébergeur, la communication des données d’identification des auteurs des tweets incriminés.

⁴⁹⁷ Le filtrage de Twitter ne peut opérer de distinctions entre les internautes ayant utilisé l’*hashtag* pour le dénoncer et ceux qui l’ont utilisé afin de faire l’apologie de l’attentat.

Tout abus sur internet est dès lors juridiquement réprimé, au même titre que dans la presse écrite.

2) Un rôle fonctionnel

262. Le juge constitutionnel a reconnu le droit d'accès à internet pour l'exercice de la liberté de communication numérique. À l'ère du numérique on constate que l'accès à internet est nécessaire, voire indispensable non seulement à l'exercice du droit à la liberté d'expression mais aussi à celui d'autres droits fondamentaux, parmi lesquels on trouve le droit à l'éducation, le droit de manifestation, le droit de participer pleinement à la vie sociale, les droits politiques... Le droit de communiquer sur internet est un droit qui remplit une fonction pratique, il permet à tout citoyen-internaute d'être un « émetteur ». Ce droit d'émettre, de communiquer avec internet est pour le citoyen plus facilement applicable qu'avant avec la presse, la radio ou la télévision, pour d'évidentes raisons de praticité et d'accessibilité matérielle et technique. La décision du 10 juin 2009 du Conseil constitutionnel reconnaît à l'internaute un droit à ne pas voir son accès à internet suspendu sur décision d'une autorité administrative indépendante. Néanmoins, « la riposte graduée »⁴⁹⁸ pouvant conduire à une peine de coupure d'accès est valide, à condition qu'elle soit prononcée par un magistrat. Les discussions s'intensifient en France comme à l'étranger sur l'ampleur qu'il faut donner à ce droit et en particulier sur l'existence d'un droit-créance qui s'accompagnerait d'obligations « de faire » incombant aux pouvoirs publics afin de permettre l'accès de chaque citoyen au Web.

263. Une plus grande effectivité au droit d'accès à internet. Après la décision fondatrice de 2009 du Conseil constitutionnel, le législateur français, avec l'adoption de la loi Lemaire⁴⁹⁹, a donné une plus grande effectivité au droit d'accès à internet. Dans cette longue voie de façonnement d'une nouvelle catégorie de droits, ce droit d'accès à internet doit être renforcé avec l'instauration d'un droit d'utiliser l'information numérique. Internet permet de donner aux citoyens les clés du monde du futur, qui sera encore bien plus numérique et donc informatisé que ne l'est le monde actuel. Ils pourront participer en

⁴⁹⁸ La loi *Hadopi* 2 préconise des réponses graduées pour désigner les nouvelles sanctions qu'elle introduit, *a contrario* de la précédente loi qui était fondée sur des sanctions pénales plus rapides et lourdes.

⁴⁹⁹ Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique.

conscience aux choix et aux évolutions plutôt que de subir en se contentant de consommer ce qui est fait et décidé ailleurs⁵⁰⁰. La loi du 21 juin 2004 pour la confiance en l'économie numérique a confirmé le décrochage d'internet par rapport à la liberté générale de la communication audiovisuelle. Cette loi dispose qu'il faut entendre par internet toute communication au public en ligne, c'est-à-dire toute transmission sur demandes individuelles de données numériques n'ayant pas un caractère de correspondance privée par un procédé de communication électronique permettant un échange réciproque entre l'émetteur et le récepteur. L'article 1^{er} de la loi dispose que la communication au public par voie électronique est libre. La création d'un site internet n'est plus soumise au régime de déclaration depuis la Loi du 1^{er} août 2000.

264. L'évolution de la loi relative à internet. La loi du 7 octobre 2016 « pour une République numérique » est issue d'un long processus de concertation. Elle comporte plusieurs volets. Premièrement la circulation des données et du savoir qui comprend des mesures sur l'ouverture des données publiques et la création d'un service public de la donnée, il introduit la notion de données d'intérêt général et autorise les chercheurs à publier librement leurs articles scientifiques dans un délai de 6 à 12 mois. Deuxièmement le volet sur la protection des citoyens dans la société numérique qui affirme le principe de neutralité des réseaux et la portabilité des données. Il établit un principe de loyauté des plateformes de services numériques. Le consommateur doit disposer en toute circonstance d'un droit de récupération de ses données. Le texte crée un nouveau droit pour les individus en matière de données personnelles. Cette loi consacre un véritable droit à l'oubli numérique⁵⁰¹. De plus, elle réaffirme la confidentialité des correspondances privées. Un amendement adopté par l'Assemblée nationale prévoit une peine de 2 ans de prison et 60 000€ d'amende pour le fait de transmettre ou diffuser sans le consentement exprès de la personne l'image ou la voix de celle-ci prise dans un lieu public ou privé dès lors qu'elle présente un caractère sexuel comme en cas de *revanche porno*⁵⁰². Troisièmement cette loi instaure l'accès au numérique pour tous avec notamment une couverture mobile et une accessibilité aux services numériques

⁵⁰⁰ Académie des sciences, « L'enseignement de l'informatique en France : il est urgent de ne plus attendre », mai 2013, p. 8.

⁵⁰¹ Particulièrement concernant les mineurs et le testament numérique.

⁵⁰² MAURIN (L.), Cours magistral de droits et libertés fondamentaux, Aix en Provence, Faculté de droit, mars 2017.

publics et l'accès des personnes handicapées aux sites internet. Le droit à l'accès à internet est un droit-créance, un droit à, qui implique une action de l'État, une obligation particulière de l'État.

265. Avec internet, la dimension internationale montre les limites du droit national.

S'agissant de la liberté d'expression, cela s'illustre dans une importante affaire de 2000 dans laquelle la Ligue internationale contre le racisme et l'antisémitisme attaquait la société *Yahoo* établie aux États-Unis en raison de la vente aux enchères d'objets nazis et la publication d'extraits du livre *Mein Kampf*⁵⁰³. Par trois ordonnances en référé en date du 22 mai 2000, le TGI de Paris estimait qu'il s'agissait d'une contravention à la loi française et d'une offense à la mémoire collective du Pays, et condamne *Yahoo* à prendre toutes les mesures pour dissuader et empêcher la consultation de ces pages. Cela permet de souligner que la régulation d'internet passe essentiellement par un système de coopération, d'autorégulation. Successivement les éditeurs ont multiplié les guides de bonnes pratiques et les codes de déontologie. La régulation juridique est néanmoins présente, elle s'illustre particulièrement par le prisme du principe de l'équivalence des protections entre pays membres de l'UE. La Cour JUE précise que les directives relatives à la protection des données personnelles ne portent pas atteinte à la liberté d'expression mais qu'il appartient aux juridictions des États membres d'assurer au cas par cas l'équilibre entre les droits individuels et l'intérêt général. Par deux arrêts importants, la Cour JUE a invalidé les dispositions imposant aux fournisseurs d'accès à internet une trop large obligation de conservation de données sans encadrement. La Cour JUE considère que la directive aurait dû prévoir des règles claires et précises régissant la portée et l'application de ces mesures, et imposait un minimum d'exigence pour que les personnes disposent de garanties suffisantes⁵⁰⁴.

B) Un liberté pouvant remettre en cause la vie privée

266. Le droit à la vie privée est le droit le plus facilement mis en cause sur internet notamment avec les *cookies* et les *mouchards*. Les directives européennes ont tenté de

⁵⁰³ GREFFE (P.), GREFFE (F.), *La publicité et la loi*, Paris, LexisNexis, Litec, 10^{ème} édition, 2004, 1230 p.

⁵⁰⁴ CJUE gr. ch., 8 avril 2014, *Digital rights*. n° C-293/12.

réguler l'utilisation des *cookies*⁵⁰⁵. Le terminal au sein duquel les *cookies* sont stockés doit être considéré comme l'ancrage territorial permettant d'appliquer aux données le régime européen⁵⁰⁶. La directive européenne concernant le traitement des données personnelles et la protection de la vie privée⁵⁰⁷ prévoit que ces *cookies* ne peuvent être implantés que pour des motifs légitimes, par exemple, pour faciliter la fourniture de services. Cela ne peut se faire qu'à la condition que les utilisateurs se voient donner des informations claires et précises sur la finalité de ces témoins, une sorte d'acceptation de renonciation temporaire à la vie privée. Cette directive a été transposée en droit national par la loi relative à la confiance dans l'économie numérique, et s'emploie aussi à limiter le *spazzing*, qui consiste à émettre des mails et des messages à des fins de prospection directe en dissimulant l'émetteur et sans indiquer d'adresse valable permettant aux destinataires de refuser les messages à venir. Pour ces sollicitations, l'émetteur doit avoir obtenu le consentement préalable du destinataire. La Cour précise que le *spazzing* constitue une donnée de collecte nominative, et le fait de recueillir à leur insu les adresses mail de personnes physiques sur l'espace public d'internet sans se soucier de leur droit d'opposition représente une collecte déloyale⁵⁰⁸.

§ 2. Un accès à internet à risques : la désinformation

267. « Le parallélisme juridique entre le réel et le virtuel »⁵⁰⁹. La théorie du « parallélisme juridique entre le réel et le virtuel » consiste à énoncer qu'en principe les pratiques légales ou illégales dans la vie réelle demeurent légales ou illégales également dans le monde virtuel et à travers les appareils numériques⁵¹⁰. Ainsi sur internet se posent des

⁵⁰⁵ Il s'agit de témoins de connexions que le gestionnaire du site plante dans le disque dur de l'utilisateur.

⁵⁰⁶ Il constitue la localisation du fait générateur de responsabilité : lieu de la survenance du préjudice.

⁵⁰⁷ 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).

⁵⁰⁸ Cass. crim., 14 mars 2006, n° de pourvoi: 05-83423.

⁵⁰⁹ Ici une précision s'impose, il faut faire complément une distinction entre : le « parallélisme juridique entre le réel et le virtuel » du « principe du parallélisme des formes » consacré en droit romain et en droit public.

⁵¹⁰ CJUE - 10 novembre 2016, *Vereniging Openbare Bibliotheken c/ Stichting Leenrecht*. Pour la Cour, le prêt d'un livre électronique en bibliothèque, doit être soumis au même régime qu'un livre traditionnel (et ainsi se voir appliquer, sous certaines conditions, l'exception de prêt public visée par la directive européenne du 12 décembre 2006).

questions relatives à la dangerosité de la désinformation moderne (A) et sur l'adaptation de la législation aux *fakes news* (B).

A – La dangerosité de la désinformation moderne : les fakes news

268. Internet, l'ennemi de la démocratie. Selon François Géré : « différente de la propagande, la désinformation se définit comme une entreprise secrète de conception, de fabrication et de diffusion d'un message falsifié dont le but est de tromper le récepteur-cible afin de l'induire en erreur et de le faire agir contre son intérêt »⁵¹¹. La manipulation de l'information et la désinformation ont toujours existées mais elles sont accentuées avec internet. La désinformation a été modernisée avec la communication numérique et l'apparition des *fakes news* à travers par exemple les tweets. Internet ne doit pas devenir l'ennemi de la démocratie⁵¹². Les techniques de désinformation ont été modernisées avec la communication numérique (1) mais le journaliste reste le référent de la vérité (2).

1) La désinformation modernisée par le numérique

269. Plusieurs types de manipulation de l'information peuvent exister. On peut trouver des opérations de propagande comme dans le cas de la propagande de *Daech* dans un contexte de montée du terrorisme. Dans ce cas les réseaux sociaux avaient été utilisés pour véhiculer une idéologie et pour convaincre et recruter des combattants. Il existent des opérations qui sont à visée interne, notamment pour manipuler des élections. Le plus souvent il s'agit d'opérations qui sont de l'ingérence étrangère, comme l'ingérence russe dans la campagne présidentielle américaine. Il n'est pas toujours évident de démêler le vrai du faux. Ainsi il est important d'avoir un esprit critique. Il est important de connaître la source de l'information, qui la relaie, la confronter à d'autres sources contradictoires et consulter d'autres sites.

⁵¹¹ GÉRÉ (F.), *Sous l'empire de la désinformation : la parole masquée*, Paris, Economica, 2018, p. 45.

⁵¹² BADOUARD (R.), *Le désenchantement de l'internet : désinformation, rumeur et propagande*, Paris, Broché, 2017, p. 30.

270. La désinformation se distingue de la propagande. La propagande sert à véhiculer une idéologie et la désinformation est une information fautive qui a comme objectif d'influencer l'opinion publique ou elle peut être utilisée pour renforcer des décisions politiques. La désinformation peut aussi être de la mésinformation, réalisée sans le caractère intentionnel, prise dans l'urgence et donc sans vérification correcte des sources. La propagande est une maîtrise « totale » de la communication par l'utilisation des médias dans les régimes de type dictatorial. Dans ce cas les informations sont véridiques mais elles sont orientées en fonction de choix politiques. Il existe plusieurs motivations pour créer de la désinformation, des intox, des *fakes news*. Ces motivations peuvent être économiques, politiques et sociales, etc. La communication numérique les a développées et a permis de les faire relayer de façon plus simple, immédiate et pouvant atteindre un large public. Les plateformes de recherche peuvent devenir des relais de la désinformation. Daniel Cornu écrivait : « L'affirmation d'une relation entre le journaliste et la vérité n'est pas dépourvu d'un aspect provocant. Elle renvoie cependant à la visée éthique fondamentale de l'information »⁵¹³. Par conséquent, le journaliste maintient une place importante dans la recherche et la transmission de l'information dans la démocratie du XXI^{ème} siècle.

2) Le journaliste, relais de la vérité

271. Albert Londres disait : « Notre métier n'est pas de faire plaisir, non plus de faire du tort, il est de porter la plume dans la plaie »⁵¹⁴. Un travail d'enquête Le référencement des « intox » permet de faire intégrer dans les arguments utilisés par les citoyens ces informations afin de relayer ces messages. L'intox se démultiplie dans les échanges.

B – Le danger des *fakes news*, les fausses nouvelles

272. Les NTIC pourraient vivifier l'initiative populaire en matière législative. Comme le souligne Pauline Türk, dans la plupart des États, malgré leur potentiel, les outils numériques sont exploités à des fins de communication et de diffusion de l'information alors

⁵¹³ CORNU (D.), « Journalisme et la vérité », in *Autre temps, cahiers d'éthique sociale et économique*, n° 58, 1998, p. 27. www.persee.fr/doc/chris_0753-2776_1998_num_58_1_2041

⁵¹⁴ LONDRES (A.), *Terre d'ébène*, Paris, Albin Michel, 1929, p.48.

que les technologies numériques pourraient aussi permettre de vivifier l'initiative populaire en matière législative⁵¹⁵. Le journaliste maintient un rôle central dans l'information à l'ère du numérique car il a l'obligation de vérifier ses informations et ses sources. Internet a fait émerger des pratiques tendant à créer et à transmettre des informations fausses. Afin de pouvoir accéder à une démocratie numérique, on doit s'assurer que l'information qu'on reçoit est fiable (1) et se prémunir des effets secondaires d'internet comme les *fakes news*, les fausses informations dans les plateformes numériques (2).

1) La nécessité d'une information fiable

273. Penser contre nous-même. George Orwell écrivait : « Parler de liberté n'a de sens que si c'est la liberté de dire aux gens ce qu'ils n'ont pas envie d'entendre »⁵¹⁶. On a tous des idées de recherche d'informations par mot clé. Avec les moteurs de recherche, comme Google, Wikipedia, Qwant, etc, on peut avoir accès à des informations qui ne reflètent pas toujours la vérité. Les sources des informations ne sont pas toujours claires et référencées. Les journaux et sites sur internet peuvent être « orientés » politiquement. Ainsi, il faudra consulter plusieurs sources pour avoir la bonne information. Il est important d'être critique et de se méfier des sites internet. Les médias ne sont pas seuls à influencer l'internaute. Les militants politiques peuvent faire de la propagande. Les rumeurs peuvent se transformer en *fakes news*. Avec internet il ne faut pas se faire guider par ses émotions. Chacun devrait apprendre à vérifier les sources de l'information. Le décodage des *fakes news* permet de développer l'esprit critique tout en utilisant librement internet.

274. Les réseaux sociaux ne sont pas des rédactions, ce sont que des diffuseurs. Ces réseaux sociaux permettent la transmission à une vitesse inédite d'informations fausses. On assiste à une « guerre » de l'information, dont les réseaux sociaux sont le champ de bataille. Ces réseaux sociaux réunissent des milliards d'utilisateurs et sont régis par des algorithmes qui proposent des informations « sur mesure ». Cette personnalisation de l'information pourrait être contraire au pluralisme et avoir tendance à favoriser les *fakes news*. À cette situation compliquée, on peut ajouter le danger de l'économie de la sponsorisation de

⁵¹⁵ TÜRK (P.), « La citoyenneté à l'ère du numérique », *RDP*, Lextenso, 2018, p.623.

⁵¹⁶ ORWELL (G.), *La ferme des animaux*, Paris, Gallimard, 1949, p.55.

l'information. Cette pratique permet d'être plus visible dans le fil d'actualités en effectuant un paiement à la plateforme. Il faut réussir à se protéger contre ce phénomène de mécanique de désinformation en ligne. *A contrario*, en faisant des réseaux sociaux, des sortes d'arbitres de la vérité, il pourrait y avoir un danger pour la liberté d'expression. Cependant, il est urgent d'agir car la désinformation alimente une crise de confiance, déjà profonde, entre les citoyens et les médias. Il s'agit d'un véritable enjeu démocratique pour renouer le lien entre les citoyens et les journalistes. Il faudra favoriser la transparence du financement de l'information. La technologie pourra être une alliée dans ce combat, en effet si l'intelligence artificielle peut fabriquer des *fakes news*, elle peut aussi nous aider à les repérer. La lutte contre les *fakes news* ne doit pas se limiter au *fact checking*. L'enjeu aujourd'hui c'est d'enrayer leur propagation.

2) Se prémunir contre la présence des *fakes news* dans les plateformes numériques

275. Parmi les effets secondaires du numérique, on trouve les *fakes news*, les fausses nouvelles. Dans un monde où les infox existent, qui a le pouvoir ? Il existent plusieurs acteurs : ceux qui possèdent les plateformes dans lesquelles ces informations circulent, ceux qui les produisent, et ceux qui avancent sans valeurs si ce n'est la volonté de mettre le chaos dans ces systèmes. Les personnes qui possèdent les plateformes, possèdent des informations sur les producteurs et les diffuseurs des infox. Les plateformes devraient avoir une obligation de collaboration avec l'État en cas de la présence d'infox afin de lutter contre la manipulation de l'opinion. À l'heure de l'infox, il existent deux acteurs qui sont essentiels : les journalistes et les citoyens afin de réussir à prendre de la distance des fausses informations. Il faudrait former la population générale à la maîtrise, au questionnement vis-à-vis de l'information. On permet au citoyen d'accéder à internet avec une inclusion numérique mais on devrait aussi lui permettre d'avoir un regard vis-à-vis de l'information afin qu'il possède les « armes » pour apprendre ce à quoi il va être confronté. Autrement on risque d'accélérer les phénomènes de transmission et de diffusion de l'infox. Aujourd'hui des personnes sans instruction ou peu instruites sont connectés à internet, et devenu c'est leur premier moyen de s'informer. Dés lors il faut s'assurer que sur internet on puisse créer plus de sécurité.

276. La vérification de la véracité de l'information. Il ne suffit pas de croire qu'on pense politiquement juste, pour informer vrai. Et le journaliste doit aussi être attentif à ne

pas être « le porte-voix » d'une accusation qui pourrait s'apparenter à une forme de propagande. Reporter des faits impose de les vérifier, de les sélectionner selon leur pertinence. L'objectif de la loi de 2018 contre la manipulation de l'information est de lutter contre de fausses rumeurs en période électorale, notamment sur internet⁵¹⁷. Cette loi permet plus de transparence dans les réseaux sociaux, en permettant aux utilisateurs de signaler de fausses informations. Et l'une des nouveautés de cette loi, c'est le fait qu'un juge puisse, en urgence, se prononcer sur la véracité ou non d'une information en ligne. Cependant, on sait que les grandes plateformes numériques ne sont pas soumises au cadre juridique français.

Section II : L'affirmation de la protection de l'ensemble de la chaîne de l'information.

277. À l'ère du numérique il nous paraît important de s'interroger sur l'application du secret des correspondances aux courriers par internet, notamment à ceux transmis dans le cadre professionnel. La loi relative au secret des correspondances émises par la voie des télécommunications a vocation à garantir le secret des correspondances privées émises par voie de télécommunication dès lors que le courriel est une correspondance, qui plus est privée⁵¹⁸. Dans l'étude sur « Internet et les réseaux numériques »⁵¹⁹, le Conseil d'État indique que la loi relative au secret des correspondances émises par voie de télécommunication doit s'appliquer aux messages numériques « sous réserve qu'ils aient un caractère privé ». Sur le plan constitutionnel, l'évolution vers une protection des communications numériques accrue tarde à se développer. Conformément au fil d'Ariane de cette thèse qui tend vers la constitutionnalisation du droit numérique, on a constaté que les articles 10 et 11 de la Déclaration de 1789 semblent ne plus pouvoir demeurer les seuls protecteurs des correspondances à l'ère du numérique. Par conséquent, on soulignera les raisons qui induisent à penser que : les journalistes, qui ont, par leurs fonctions, un rôle important dans la vie en société, devraient bénéficier de garanties constitutionnelles par

⁵¹⁷ Loi n° 2018-1202 du 22 décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l'information.

⁵¹⁸ Loi n° 91-646 du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des communications électroniques. Loi modifiée par la loi n°2004-669 du 9 juillet 2004.

⁵¹⁹ Conseil d'État, étude sur « Internet et les réseaux numériques » 2 juillet 1998, Paris.

rapport à leurs communications numériques (**Paragraphe 1**), notamment afin d'éviter toute atteinte injustifiée⁵²⁰ (**Paragraphe 2**).

§ 1. L'évolution constitutionnelle du statut du journaliste à l'ère du numérique

278. Le statut du journaliste a évolué dans le temps avec la progression du statut des médias numériques. Au début du XX^{ème} siècle la profession de journaliste est créée mais la loi du 29 juillet 1881 sur la presse ne protège pas *ad nomine* le journaliste. C'est en 1935 avec la loi Brachard que le statut des journalistes professionnels voit le jour. Cette loi a été complétée par la loi Crassard de 1974 reconnaissant la qualité de journalistes professionnels. Au XXI^{ème} siècle l'ère numérique a tout bouleversé. Du fait de la croissance des nouvelles plateformes de communication internet, naissent des changements dans le monde des communications, des informations et des médias. La protection du statut des journalistes devrait devenir un droit fondamental constitutionnel lié à la liberté de la presse (**A**). Les journalistes sont souvent les relais médiatiques des lanceurs d'alerte. Ainsi, les lanceurs d'alerte devraient bénéficier d'une protection accrue (**B**).

A – La protection fondamentale du statut des journalistes

279. Avec l'émergence des communications numériques à travers internet, plusieurs nouvelles questions sur les violations des communications sont apparues. Nombreuses sont les situations d'abus, d'espionnage et de violation des correspondances, comme dans le cas du journaliste Gérard Davet du journal *Le Monde* chargé de l'enquête sur l'affaire Bettencourt. Le smartphone du journaliste avait été surveillé par le Renseignement Intérieur et l'Inspection Générale des Services⁵²¹. Cette affaire a montré la nécessité d'instaurer une meilleure protection pour le journaliste par rapport aux institutions étatiques. À l'étranger, la dangerosité potentielle due à une protection erronée des informations, est apparue dans le

⁵²⁰ L'atteinte par la notion d'intérêt général est très extensible et largement interprétable en fonction des besoins ou nécessités étatiques, par conséquent elle pourrait être détournée par un gouvernement afin de restreindre les libertés.

⁵²¹ Le 1^{er} septembre 2011, le ministre français de l'Intérieur, Claude Guéant, avait reconnu que le service de renseignement français avait espionné les conversations téléphoniques de Gérard Davet.

cas du journaliste Karim Taymour, ce dernier été emprisonné par le régime syrien pour avoir diffusé, à travers les *social networks*, des informations sur les agissements du Front révolutionnaire syrien⁵²². On constate qu'en France comme à l'étranger, beaucoup de journalistes risquent d'être exposés à l'espionnage d'État, notamment après les révélations de l'affaire Edward Snowden. La mise en œuvre des politiques de protection de la population ne doit pas conduire à l'attaque des libertés individuelles et au détournement de celles-ci.

280. Protéger le secret des sources de manière générale et absolue. Concernant le statut des journalistes, sur le secret des sources, l'article 109 §2 du Code de procédure pénale permet à tout journaliste entendu comme témoin de ne pas révéler l'origine des informations qu'il a recueilli. Cependant ce droit au silence peut être en partie surmonté par l'article 56 §2 qui autorise les perquisitions dans les locaux d'une entreprise de presse ou de communication sous la direction d'un magistrat qui veille à ne pas entraver l'activité des journalistes. Il peut arriver qu'à l'issue de ces perquisitions des procédures pour recel de violation du secret professionnel ou violation du secret de l'instruction sont parfois ouvertes. La loi du 4 janvier 1993 permettait des pressions de l'autorité judiciaire, notamment des perquisitions ou poursuites pour des faits de recel du secret professionnel. La France a été condamnée par la Cour EDH pour violation de l'article 10 de la Convention EDH dans un arrêt du 21 janvier 1999 *Fressoz et Roire c/ France*⁵²³. Cette jurisprudence a été confirmée le 14 juin 2007 par l'arrêt *Dupuis et autre c/ France*. La loi du 4 janvier 2010 a introduit dans le Code de procédure pénale des dispositions permettant de protéger le secret des sources de manière générale et absolue car c'est une protection devant l'ensemble des juridictions pénales⁵²⁴. Cette disposition n'empêche pas les perquisitions au domicile du journaliste ou de l'avocat en présence d'un magistrat, ainsi que la possible consultation des effets personnels, notamment de l'ordinateur ou du téléphone portable. Les enquêteurs peuvent recourir dans le cadre d'une réquisition judiciaire⁵²⁵ à une réquisition de documents

⁵²² VAIREAUX (F.), « Protéger ses sources : le nouveau défi du journaliste face au numérique », Observatoire du journalisme, 7 novembre 2013.

⁵²³ Cour EDH, 21 janvier 1999, *Fressoz et Roire c. France*, n° 29183/95.

⁵²⁴ L'article 109 du Code de procédure pénale prévoit désormais une exception en faveur des journalistes quant à leur obligation de témoigner devant le juge d'instruction. Le texte prévoit que tout journaliste entendu comme témoin sur des informations recueillies dans l'exercice de son activité est libre de ne pas en révéler l'origine.

⁵²⁵ Notamment pour solliciter une documentation spécifique lors d'une enquête pénale.

à l'exception du lieu de travail des journalistes⁵²⁶. Dans cette logique de protection, la loi du 14 novembre 2016 visant à renforcer la liberté, l'indépendance et le pluralisme des médias prévoit que les journalistes ont le droit de s'opposer à toute pression, de refuser de divulguer leurs sources, et de refuser de signer un article ou une émission si une partie du contenu a été modifié en leur insu ou contre leur volonté. Le texte de la proposition de loi prévoyait un élargissement de la protection des sources car il disposait que : « toute personne, qui dans l'exercice de sa profession de journaliste, pour le compte d'une ou plusieurs entreprises de presse pratique le recueil d'information et sa diffusion au public, pouvait bénéficier de la protection des sources ». Ces dispositions ont été censurées par le Conseil constitutionnel qui considère que : « le législateur n'avait pas assuré une conciliation équilibrée entre la liberté d'expression et de communication et d'autres principes constitutionnels tel que le droit au respect de la vie privée, le secret des correspondances et la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation »⁵²⁷. Cela n'empêche pas qu'il puisse y avoir des mesures de perquisition pour éventuellement rechercher les informations dans des domaines qui ont troublé l'ordre public ou la sécurité nationale. C'est l'impératif prépondérant de l'intérêt public qui justifie éventuellement des perquisitions et de porter atteinte aux secrets du journaliste. L'instauration d'une protection constitutionnelle des sources journalistiques (1) permettrait de protéger les nouvelles potentialités du journaliste web toujours plus actif et utile au citoyen dans son rôle de partage d'informations nationales et internationales (2).

1) La protection constitutionnelle nécessaire des sources journalistiques dans le numérique

281. Les atteintes possibles aux sources des journalistes par l'adoption de la loi relative au renseignement. Aux termes des dispositions de l'article 11 de la Déclaration de 1789, composant du bloc de constitutionnalité : « la libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi ». La Constitution ne garantit pas textuellement et de manière expresse le secret des

⁵²⁶ Loi n° 2007-290 du 5 mars 2007 instituant le droit au logement opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale.

⁵²⁷ Cons. const., n° 2016-738 DC du 10 novembre 2016, *Loi visant à renforcer la liberté, l'indépendance et le pluralisme des médias*.

sources, mais elle protège la liberté de la presse et la liberté de communication. Le Conseil constitutionnel n'a pas encore constitutionnalisé la protection des sources journalistiques. C'est la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse qui consacre explicitement le principe de la protection des sources journalistiques. Une décision politique sur ce sujet semble devenir indispensable afin d'amorcer une nécessaire protection accrue. Le « simple fait » que le Conseil constitutionnel ait déjà affirmé sur le fondement de l'article 11 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, la valeur constitutionnelle de la liberté de la presse n'est plus suffisante⁵²⁸. L'adoption de la loi relative au renseignement⁵²⁹, qui a suscité des inquiétudes, car elle peut potentiellement porter atteinte au secret des sources et à la liberté de la presse démontre la nécessité de doter la confidentialité des sources journalistiques d'une protection de rang constitutionnel. Cette protection constitutionnelle permettrait d'éviter toute atteinte future aux secrets des journalistes (a) conformément aux recommandations de la Cour EDH (b).

a. Une protection accrue des journalistes à l'ère du numérique

282. Un objectif de valeur constitutionnelle. La reconnaissance de la protection de la confidentialité des sources journalistiques comme objectif de valeur constitutionnelle forcerait le législateur à prendre en compte cet objectif lors de la rédaction des lois, et protégerait le respect de cette confidentialité. La protection des sources journalistiques est une composante essentielle de la liberté de la presse dans une société démocratique⁵³⁰. La France a ratifié les principaux instruments juridiques internationaux qui consacrent la liberté d'opinion et d'expression. Cette liberté constitue un des piliers des États démocratiques stables et protège de façon fonctionnelle d'autres droits qui en découlent. Dans cette voie, la France a soutenu l'adoption par l'Union Européenne des lignes directrices pour les droits de

⁵²⁸ Dans une décision du 11 octobre 1984, le Conseil constitutionnel a ainsi décidé que la liberté de la presse était « une liberté fondamentale d'autant plus précieuse que son exercice est l'une des garanties essentielles du respect des autres droits de la souveraineté nationale ».

⁵²⁹ Loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement.

⁵³⁰ Cour EDH, 28 juin 2012, *Ressiot et autres c. France*, n° 15054/07 et n° 15066/07. Les perquisitions et les saisies effectuées dans les locaux de « l'Équipe » et du « Point » étaient des mesures disproportionnées comte tenu de l'intérêt d'assurer et de maintenir la liberté de la presse dans une société démocratique.

l'Homme consacrées à la liberté de communication *online*⁵³¹. Le numérique est aujourd'hui un média international utilisé par les citoyens, par les dirigeants politiques, par les adhérents des partis d'opposition politique, par les défenseurs des droits fondamentaux, par les journalistes... Les journalistes et les photoreporters sont souvent les premières victimes des censures de la liberté d'information, notamment pendant les révolutions et les conflits militaires, on peut ici leur rendre encore un grand hommage. Bien que le droit international humanitaire⁵³² reconnaisse l'obligation pour les parties à un conflit d'assurer la protection des journalistes de la même façon que les civils, il n'y a pas eu pendant longtemps de protection *sui generis* pour les journalistes présents dans les zones de conflits armés⁵³³. À la suite de l'initiative française, le Conseil de sécurité de l'ONU a adopté à l'unanimité la résolution n° 1738 relative à la protection des journalistes dans les conflits armés. Cette résolution est le 1^{er} texte du Conseil de sécurité consacré à la protection des journalistes dans les conflits armés, cette résolution affirme les principes fondamentaux de protection des journalistes⁵³⁴. Tout comme les journalistes, les lanceurs d'alerte devraient bénéficier d'une protection accrue de leur profession⁵³⁵. Il est nécessaire d'effectuer une conciliation entre la liberté d'expression avec d'autres valeurs relevant du droit objectif⁵³⁶ ou portées par des droits subjectifs⁵³⁷.

283. La consécration législative de la protection du secret des sources des journalistes. Pour Diane de Bellecize, l'avancée la plus significative de la loi relative à la protection des sources des journalistes est la consécration législative de la protection du secret des sources : « Le secret des sources des journalistes est protégé dans l'exercice de

⁵³¹ Ces lignes directrices sont un outil précieux à disposition des réseaux diplomatiques de l'UE et de ses États membres, destiné à faciliter la promotion et la défense de la liberté d'expression.

⁵³² Conventions de Genève 12 août 1949.

⁵³³ Article 79 du Protocole additionnel I à la Convention de Genève.

⁵³⁴ Cette résolution impose aux parties à un conflit les normes existantes sur la protection des civils dans les conflits armés, notamment leurs obligations de protection, de prévention et de lutte contre l'impunité.

⁵³⁵ « La protection des lanceurs d'alerte par la loi Sapin 2 », BOURDON (W.), LEFEBVRE (A.), 22 mai 2017, *Légipresse.com* N°349, Article sur la nécessité de mieux protéger les lanceurs d'alerte en leur conférant une irresponsabilité pénale.

⁵³⁶ Le droit objectif est ici l'ensemble des valeurs considérées fondamentales dans un État donné et à un moment donné (comme l'ordre public).

⁵³⁷ Le droit subjectif est un intérêt juridiquement protégé (vie privée, présomption d'innocence).

leur mission d'information du public »⁵³⁸. Les bénéficiaires énumérés par la loi sont les journalistes professionnels, à l'exclusion des non professionnels (ex : les blogueurs), exerçant dans une entreprise de presse, de communication au public en ligne, de communication audiovisuelle ou dans une agence de presse. Cependant, la définition du journaliste est plus large et donc plus protectrice que celle donnée par le Code du travail, et ce grâce à la modification du projet de loi introduite par le Conseil d'État. L'article 2 de la loi traduit la volonté du législateur d'éviter les atteintes indirectes au secret des sources, définies comme « le fait de chercher à découvrir les sources au moyen d'investigations portant sur toute personne qui, en raison de ses relations habituelles avec un journaliste, peut détenir des renseignements permettant d'identifier ces sources ». La nécessité de protéger l'ensemble de la chaîne de l'information est ainsi affirmée. L'article 4 de la loi visant à protéger les journalistes reconnaît au profit des journalistes le droit de taire leurs sources tout au long de la procédure comme dans le cadre des témoignages. Cette protection vaut désormais non plus seulement devant le seul juge d'instruction, comme c'était le cas dans le cadre antérieur⁵³⁹, mais aussi devant la Cour d'assises et le Tribunal correctionnel.

284. Les insuffisances de la loi. On constate que la protection des sources des journalistes sur le plan législatif n'est pas un droit absolu. Malgré les avancées notables, les failles de la loi sont encore perceptibles. Deux sont particulièrement graves. La première tient à ce que le législateur n'a pas souhaité ériger en principe absolu la protection accordée aux journalistes. Une atteinte directe ou indirecte peut être légitimée « si un impératif prépondérant d'intérêt le justifie et si les mesures envisagées sont strictement nécessaires et proportionnées au but poursuivi ». Cette exception est justifiée par le degré de la nécessité de l'atteinte. La nécessité de l'atteinte est appréciée en fonction « de la gravité du crime ou du délit, de l'importance de l'information recherchée pour la répression ou la prévention de cette infraction et du fait que les mesures d'investigation envisagées sont indispensables à la manifestation de la vérité ». Il aurait été préférable que le législateur français s'inspire de la loi belge du 7 avril 2005 relative à la protection des sources des journalistes, limitant les

⁵³⁸ Voir en ce sens, DE BELLESCIZE (D.), « La loi du 4 janvier 2010 sur le secret des sources constitue-t-elle un progrès ? », Paris, *Constitutions*, janvier-mars 2012, pp 128-130.

⁵³⁹ Les seules dispositions législatives protectrices introduites par la loi n° 93-2 du 4 janv.1993 figuraient au détour de deux articles du Code de procédure pénale concernant les témoignages et les perquisitions. L'art. 109 prévoyait une exception en faveur des journalistes à l'obligation de témoigner, ais seulement devant le juge d'instruction.

exceptions à la protection des sources aux seuls cas de risque grave pour l'intégrité des personnes. La notion d'intégrité des personnes permet de hausser les limites de protection. Le deuxième défaut tient à ce que la loi relative à la protection des sources des journalistes ne prévoit aucune sanction en cas de violation du secret des sources des journalistes⁵⁴⁰. L'atteinte au secret des sources ne constitue pas une infraction pénale et donc n'entraîne pas de sanctions directes conformément à la maxime latine « *nullum crimen, nulla poena sine lege* ».

b. La protection des sources journalistiques, une recommandation de la Cour EDH

285. La protection des sources journalistiques, l'une des pierres angulaires de la liberté de la presse. Du point de vue supranational, la Cour EDH considère que les États doivent assurer la protection des sources journalistiques même en cas d'infraction pénale car il s'agit de l'une des pierres angulaires de la liberté de la presse, et que dans le cas contraire, la presse pourrait être moins à même de jouer son rôle de chien de garde indispensable et son attitude à fournir des informations fiables et précises⁵⁴¹. La Cour EDH a précisé qu'une juridiction ne peut exiger la communication de documents permettant d'identifier l'auteur d'une fuite, sauf en cas de circonstances exceptionnelles⁵⁴². Dans le même sens, elle constate la violation de l'article 10 dans le cadre de perquisitions dans les locaux des journaux *l'Équipe* et *Le Point* et au domicile de journalistes accusés de violation du secret d'instruction⁵⁴³. La Cour considère que les mesures ne représentaient pas des moyens raisonnablement proportionnés à la poursuite des buts légitimes visés compte tenu de l'intérêt de la société à assurer et maintenir la liberté de presse⁵⁴⁴.

⁵⁴⁰ La loi du 4 janvier 2010 pose le principe général du secret des sources des journalistes sans créer de délit autonome de violation du secret des sources.

⁵⁴¹ Cour EDH, 27 mars 1996, *Goodwin c/ RU*, n° 17488/90, §32.

⁵⁴² Cour EDH, 15 décembre 2009, *Financial Times c/ RU*.

⁵⁴³ « La violation du secret d'instruction », Auteur inconnu, Revue Légipresse.com n°346, 11 janvier 2017, Cass. crim., 10 janvier 2017, *Luigi X.*, L'enregistrement par l'image ou le son du déroulement d'une perquisition viole le secret de l'instruction.

⁵⁴⁴ Cour EDH, 28 juin 2012, *Ressiot et autres c/ France*, n° 15054/07.

2) Les nouveaux atouts du journaliste utilisant le numérique

286. La possibilité de mettre à jour en continu et de façon immédiate les informations. Le journaliste numérique a pour mission de collecter, vérifier et commenter des faits afin de les porter à l'attention des lecteurs qui utilisent internet. La différence avec le journaliste de presse écrite c'est le moyen de communication et de transmission de l'information qu'il utilise : internet. Le journaliste Web adapte son écriture à internet et utilise un style simple et court. Il peut utiliser toutes les potentialités du Web, tel l'hashtag, l'*hyperlink*, etc.⁵⁴⁵, pour compléter ses articles, il a la possibilité de les mettre à jour en continu et de façon immédiate. Avec le développement des journaux sur internet, plusieurs rôles qui étaient réservés aux seuls journalistes, sont désormais aussi effectués par les utilisateurs d'internet. Avant les NTIC, les journalistes étaient la seule source d'information, aujourd'hui l'information arrive en continu et instantané de plusieurs sources. C'est la loi CEN qui a été adoptée pour adapter la législation à ces évolutions.

287. La remise en cause du droit d'auteur du journaliste par la loi Hadopi 1. La loi *Hadopi 1*⁵⁴⁶, en sa partie relative à la lutte contre la contrefaçon de droits d'auteur sur internet a été abrogée, mais cette loi a aussi réformé les droits d'auteur des journalistes. Néanmoins, elle continue à fortement remettre en cause le droit d'auteur. En effet, avant ce texte, un article, écrit par un journaliste, ne pouvait être utilisé par l'entreprise de presse qui l'emploie, que dans un seul journal. Toute utilisation supplémentaire, notamment la publication sur le site Web du journal, nécessitait d'un nouveau contrat et d'une rémunération ou salaire supplémentaire. Le principe est maintenant que le contrat de travail entre le journaliste professionnel et l'éditeur de presse emporte cession à titre exclusif, au profit de l'employeur, des droits d'exploitation des textes du journaliste. Cependant, le contrat ne concerne que les articles écrits pour ce titre et ne constitue donc pas une cession de l'ensemble des écrits.

288. Internet permet la divulgation massive de l'information. Le travail le plus important du journaliste est d'être celui qui effectue des investigations, qui enquête, qui

⁵⁴⁵ À cet égard, un lien hypertexte ne constitue pas nécessairement un acte de communication au public soumis à l'autorisation du titulaire. Le fait d'établir un lien vers une œuvre protégée par le droit d'auteur pouvait intervenir sans l'accord du titulaire des droits, sous réserve que cette œuvre soit librement accessible sur un autre site. CJUE - 13 février 2014, *Svensson et autres c/ Retriever Sverige*.

⁵⁴⁶ Loi n°2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet.

analyse ce qu'il a trouvé et qui le communique au public dans un journal. Le travail des journalistes est utile à la société, prenons en exemple les fraudes fiscales du dossier *Football leaks* de 2016⁵⁴⁷, issues des révélations de journalistes de *Mediapart*. Néanmoins, tout ce qu'un internaute trouve ou lit sur internet n'est pas toujours exact, on trouve sur la toile beaucoup de fausses informations, les *fake news*. Il s'agit là d'un des dangers de la crédibilité de l'information sur internet. Les lecteurs internautes devraient toujours vérifier la source ou le site internet où ils trouvent l'information afin d'avoir plus confiance dans la véracité de l'information. Sur internet beaucoup d'internautes s'attribuent, de façon erronée, le métier de journaliste, lorsqu'ils écrivent dans un blog par exemple. Sur internet il n'est pas nécessaire de posséder une carte professionnelle de presse pour poster des publications et des informations⁵⁴⁸. Notons que la loi de 2018 contre la manipulation de l'information dans les réseaux sociaux établit une distinction devant la loi, rompant le principe d'égalité de tous les citoyens en droit. En effet, dans ses dispositions, elle crée une exception pour les articles de presse rédigés par les journalistes. La possibilité de saisir en urgence le juge vient restreindre la liberté d'expression et de communication.

289. Les infractions de presse visent toutes à réprimer un abus de la liberté d'expression. En matière de prescription des infractions de presse sur internet, c'est la mise en ligne, constitutive de la publication, qui consomme l'infraction et marque le point de départ de la prescription⁵⁴⁹. En revanche l'hésitation est parfois de mise quant à ce qu'il faut entendre par « publication ». Afin d'atténuer la rigueur pratique de la solution précitée, les juges du fond se montrèrent enclins à interpréter largement la notion de « publication »⁵⁵⁰. La Cour de cassation y mit bon ordre. Ainsi dans une affaire où la Cour d'appel de Paris avait considéré que le fait de rendre un site « accessible par une nouvelle adresse, plus courte et donc plus simple que la dénomination initiale », influait « sur le volume

⁵⁴⁷ Fraude fiscale, évasion dans paradis fiscaux, blanchiment de fonds.

⁵⁴⁸ Le Code du travail, dans son article L 7111-3, dispose « est journaliste professionnel toute personne qui a pour activité principale, régulière et rétribuée, l'exercice de sa profession dans une ou plusieurs entreprises de presse, publications quotidiennes et périodiques, ou agences de presse et qui en tire le principal de ses ressources ».

⁵⁴⁹ Voir par ex. Cass. Crim., 19 septembre 2006 n° 05-87.230 : JurisData n° 2006-035552 ; *Comm. Com. Électr.* 2006, obs n° 162 ; *Comm. Com. Électr.* 2006, chron. 3, n°16 obs. Ch. Bigot.

⁵⁵⁰ Voir par exemple TGI Paris 17^{ème} ch., 26 février 2002 : JurisData n° 2002-169041 ; *Comm. Com. Électr.* 2002, comm. 77 nos obs. *In ibidem* LEPAGE (A.), « La prescription des infractions de presse commises sur internet à l'épreuve des liens hypertexte », *Comm. Com. Électr.*, janvier 2017, pp. 43-44.

d’approvisionnement du public » et constituait ainsi un nouvel acte de publication⁵⁵¹, la Cour de cassation, cassant cet arrêt, a affirmé que « la simple adjonction d’une seconde adresse pour accéder à un site existant ne saurait caractériser un nouvel acte de publication de textes figurant déjà à l’identique sur ce site »⁵⁵².

B – Vers une protection accrue du lanceur d’alerte

290. Le risque de poursuites judiciaires du lanceur d’alerte alors même qu’il poursuit l’intérêt général. Comme le souligne Florence Chaltiel, de plus en plus d’États européens, mais aussi d’autres continents cherchent à mettre en place des dispositifs protecteurs des lanceurs d’alerte⁵⁵³. Aujourd’hui avec internet des personnes qui ne sont pas journalistes peuvent donner l’alerte afin de protéger l’intérêt général lorsqu’ils viennent à connaître de certains faits. On constate notamment le développement des lanceurs d’alertes⁵⁵⁴ à travers internet. Le lanceur d’alerte diffuse des informations pour l’intérêt général, souvent sans l’autorisation de sa hiérarchie et au risque de poursuites judiciaires. Sa position se trouve alors compliquée et risquée. Il faudrait développer une protection législative permettant de faciliter les alertes et de protéger les lanceurs d’alerte. Sur le plan législatif, il faudrait protéger leur identité et interdire toute forme de représailles à leur encontre. De plus, et afin de rendre utile leur travail, il serait nécessaire d’instaurer un système réactif afin que les alertes aient comme conséquence des actions rapides.

291. Une protection particulière. Sur le plan législatif, depuis la loi du 14 novembre 2016 visant à renforcer la liberté, l’indépendance et le pluralisme des médias, les lanceurs d’alerte bénéficient d’une protection particulière lorsqu’ils divulguent des informations « dont la diffusion au public constitue un but légitime dans une société démocratique »⁵⁵⁵. Cette disposition législative vise à encourager la transmission

⁵⁵¹ CA Paris, 11^{ème} ch., section B 29 janvier 2004 : *Légipresse* 2004, III, p.50, in LEPAGE (A.), « La prescription des infractions de presse commises sur internet à l’épreuve des liens hypertexte », *Les Revues LexisNexis, Comm. Com. Électr.*, janvier 2017, pp. 43-44.

⁵⁵² Cass. Crim., 6 janvier 2009, n° 05-83.491, *in ibidem*

⁵⁵³ CHALTIEL (F.), *Les lanceurs d’alerte*, Paris Dalloz, 2018, p.33.

⁵⁵⁴ Individu qui découvre des informations dangereuses pour l’homme, la société, l’économie ou l’environnement et qui décide de les transmettre souvent à des médias, parfois contre l’avis de sa hiérarchie.

⁵⁵⁵ Loi n° 2016-1524 du 14 novembre 2016 visant à renforcer la liberté, l’indépendance et le pluralisme des médias

d'informations d'intérêt général mais on constate que les conditions d'accès aux informations d'intérêt général sont insatisfaisantes alors même que les journalistes peuvent être les relais médiatiques des lanceurs d'alerte. La consécration d'un « droit de savoir » à l'égard de l'ensemble des informations intéressant l'intérêt général et démocratique est devenu une actualité brûlante. Des informations d'intérêt général sont parfois trouvées par des citoyens dans leurs activités professionnelles ou lors d'enquêtes personnelles spécifiques et ils peuvent devenir, de fait, des lanceurs d'alerte (1) ils doivent alors bénéficier d'une immunité constitutionnellement garantie (2).

1) La nécessité de renforcer la protection des divulgations des lanceurs d'alerte

292. La prise en compte de la bonne foi. À la suite de la relaxe le 20 mai 2015 par la Cour de cassation⁵⁵⁶ d'un journaliste blogueur après s'être introduit dans le site internet de l'Agence Nationale de Sécurité Sanitaire (ANES) et y avoir extrait et publié sur internet de nombreux fichiers confidentiels afin de démontrer les faiblesses et les failles de la protection du site internet, la situation devenait juridiquement critique. Le législateur conscient de cette situation du statut des lanceurs d'alerte a modifié l'article 323-3 du Code pénal⁵⁵⁷. Dans le cadre de l'amendement « *Bluetouff* » du 15 janvier 2016 les débats sur le sujet ont été relancés. Ils ont abouti à la proposition d'ajouter un nouvel alinéa à l'article 323-1 du Code pénal relatif aux introductions frauduleuses dans un système d'information⁵⁵⁸. Ce nouvel alinéa avait pour objectif d'assurer la protection des lanceurs d'alerte lorsqu'ils veillent « à avertir les responsables de traitement des failles dans leurs systèmes »⁵⁵⁹.

⁵⁵⁶ Cass. Crim., 20 mai 2015, n°14-81.336 : JurisData n°2015-011834 ; JCP G 2015 887, G. Beaussonie ; Comm.com.élect. 2015, comm.74, Éric Caprioli ; Rev.sc.crim. 2015, p.887, J. Francillon ; RTD Com.2015, 600 p., obs. B. Bouloc.

⁵⁵⁷ Notamment en y ajoutant « d'extraire, de détenir, de reproduire, de transmettre, de supprimer ou de modifier frauduleusement des données » L. n°2015—912, 24 juillet 2015 relative au renseignement : Jo 26 juillet 2015.

⁵⁵⁸ « Toute personne qui a tenté de commettre ou commis le délit prévu au présent article est exempt de peine si elle a immédiatement averti l'autorité administrative ou judiciaire ou le responsable du système de traitement automatisé de données en cause d'un risque d'atteinte aux données ou au fonctionnement du système ».

⁵⁵⁹ CAPRIOLI (É.), « Le régime des lanceurs d'alertes de sécurité dans la loi pour une République numérique », Paris, *Comm. Com. Électr.*, janvier 2017, pp.52-53.

293. La non-application de l'article 47 du CPP. L'article 47 de la loi pour une République numérique⁵⁶⁰ prévoit que le Code de la défense soit complété par un article L 2321-4 prenant en considération la bonne foi du lanceur d'alerte pour les besoins de sécurité des systèmes d'information. Il prévoit la non-application de l'article 40 du Code de procédure pénale. Les lanceurs d'alertes de sécurité bénéficient d'une protection conditionnelle, que seule la confrontation à la pratique permettra de juger l'efficacité. Le responsable du système d'information aura toujours la possibilité d'attaquer le lanceur d'alertes sur le fondement d'une introduction frauduleuse dans le site internet ou sur d'autres fondements prévus dans le Code pénal. Le lanceur d'alerte ne bénéficie d'aucune immunité puisque l'article 323-1 du Code pénal n'a pas été modifié. Cependant, si le lanceur d'alertes est de bonne foi et qu'il a procédé à l'information prévue dans le Code de la défense, il sera légitimement en droit de bénéficier de l'appui de l'Agence nationale de la sécurité des systèmes d'information (ANSSI) auprès de l'autorité judiciaire, ce qui devrait entraîner la clôture du dossier par un classement sans suite ou une relaxe.

2) La nécessité de garanties supplémentaires

294. Les lanceurs d'alerte ne peuvent remplir efficacement leur rôle de contrôle des situations qui se présentent s'ils encourent des sanctions. Selon Julien Laferrière le rôle des assemblées modernes est essentiellement un rôle de contrôle et de critique, elles ne peuvent le remplir efficacement que si chaque membre du Parlement est individuellement assuré d'une complète indépendance. Le fondement primordial de l'établissement de l'irresponsabilité, mais également de l'inviolabilité des représentants de la Nation, s'explique par la volonté de protéger le pouvoir délibérant, en tant que pouvoir de vouloir en en garantissant l'indépendance. Il s'agit d'une protection visant à prémunir les parlementaires contre tout ce qui pourrait nuire à la bonne marche des affaires publiques. Les personnes suspectées de pouvoir menacer cette indépendance doivent être comprises au sens large, et la protection doit trouver à s'appliquer à l'encontre de l'ensemble des particuliers mais aussi aux membres du Gouvernement qui pourraient chercher à étendre leur emprise sur les parlementaires. Les citoyens ne peuvent élire d'autres représentants que dans un climat et un moment propice, et non pas de façon incessante, quasi rituelle. Julien

⁵⁶⁰ *Ibidem.*

Laferrière écrivait au sujet des immunités parlementaires qu'« avec le degré auquel, dans la plupart des pays, atteignait la puissance parlementaire, leur justification paraît moins évidente. Le sentiment commun est souvent choqué de l'atteinte ainsi portée à l'égalité des individus devant la loi et devant la justice »⁵⁶¹. Au vu de leur importance en rapport au droit à l'information et à la liberté d'expression et de communication, au même titre que les journalistes, doivent sans cesse être protégés par des normes du plus haut rang, donc constitutionnelles.

⁵⁶¹ BAUMONT (D.) « Liberté d'expression et irresponsabilité des députés », *Les cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, n°9, Paris, Conseil constitutionnel et droits fondamentaux, 2011, pp. 70-75.

Conclusion du titre second

296. Le principe de la neutralité d'internet est l'un des principaux objectifs des défenseurs de la liberté sur internet. Il s'agit de donner une valeur légale, si ce n'est une valeur constitutionnelle à ce principe afin de le rendre juridiquement contraignant et de permettre une meilleure protection des communications numériques⁵⁶². La création d'un tel principe impliquerait pour l'État et pour les fournisseurs d'accès à internet de ne pas bloquer ni ralentir l'accès aux sites, ni de mettre en place des traitements préférentiels en fonction des utilisateurs. Internet est un espace de discussion et au-delà du critère tenant à la variété du discours en cause, les juges devront continuer à veiller à assurer ce domaine comme ouvert à la libre discussion le plus largement possible en accordant une grande protection à l'expression de tout ce qui peut être qualifié « d'opinion » et notamment à toute opinion critique dès lors qu'elle est relative aux affaires publiques et à ceux qui en ont la charge. Internet peut être dangereux pour la liberté d'information. La communication à travers Internet peut être utilisée de façon inappropriée pour développer des infox, des théories de complot, etc. Pour autant la liberté d'exprimer une opinion ne doit pas être facilement limitée à cause de son caractère discutable ou faux. Or, si la subjectivité et la partialité d'une opinion paraissent ardemment se prêter à un contrôle administratif ou judiciaire de sa pertinence⁵⁶³. Le caractère faux d'une opinion pour justifier sa répression, peut s'avérer périlleux, surtout pour un régime démocratique « car toucher à l'opinion, c'est toucher à la fondation même de la démocratie »⁵⁶⁴. Comme l'affirme Michaël Bardin, les nouvelles formations contestataires contiennent beaucoup d'opinions critiques pour peu de propositions⁵⁶⁵. C'est

⁵⁶² TEYSSIÉ (B.) *La communication numérique, un droit, des droits*, Paris, Éd. Panthéon Assas 2012, p. 626.

⁵⁶³ La liberté d'expression a besoin en quelque sorte d'une grande tolérance pour s'exprimer, mais dans les limites de la morale, et qu'elle est consubstantielle à la démocratie. Elle est liée à la vitalité de la démocratie.

⁵⁶⁴ ROLLAND (P.), « Du délit d'opinion dans la démocratie française », *Mélanges Mourgeon*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 287.

⁵⁶⁵ BARDIN (M.), « Les partis politiques et le numérique », *Pouvoirs*, n°163, 2017, p. 54.

ce qui lie tous les mouvements politiques nés ou popularisés par le biais d'internet et des nouvelles technologies qui constituent peut-être leur limite : la volonté de passer d'une activité de contestation à une véritable activité politique au sein des institutions, tout en respectant la participation active promise aux adhérents. Comme pour n'importe quel parti politique, le passage à un programme devra être fidèlement mis en œuvre avec transparence et cohérence.

297. Protégé au titre de la vie privée, le secret des correspondances est une notion juridique à part entière. Le secret des correspondances n'est pas seulement né d'une extension ou d'une partie de la liberté de communication ou du respect de la vie privée. La liberté de communiquer sans crainte ne relève pas de la simple discrétion mais devrait aussi évoluer vers un véritable droit au secret. Dans certains cas le recours au secret peut être justifié pour assurer la sécurité personnelle ou collective. Il faudrait réserver une place importante au secret, notamment pour éviter de renforcer le pouvoir de l'État. La transparence peut révéler des vulnérabilités dont un adversaire peut tirer profit⁵⁶⁶. De la même manière qu'en droit constitutionnel français, le secret des correspondances, malgré son importance, n'est pas affirmé en droit européen en tant que droit absolu. Comme pour tout élément de la vie privée, l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme admet l'ingérence des autorités publiques dans ce domaine, à la condition qu'elle soit prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. Le secret des correspondances cède ainsi devant certains impératifs publics telles les nécessités de l'enquête pénale.

298. « Un impératif prépondérant d'intérêt public » justifiant l'atteinte aux sources. La protection des sources des journalistes sur le plan législatif n'est pas un droit absolu. Malgré les avancées notables, les failles de la loi sont encore perceptibles⁵⁶⁷. Le législateur n'a pas souhaité ériger en principe absolu la protection accordée aux journalistes. Une

⁵⁶⁶ COLEMAN (G.), *Anonymous*, Montréal, Lux Éditeur, 2016, p. 240.

⁵⁶⁷ DE BELLESCIZE (D.), « La loi du 4 janvier 2010 sur le secret des sources constitue-t-elle un progrès ? », *Constitutions*, janvier-mars 2012, pp 128-130.

atteinte directe ou indirecte peut être légitimée « si un impératif prépondérant d'intérêt le justifie et si les mesures envisagées sont strictement nécessaires et proportionnées au but poursuivi »⁵⁶⁸. Cette exception est justifiée par le degré de la nécessité de l'atteinte. La nécessité de l'atteinte est appréciée en fonction « de la gravité du crime ou du délit, de l'importance de l'information recherchée pour la répression ou la prévention de cette infraction et du fait que les mesures d'investigation envisagées sont indispensables à la manifestation de la vérité ». La notion d'intégrité des personnes permet de hausser les limites de protection. La loi relative à la protection des sources des journalistes ne prévoit aucune sanction en cas de violation du secret des sources des journalistes⁵⁶⁹. L'atteinte au secret des sources ne constitue pas une infraction pénale et donc n'entraîne pas de sanctions directes conformément à la maxime latine « *nullum crimen, nulla poena sine lege* ».

299. Vers une protection accrue du lanceur d'alerte. Avec le développement des journaux sur internet, les rôles qui étaient réservés aux seuls journalistes, sont désormais aussi effectués par les utilisateurs d'internet. Avant les NTIC, les journalistes étaient la seule source d'information, aujourd'hui l'information arrive en continu et instantané de plusieurs sources. Avec internet, des personnes qui ne sont pas journalistes, protègent l'intérêt général lorsqu'elles viennent à connaître certains faits. On constate notamment le développement des lanceurs d'alertes à travers internet. Ces pratiques montrent qu'il est nécessaire d'assurer une protection des lanceurs d'alerte visant à les prémunir contre tout ce qui pourrait nuire à la bonne continuité de l'information. Le lanceur d'alerte diffuse des informations pour l'intérêt général, souvent sans l'autorisation de sa hiérarchie et au risque de poursuites judiciaires. Sa position se trouve alors compliquée et risquée. Les lanceurs d'alerte ne peuvent remplir efficacement leur rôle de contrôle des situations qui se présentent s'ils encourent des sanctions. Depuis la loi du 14 novembre 2016, les lanceurs d'alerte bénéficient d'une protection particulière lorsqu'ils divulguent des informations « dont la diffusion au public constitue un but légitime dans une société démocratique »⁵⁷⁰. Il s'agit d'encourager la transmission d'informations d'intérêt général mais on constate que les conditions d'accès

⁵⁶⁸ Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse Modifiée par LOI n°2010-1 du 4 janvier 2010 - art. 1.

⁵⁶⁹ La loi du 4 janvier 2010 pose le principe général du secret des sources des journalistes sans créer de délit autonome de violation du secret des sources.

⁵⁷⁰ Loi n° 2016-1524 du 14 novembre 2016 visant à renforcer la liberté, l'indépendance et le pluralisme des médias

aux informations d'intérêt général sont insatisfaisantes et les journalistes sont souvent les relais médiatiques des lanceurs d'alerte. La consécration d'un « droit de savoir » à l'égard de l'ensemble des informations intéressant l'intérêt général est importante. Certaines informations sont trouvées par des citoyens dans leurs activités professionnelles ou lors d'enquêtes spécifiques et ils peuvent devenir des lanceurs d'alerte. Au vu de leur importance en rapport au droit à l'information et à la liberté d'expression et de communication, au même titre que les journalistes, ils mériteraient de bénéficier d'une protection accrue par des normes du plus haut rang, donc constitutionnelles. Leur rôle est essentiellement un rôle de contrôle et de critique, et ils ne peuvent le remplir efficacement que s'ils sont assurés d'une protection.

300. Comme le considère la Cour EDH, les États doivent assurer la protection des sources journalistiques même en cas d'infraction pénale. L'une des pierres angulaires de la liberté de la presse est la protection des sources journalistiques. Elle lui permet de jouer son rôle de chien de garde indispensable et son aptitude à fournir des informations fiables et précises⁵⁷¹. La Cour EDH a précisé qu'une juridiction ne peut exiger la communication de documents permettant d'identifier l'auteur d'une fuite, sauf en cas de circonstances exceptionnelles⁵⁷². Dans le même sens, elle constate la violation de l'article 10 dans le cadre de perquisitions dans les locaux des journaux *l'Équipe* et *Le Point* et au domicile de journalistes accusés de violation du secret d'instruction⁵⁷³. La Cour considère que les mesures ne représentaient pas des moyens raisonnablement proportionnés à la poursuite des buts légitimes visés compte tenu de l'intérêt de la société à assurer et maintenir la liberté de presse⁵⁷⁴. L'évolution vers une protection des communications numériques accrue tarde à se développer en droit constitutionnel. Le fil d'Ariane de cette thèse tend vers la constitutionnalisation des droits fondamentaux intéressant la communication numérique, et on a constaté que les articles 10 et 11 de la Déclaration de 1789 semblent ne plus pouvoir demeurer les seuls protecteurs des correspondances.

⁵⁷¹ Cour EDH, 27 mars 1996, *Goodwin c/ RU*, n° 17488/90, §32.

⁵⁷² Cour EDH, 15 décembre 2009, *Financial Times c/ RU*.

⁵⁷³ « La violation du secret d'instruction », Auteur inconnu, *Revue Légipresse.com* N°346, 11 janvier 2017, Cass. crim., 10 janvier 2017, *Luigi X.*, L'enregistrement par l'image ou le son du déroulement d'une perquisition viole le secret de l'instruction.

⁵⁷⁴ Cour EDH, 28 juin 2012, *Ressiot et autres c/ France*, n° 15054/07.

301. On a choisi d'étudier des cas concrets avec la protection des communications des journalistes et des avocats. Les premiers à qui on porte atteinte lorsque s'installe une dictature ce sont les journalistes et les avocats. Ces métiers peuvent être considérés comme des garants de la justice. Ces professions sont relatives à la défense des droits et à l'information des citoyens. Les journalistes, et les avocats ont, par leurs fonctions, un rôle important dans la vie en société et devraient bénéficier de garanties constitutionnelles par rapport à leurs communications numériques, notamment afin d'éviter toute atteinte injustifiée par des motifs d'intérêt général à leurs sources. Le statut du journaliste a évolué dans le temps avec la progression du statut des médias numériques. Les journalistes peuvent devenir les relais médiatiques des lanceurs d'alerte. Dans cette logique : les lanceurs d'alerte devraient bénéficier d'une protection accrue. Le Conseil constitutionnel n'a pas encore constitutionnalisé la protection des sources journalistiques. La Constitution ne garantit pas textuellement et de manière expresse le secret des sources, mais elle protège la liberté de la presse et la liberté de communication. C'est la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse qui consacre explicitement le principe de la protection des sources journalistiques. Le fait que le Conseil constitutionnel a déjà affirmé sur le fondement de l'article 11 de la Déclaration de 1789, la valeur constitutionnelle de la liberté de la presse n'est plus suffisant⁵⁷⁵. En définitive, on peut souhaiter l'élévation du droit au respect de la vie privée et du droit de savoir avec le numérique et internet parmi les principes à valeur constitutionnelle : ignorés pendant des années, ils peuvent trouver leur place dans la jurisprudence constitutionnelle et pourraient devenir des rouages essentiels de la vie en société. Si l'intensité de la protection qui leur est accordée peut être discutée, nul ne remet plus en cause leur réalité et nécessité, ce qui est déjà le signe d'une victoire pour des principes dont la pleine consécration à l'ère du numérique n'interviendra que tardivement.

302. Les interceptions modernes ont commencé avec les ondes radios et les antennes. Le télégraphe, le téléphone fixe puis mobile, internet, les modèles de communication modernes ont toujours été au cœur d'une tension permanente entre État et citoyen, notamment à cause de suspicions de surveillances arbitraires ou avec des objectifs politiques. La « nouveauté » de l'ère du numérique est que les nouveaux dispositifs permettent la

⁵⁷⁵ Le Conseil constitutionnel a décidé que la liberté de la presse était : « une liberté fondamentale d'autant plus précieuse que son exercice est l'une des garanties essentielles du respect des autres droits de la souveraineté nationale ». Cons. const. n° 84-181 DC du 11 octobre 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*,

surveillance de masse, de la surveillance limitée à une personne ou à un groupe de personnes, on est arrivés à la surveillance de toute la population. L'objectif invoqué est celui sécuritaire afin d'identifier des suspects encore inconnus des services. Pour les services de renseignement, surveiller ce qui y transite est un enjeu majeur, mais pour chacun d'entre nous la préservation du caractère privé de nos communications, l'est tout autant. Dans ce rapport de force entre l'hyper communication et le désir de surveillance l'équilibre tient en une question, qui surveille les surveillants. Là où la loi devrait régir cet équilibre, une notion vient régulièrement le mettre en danger, l'exception pour la sécurité publique. Ainsi le numérique affermit la capacité des citoyens à bénéficier de la liberté d'expression et de communication, mais il risque d'affaiblir d'autres droits, comme le droit à la vie privée à cause de l'utilisation et la réutilisation des données personnelles⁵⁷⁶. Le Conseil constitutionnel adopte une conception classique en la matière : il s'agit de la sphère intime des citoyens. Le Conseil estime : « qu'il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre le respect de la vie privée et les autres exigences constitutionnelles, telles que la recherche des auteurs d'infractions et la prévention d'atteintes à l'ordre public »⁵⁷⁷. Le Conseil constitutionnel a encore précisé ce cadre constitutionnel : il a rappelé que le pouvoir législatif, en application de l'article 34 de la Constitution, doit fixer les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ainsi que la procédure pénale. Le législateur doit assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions, toutes deux nécessaires à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle, et, d'autre part, le respect des autres droits et libertés constitutionnellement protégés.

303. Des risques pour le respect du droit à la vie privée. Le droit au secret de la correspondance qui initialement était uniquement formulé pour les courriers postaux est à l'ère du numérique applicable aux communications numériques. Cependant, comme le montrent Yves Poullet et Antoinette Rouvroy, l'opacité des systèmes et l'information déficiente procurée aux citoyens conduit ces derniers à s'imposer des restrictions et à s'autocensurer par crainte d'adopter des comportements qui seraient considérés comme étranges par des tiers. En l'absence d'une protection suffisante du fonctionnement des

⁵⁷⁶ CE, Le Numérique et les droits fondamentaux, Étude annuelle, Paris, 2014.

⁵⁷⁷ Cons. const., n° 2011-209 QPC du 17 janvier 2012, *Procédure de dessaisissement d'armes*.

nouvelles technologies, On est conduits, dans le doute, à se conformer au comportement majoritaire, au détriment de notre liberté à exercer nos propres choix⁵⁷⁸. On peut constater que la liberté de communiquer sur internet est une liberté qui remplit une fonction pratique, elle permet à tout citoyen-internaute d'être un « émetteur ». Cette possibilité d'émettre, de communiquer à travers internet est pour le citoyen plus facilement applicable qu'avant avec la presse, la radio ou la télévision, pour des raisons de praticité et d'accessibilité matérielle et technique. Le corollaire de cette liberté doit être une protection des correspondances privée effectuées sur internet. On applique à l'ère du numérique la définition traditionnelle de la correspondance privée, notamment au regard de la nécessité du caractère privé et secret des correspondances, principe qui découle de l'article 9 du Code civil. Ce principe mériterait d'être renforcé et constitutionnalisé car cette protection de niveau législatif liée à la correspondance privée s'applique aujourd'hui au mail et à la messagerie instantanée alors qu'on sait qu'internet a dépassé le téléphone fixe et mobile en tant que vecteur de communications privées⁵⁷⁹.

⁵⁷⁸ ROUVROY (A.), POULLET (Y.), « Le droit à l'autodétermination informationnelle et la valeur du développement personnel : une réévaluation de l'importance du droit à la protection de la vie privée pour la démocratie », in *État de droit et liberté*, Montréal, Éditions Thémis, 2009, pp. 157-222.

⁵⁷⁹ L'année internet 2019, Médiamétrie, publié le 20 février 2020. <https://www.mediametrie.fr/fr/annee-internet-2019>

Conclusion de la première partie

304. La liberté d'expression et de communication : le faisceau de lumière. Le Conseil constitutionnel présente les articles 10 et 11 de la Déclaration de 1789 comme le faisceau de lumière d'un « phare » pour éclairer tous les champs que la protection de la liberté d'expression et de communication des pensées et des opinions doit inclure. Cette liberté permet aujourd'hui une protection générale et fonctionnelle des communications numériques modernes. Les avancées technologiques ont été accompagnées sur le plan législatif d'un arsenal de dispositions encadrant les communications en ligne. On partage l'avis de la CNCDH (Commission nationale consultative des droits de l'homme) qui approuve le point d'équilibre fixé par la Cour européenne des droits de l'homme entre liberté d'information et droit au respect de la vie privée autour de la notion de question d'intérêt public : là où aucune question de cette nature n'est en jeu, les impératifs du respect de la vie privée l'emportent⁵⁸⁰ et le juge constitutionnel veille à protéger la libre discussion des questions d'intérêt public.

305. Internet et le renouveau de la démocratie. Twitter, Facebook, Instagram, LinkedIn... Sur Twitter le « ton » de la publication est souvent plus sérieux, on y trouve de nombreuses déclarations officielles et quotidiennes de personnalités politiques parmi lesquelles par exemple celles du Président des États-Unis d'Amérique Donald Trump. Ce réseau permet d'atteindre facilement et rapidement un plus grand nombre d'utilisateurs, mais aussi de relais médiatiques utilisant Twitter et décuplant les publications par la répétition à la radio et à la télévision. De plus l'essor de la libre communication numérique a accentué la perspective de nouvelles méthodes de communication avec par exemple les *hashtag*. Dans

⁵⁸⁰ C'est notamment l'objet de la jurisprudence *Fuchsmann* contre Allemagne de 2017. Les juridictions allemandes ayant refusé de supprimer un article de presse contenant des déclarations compromettantes sur un homme d'affaires, la Cour EDH a dû vérifier que cette décision mettait correctement en balance des intérêts en cause. En l'espèce, le droit à la vie privée du justiciable et le droit à la liberté d'expression étaient en friction. En confirmant la décision rendue par les juridictions internes, la Cour EDH donne plus d'importance à la liberté d'expression, par rapport au droit à la vie privée, au nom du droit à recevoir une information d'intérêt public. Cour EDH, 19 octobre 2017, *Fuchsmann c/ Allemagne*, 71233/13. CNCDH, Avis « Protection de la vie privée à l'ère numérique », Paris, 22 mai 2018, 44 p.

ce contexte d'évolutions technologiques permanentes, la préservation de nos libertés doit être une « obsession citoyenne continue ». Cette thèse est focalisée sur les questions qui intéressent la liberté d'expression et de communication des opinions à l'ère du numérique et la protection de la démocratie⁵⁸¹. Afin de répondre à notre problématique générale relative aux questions sur les intérêts de la constitutionnalisation du droit numérique fondamental pour mieux protéger l'internaute, au positionnement du juge constitutionnel sur le débat relatif aux frictions entre la liberté d'expression et de communication des pensées et des opinions sur internet et les autres droits fondamentaux constitutionnels, on a insisté sur le fait qu'internet permet un important renouveau de la démocratie et des libertés fondamentales, et notamment de la liberté de communication.

306. La démocratie numérique doit permettre un accès ainsi qu'un partage des données publiques. Le numérique constitue un outil permettant d'atteindre efficacement un tel objectif. Il est en effet possible de mettre en place ce qu'on dénomme « open data » soit des bases de données ouvertes comprenant un ensemble d'informations dont l'accès et l'usage sont laissés libres aux usagers. À cet égard, cette solution semble devoir s'imposer lorsqu'il s'agit d'informations d'intérêt général. Celle-ci s'inscrit dans une idée directrice de notre étude selon laquelle un renouveau de la démocratie peut être assuré grâce à la consécration de droits numériques. On pense que l'accès et l'analyse des données et des informations publiques doit permettre d'avoir des débats contradictoires en utilisant plusieurs prismes et approches, plutôt qu'avoir un seul point de vue étatique. De telles mesures sont susceptibles de continuer à inciter l'État et ses organes à rendre des comptes aux citoyens sur l'action publique, ce qui est dans la logique de l'article 15 de la Déclaration de 1789 aux termes duquel : « la Société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration ».

307. Une réelle demande de droits politiques décisionnels par une partie de la population. Aujourd'hui, de nouveaux débats naissent et peuvent ou doivent pouvoir être discutés librement par les citoyens notamment avec le numérique. Comme l'affirme Pauline Türk, les outils numériques servent la démocratie participative, qui se conçoit dans son

⁵⁸¹ Devant l'ampleur des questions sécuritaires qui se posent, le constat est que pour le moment il paraît difficile de garantir une liberté de communication absolue. Notamment au vu de l'importance pour la sécurité nationale des nouvelles techniques de renseignement et d'investigation rendues possibles par les évolutions technologiques.

rapport ou son opposition, à la démocratie représentative dont elle peut être une alternative ou un complément. Pour elle, ils devraient rendre possibles certains mécanismes de démocratie directe à l'échelle nationale. La participation est facilitée matériellement (vote ; accès dématérialisé à l'information sur les projets ; plateformes contributives, mise en réseau des initiatives et des appels à contribution ; interactivité, instantanéité des échanges et des contributions...) ⁵⁸². Grâce à internet on assiste au renouveau de la démocratie, néanmoins sous le prétexte de la technicité de certains sujets, les citoyens ne sont toujours pas consultés sur les grandes décisions politiques qui les concernent ⁵⁸³. Le problème qui peut être inquiétant est de déterminer quel pourrait être le rôle des citoyens avec le numérique dans la gestion des affaires politiques. La pérennisation des vagues de contestation citoyenne en France à partir de novembre 2018 et notamment « le mouvement des gilets jaunes » a été une démonstration de l'insuffisance démocratique actuelle avec une réelle demande de droits politiques décisionnels par une partie de la population. Internet, tout en pouvant être inquiétant par sa nouveauté et ses potentialités vraisemblablement illimités, continue à démontrer qu'il peut remédier aux carences démocratiques actuelles et promet un grand développement dans le futur en raison du dépassement des risques de manipulation et de *hacking* actuels. Les communications numériques impliquent plusieurs enjeux politiques qui mériteraient d'être protégés par de nouveaux droits fondamentaux constitutionnels.

308. Un dynamisme nouveau permis par la neutralité d'internet, le danger des bulles de filtres. Le numérique peut permettre de rénover les pratiques de concertation citoyenne et instaurer un dynamisme nouveau dans les relations entre élus et administrés. Aujourd'hui, les citoyens-internautes bénéficiant de simples notions informatiques, peuvent effectuer des pétitions en ligne pour défendre ou mettre en exergue leurs opinions ⁵⁸⁴. Le libre débat permis par les NTIC et la neutralité d'internet induisent l'essor de la diversité des opinions et préservent le pluralisme des courants des pensées et des opinions garanties par le troisième alinéa de l'article 4 de la Constitution ⁵⁸⁵. Un danger qu'on a observé est celui qui implique

⁵⁸² TÜRK (P.), « La citoyenneté à l'ère du numérique », *RDP*, 2018, p.623.

⁵⁸³ Par exemple à travers l'instauration d'un referendum numérique qui (de plus) permettrait de dépasser la trivialité du choix habituel « oui ou non ».

⁵⁸⁴ Les citoyens-internautes peuvent donner leur avis par exemple avec l'utilisation du site internet change.org qui permet de faire directement des demandes aux décideurs politiques.

⁵⁸⁵ « La loi garantit les expressions pluralistes des opinions et la participation équitable des partis et groupements politiques à la vie démocratique de la Nation ».

que la navigation sur internet est personnalisée par des algorithmes : les bulles de filtres. En effet, lorsqu'on effectue une recherche sur le web, les résultats diffèrent de ceux qu'obtiendrait une autre personne même si on fait exactement la même recherche. Le web se personnalise chaque jour en fonction de notre historique de recherche. On constate que ce filtrage privilégie ce qui nous intéresse déjà, au risque de nous éloigner de ce que l'on connaît beaucoup moins. Là est toute la nouveauté des bulles de filtres, ce qui pose une nouvelle fois la question du traitement des données personnelles et de leur utilisation.

309. La nécessaire conciliation de la liberté de communication avec les défis actuels liés au numérique. Il s'agit de s'inscrire dans une démarche de recherche de l'effective conciliation de la liberté de communication des opinions avec les autres droits fondamentaux et l'intérêt général. La conciliation des droits fondamentaux et la conjugaison de l'ensemble des mesures liées au numérique doivent permettre davantage de démocratie, de participation citoyenne et de justice sociale. La liberté d'expression et de communication sur internet devrait bénéficier d'un régime constitutionnel précis et cohérent avec l'ère numérique pour, d'une certaine manière, sanctuariser les espaces publics et privés de communication numérique en faisant autant que possible obstacle aux tentatives d'ingérence et de limitation des institutions privées et étatiques. Il ne s'agit pas d'instaurer un régime visant à valoriser les droits subjectifs les uns aux dépens des autres, mais à sauvegarder une condition essentielle sans laquelle il n'y a plus de démocratie, ni de société libre. Une composante essentielle de la liberté des médias dans une société démocratique est la protection des sources journalistiques. La reconnaissance de la protection de la confidentialité des sources journalistiques comme objectif de valeur constitutionnelle imposerait au législateur de le prendre en compte lors de la rédaction des lois, et protégerait le respect de cette confidentialité. La protection des sources journalistiques, devrait être considérée comme une composante essentielle de la liberté d'information dans une société démocratique. La liberté de la presse constitue un des piliers des États démocratiques stables et protège de façon fonctionnelle d'autres droits qui en découlent. Internet est aujourd'hui un média international utilisé par les citoyens, par les dirigeants politiques, par les adhérents des partis d'opposition politique, par les défenseurs des droits fondamentaux, par les journalistes, etc. Les journalistes et les photoreporters sont souvent les premières victimes des censures de la liberté d'information, notamment pendant les révolutions et les conflits militaires, on peut ici leur rendre encore un grand hommage.

310. L'affirmation constitutionnelle de droits relatifs au numérique. L'inscription dans la Constitution française de droits fondamentaux numériques et notamment d'un droit constitutionnel spécifique garant de l'accès à internet n'est pas à l'ordre du jour de « l'agenda constitutionnel »⁵⁸⁶. Le Conseil constitutionnel dans la décision relative à la loi favorisant la diffusion et la protection des créations sur internet, a pour la première fois jugé que l'accès à internet est une composante de la liberté d'expression et : « 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 »⁵⁸⁷. Par conséquent il faut prendre soin de vérifier que les atteintes portées à l'exercice de la liberté d'expression et de communication sur internet soient nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi, tout en étant conscients que la liberté d'expression et de communication n'est ni générale ni absolue⁵⁸⁸. Le juge constitutionnel a rappelé dans la décision relative à la loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse que : « la libre communication des pensées et des opinions est l'un des droits les plus précieux de l'homme » en précisant que « si le principe ainsi proclamé à l'article 11 de la Déclaration de 1789 ne s'oppose point à ce que le législateur édicte des règles concernant l'exercice du droit de libre communication et de la liberté de parler, écrire et imprimer, c'est en vue de le rendre plus effectif ou de le concilier avec d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle »⁵⁸⁹.

311. L'incomplétude du droit fondamental constitutionnel. La pratique jurisprudentielle du Conseil constitutionnel a démontré le caractère nécessairement incomplet et ponctuellement perfectible du système juridique constitutionnel. À travers nos démonstrations on a insisté sur le fait qu'il faut admettre, à l'ère du numérique, la notion de

⁵⁸⁶ Cependant depuis que le juge constitutionnel a rendu la décision *Hadopi* du 10 juin 2009 il a marqué un point de départ en reconnaissant le droit d'accès à internet comme une condition d'exercice de la liberté d'expression et de communication protégée par l'article 11 de la Déclaration de 1789.

⁵⁸⁷ Cons. const., n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*.

⁵⁸⁸ Cons. const., n° 82-141 DC du 27 janvier 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle*.

⁵⁸⁹ Cons. const., n° 84-181 DC du 11 octobre 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*.

lacune en droit constitutionnel, acquiesçant de la sorte à un système constitutionnel incomplet⁵⁹⁰. Selon Norberto Bobbio le droit « n'est nécessairement ni cohérent, ni complet. Il n'existe en effet aucune nécessité, ni logique, ni factuelle, que l'autorité compétente qui créerait des normes dans un cas spécifique, valides dans le système, le fasse de manière telle (...) qu'elle régule complètement un domaine donné »⁵⁹¹. Nombreux sont ceux énonçant que « les lacunes du droit sont, non seulement possibles, mais fréquentes en pratique »⁵⁹². La généralité des normes juridiques, confrontée au particularisme de chaque cas spécifique aboutit nécessairement à ce que des situations n'entrent dans le champ d'application d'aucune règle alors qu'elles nécessitent un encadrement juridique. La position qui soutient et vise à garantir constitutionnellement la liberté d'expression et de communication sur internet se fonde sur une conception reposant sur la vertu du débat privé et public. La mise en exergue dans la Constitution de la liberté d'expression et de communication sur internet est nécessaire si on veut sauvegarder au XXI^{ème} siècle l'édifice toujours fragile, de nos libertés fondamentales. Dans cette logique, il s'agit de réussir à concilier un exercice encadré de la liberté de communication avec les défis liés au numérique (**Seconde Partie**).

⁵⁹⁰ Sur la lacune en droit, notion équivoque et plurivoque, on a notamment insisté sur la présence de lacunes au propos du droit numérique.

⁵⁹¹ BOBBIO (N.), *Essai de théorie du droit (recueil de textes)*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 135-136.

⁵⁹² ECK (L.), *L'abus de droit en droit constitutionnel*, Paris, L'Harmattan, 2010, p. 588.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

SECONDE PARTIE

L'EXERCICE ENCADRÉ DE LA LIBERTÉ DE COMMUNICATION ET LES DÉFIS LIÉS AU NUMÉRIQUE

L'EXERCICE ENCADRÉ DE LA LIBERTÉ DE COMMUNICATION ET LES DÉFIS LIÉS
AU NUMÉRIQUE

312. L'évolution paradoxale de la protection des libertés avec les progrès inespérés de la protection des libertés. Guy Carcassonne s'inquiétait de ce qu'il appelait une « évolution paradoxale » de la protection des libertés⁵⁹³. En effet, selon le constitutionnaliste, bien que théoriquement la protection des libertés se fût beaucoup améliorée grâce à des réformes réalisées entre 1980 et 2008, qui offraient de nouvelles possibilités de recours devant des juridictions nationales ou internationales, les citoyens ne se sentaient pas vraiment plus libres et, beaucoup plus grave, l'auraient été plutôt moins⁵⁹⁴. Guy Carcassonne soulignait ainsi que la liberté avait dû subir la « concurrence » de nombreux autres principes comme la sécurité publique et la dignité de la personne humaine. On est convaincu du fait que l'utilisation du numérique par les services de l'État pour la protection de la sécurité publique est un véritable atout du XXI^{ème} siècle et de l'ère numérique. Ainsi, la sécurité publique se voit renforcée à condition que les procédures garantissant la protection des droits fondamentaux soient respectées. On croit que la constitutionnalisation des droits fondamentaux numériques est une conséquence normale de l'évolution juridique de la société française, on apportera les justifications nécessaires à la défense d'une telle position. Notre prétention aboutira, nécessairement, à effectuer une sélection rigoureuse de certains droits et libertés⁵⁹⁵ afin d'inciter à ériger uniquement les potentiels droits et libertés fondamentaux numériques en dispositions faisant partie des normes de référence et du bloc de constitutionnalité utilisés par le Conseil constitutionnel. L'étude des communications numériques implique d'analyser des droits et principes traditionnels tels : le principe de dignité de la personne humaine, le principe d'inviolabilité du secret des correspondances, la protection des sources des journalistes, mais aussi l'essor de nouveaux droits et principes spécifiques au numérique, tels : le droit à l'accès à internet, le droit à l'oubli, le principe de neutralité, le principe de la transparence numérique, le principe de finalité de la collecte des données personnelles et la limitation de la conservation de celles-ci, le droit à la déconnexion. Ces dispositions nécessitent d'être appliquées et conciliées avec d'autres normes fondamentales ou exigences d'intérêt général, afin par exemple de maintenir la

⁵⁹³ CARCASSONNE (G.), « Libertés : une évolution paradoxale », Paris, *Pouvoirs* n°13, 2009, pp. 5-15.

⁵⁹⁴ *Ibidem*.

⁵⁹⁵ Cf. par exemple : le droit d'accès à internet, la protection des données personnelles, le secret des correspondances, la neutralité d'internet, etc.

protection de l'impératif de la recherche des auteurs d'infraction et la prévention des atteintes à l'ordre public⁵⁹⁶.

313. La sécurité, la santé publique, l'environnement. Tout ce qui relève de la protection de l'intérêt général permettent lors d'un contrôle de proportionnalité de nature constitutionnelle de justifier une atteinte à des droits fondamentaux. Cette spécificité du Conseil constitutionnel a été une nécessité au regard de l'intérêt général au cours d'une partie de sa jurisprudence. C'est en utilisant cette méthode que le Conseil constitutionnel a concilié l'ensemble des droits fondamentaux constitutionnels entre eux et par rapport à l'intérêt général.

314. Le numérique : d'importants effets de *jure* et de *facto* sur nos libertés. Comme l'écrit Pauline Türk : « La révolution numérique produit des effets, *de jure* et *de facto*, sur la protection et sur l'exercice des libertés et droits fondamentaux »⁵⁹⁷. Dans la jurisprudence constitutionnelle, l'extension des droits fondamentaux aux situations relatives aux communications numériques tend de plus en plus à s'affirmer. Il ne fait guère de doute que le domaine et les possibilités d'application du droit constitutionnel s'est sensiblement étendu au fil du temps, notamment après les réformes effectués entre 1980 et 2008. Il y a eu une extension du contenu de la Constitution qui en vient à régir pratiquement tous les aspects de la vie juridique, sociale et économique du citoyen. C'est pourquoi on peut dire que l'une des caractéristiques du constitutionnalisme d'aujourd'hui est son élargissement en entendant par là sa propension nouvelle à disposer sur tout. Sans trop simplifier les choses, les Constitutions traditionnelles, après avoir, le cas échéant, posé dans un titre préliminaire un certain nombre de principes fondamentaux relatifs, et avant dans un dernier titre, d'aborder les règles relatives à leurs modalités de révision, contenaient avant tout deux grandes séries de dispositions : en premier lieu, des dispositions relatives aux libertés publiques ou aux droits fondamentaux reconnus aux citoyens voire aux personnes morales⁵⁹⁸, en second lieu, des dispositions relatives aux institutions. En suivant le raisonnement en faveur de la constitutionnalisation des droits numériques fondamentaux, qui est le fil rouge de cette thèse,

⁵⁹⁶ MALAURIE (P.), *Droit des personnes : protection des mineurs et des majeurs*, Paris, LGDJ, 2017, p. 377.

⁵⁹⁷ TÜRK (P.), « Les droits émergents dans le monde numérique : l'exemple du droit à l'autodétermination informationnelle », *Politeia – Les Cahiers de l'AFAAIDC*, 2017, pp. 251-261.

⁵⁹⁸ Le droit constitutionnel matériel, pour utiliser une expression du Doyen Louis FAVOREU.

on estime que les nouvelles dispositions de source européenne sont une importante avancée grâce aux effets protecteurs qu'elles produisent qui cependant demeurent insuffisants par leur absence au niveau constitutionnel national. Par conséquent, à l'ère du numérique, on observe la nécessité d'un (meilleur) encadrement constitutionnel de la liberté de communication induit par le respect des droits et libertés fondamentaux (**Titre premier**) avec la prééminence du maintien de la sécurité publique (**Titre second**).

Titre premier

Un encadrement induit par le respect des droits et libertés fondamentaux sur internet

315. La liberté d'expression peut être comparée avec d'autres libertés constitutionnelles non absolues. En effet, selon la Constitution, certaines opinions peuvent être interdites. Les articles 10 et 11 de la DDHC posent ces limites, qui sont les abus dans les cas déterminés par la loi et le trouble de l'ordre public. Par conséquent, le législateur peut interdire des opinions contraires aux droits de l'homme et notamment à la dignité humaine. La portée de la liberté d'expression est ainsi, dans l'ordre constitutionnel, un balancement d'intérêts. Une telle idée donne raison à une partie de la doctrine qui défend l'idée selon laquelle le droit constitutionnel est une « friction » de droits avec des positions idéologiques. La liberté d'expression des opinions n'est valable que lorsqu'elle respecte l'équilibre des valeurs constitutionnelles françaises. Il est facile de proscrire les opinions en faveur de la torture, de la réintroduction de la peine de mort ou de la remise en question d'interdictions des discriminations, étant des menaces pour les valeurs fondamentales de notre État de droit. Mais aucune liberté fondamentale n'est autant un droit des communautés minoritaires que la liberté d'expression et de communication des opinions. La liberté d'expression des opinions prend vraiment son importance lorsque des opinions vont contre la pensée commune dominante. Internet permet aujourd'hui aux communautés minoritaires de s'exprimer de façon plus libre, néanmoins l'État de droit veille à ce que certaines limites ne soient pas franchies.

316. Le motif de l'étude du principe de la dignité de la personne humaine et de la liberté de religion dans les communications numériques. Le lecteur de notre travail pourrait se demander pourquoi dans cette partie de la thèse et à la suite de nos raisonnements on étudiera dans ce titre premier ; le respect du principe de la dignité humaine et la liberté

de religion sur internet. On avait comme objectif de réaliser une thèse en droit constitutionnel, par conséquent on a choisi un principe fondamental et une liberté fondamentale qui parfois sont en friction avec la liberté d'expression et de communication. Ainsi on a choisi d'étudier le respect de la dignité humaine et la liberté de religion. Cependant on est conscients que d'autres droits et libertés fondamentaux, ainsi que des nouvelles questions et défis sont primordiaux et sont renouvelés par le numérique. Certaines nouvelles pratiques liées à internet et au numérique ont considérablement augmenté les atteintes à la personne, à la dignité humaine. La liberté de communication sur internet n'est pas sans limites, elle contient des dangers. Elle implique le respect de la dignité humaine notamment pour être protégé des abus, dès lors il s'agit d'étudier un droit intéressant le numérique : le droit à la déconnexion (**Chapitre I**). S'il est vrai que dans le contexte français le droit d'accès à l'internet a été reconnu sur la base du droit à la libre expression, il est vrai aussi que le droit d'accès à l'internet n'est pas seulement un moyen d'exercer la liberté d'expression et il comprend le droit de pratiquer librement la religion (**Chapitre II**).

Chapitre premier – Le respect de la dignité humaine sur internet : le risque d'être hyper connectés

317. Une laisse électronique. Comme l'affirme Valérie Carayol : « L'activité numérique des citoyens sur leurs différents terminaux électroniques mobiles s'intensifie au rythme des nouvelles injonctions à communiquer des organisations contemporaines. Connectés, hyper connectés, débordés, comment les cadres vivent-ils leurs pratiques des outils de communication mobile ? Comment font-ils face à ce qui est parfois évoqué comme une laisse électronique ? »⁵⁹⁹. LA dignité humaine est-elle respectée ? De plus, le développement des communications sur internet peut contribuer à faciliter la commission d'infractions portant atteinte à la dignité humaine, la rapidité avec laquelle les réseaux se sont développés et l'immensité du nombre des communications rend difficile le travail des enquêteurs et des

⁵⁹⁹ CARAYOL (V.), SOUBIALE (N.), FELIO (C.) BOUDOKANE (F.), *La laisse électronique : les cadres débordés par les TIC*, Éditeur Maisons des sciences de l'homme d'Aquitaine, 2016, p. 34.

magistrats. La dignité humaine doit être respectée dans les communications numériques (**Section I**) afin de permettre le développement d'opinions respectueuses d'autrui sur internet (**Section II**).

Section I : La conciliation de la dignité humaine avec les autres droits dérivant du numérique

318. La dignité humaine : des incertitudes importantes quant à sa signification spécifique. La dignité humaine est une notion générale très large, et à l'ère du numérique il n'est plus guère contestable qu'elle soit entrée dans la sphère juridique des communications numériques. En effet, la loi visant à lutter contre le terrorisme a instauré une procédure de signalement et de retrait, destinée à assainir les sites internet de leurs contenus illicites, dont notamment les atteintes à la dignité humaine⁶⁰⁰. Cependant des incertitudes importantes subsistent quant à sa signification spécifique. La dignité en question ne peut être la *dignitas* romaine, celle qui s'attache à une fonction ou à une profession. Il ne peut s'agir davantage d'une extension de l'ordre public permettant d'opposer à autrui sa propre dignité pour l'empêcher d'agir (*cf.* affaire du lancer de nain⁶⁰¹). La dignité de la personne humaine correspond au respect qu'une personne humaine peut exiger des autres en cette seule qualité. Les droits fondamentaux ont donc pour objet d'éviter que cette personne ne soit niée en tant que personne. L'extension et le renouveau du droit constitutionnel avec le numérique implique la reconnaissance (textuelle) de nouveaux droits, tel le principe de dignité de la personne humaine dans les communications numériques. En outre, ce droit permettrait d'améliorer l'effectivité de la protection réalisée par les magistrats dans les cas concrets. Au niveau juridique interne, la nouvelle condition de la dignité humaine sur internet (§ 1) implique la régulation constitutionnelle des communications numériques (§ 2).

⁶⁰⁰ La loi n°2014-1353 du 13 novembre 2014 visant à lutter contre le terrorisme. In MAYAUD (Y.) « Terrorisme », Paris, www.dalloz.fr, février 2015.

⁶⁰¹ CE, 27 octobre 1995, *Commune de Morsang sur Orge*.

§ 1. Les nouvelles stratégies en faveur du respect de la dignité humaine dans la communication numérique

319. Plusieurs institutions étatiques sont chargées de lutter contre la cybercriminalité et les atteintes à la dignité humaine par la voie de la communication numérique. La Sous-direction de lutte contre la cybercriminalité (SDLC) avec la plateforme internet « Pharos » coordonne les services répressifs compétents en matière d'infractions liées aux technologies de l'information et de la communication, il est le point de contact pour la coopération policière internationale. Au niveau international, Interpol, a comme objectif l'amélioration de la coopération policière internationale et effectue des opérations de police judiciaire de grande ampleur telles que l'opération « Cathédrale » par exemple⁶⁰². L'opération « Cathédrale » a permis l'anéantissement d'un réseau diffusant plus de 100.000 fichiers de pornographie infantile qui s'est traduite par l'arrestation de plusieurs personnes dans différents pays. Europol vise l'amélioration de l'efficacité des services compétents des États membres et l'intensification de leur coopération dans le cadre de la prévention et la lutte contre la criminalité internationale organisée. Europol dispose d'un système d'informations et a créé un fichier d'analyse concernant la pédophilie sur internet. Un autre système très efficace est le système d'information Schengen qui permet l'échange d'informations entre les États signataires et la consultation automatisée de données sur les personnes, les véhicules et les objets signalés. La Convention de Budapest constitue le premier traité international sur les infractions pénales commises contre les réseaux informatiques ou à l'aide de ceux-ci⁶⁰³. Cette Convention⁶⁰⁴ signée à Budapest par 30 pays dont la France, visait à harmoniser les législations nationales pour mieux lutter contre la cybercriminalité.

320. Le contrôle d'internet est un enjeu majeur dans la sécurité. Avec 4,4 milliards d'internautes dans le monde en 2018, et 52,3 millions, soit 84 % en France, la sécurité sur le cyberspace est devenue un enjeu majeur. La question se pose donc de savoir quelles sont

⁶⁰² Criminalité organisée en Europe : la menace de la cybercriminalité : rapport de situation, Librairie en ligne, Conseil de l'Europe, 2004, 270 p.

⁶⁰³ DENIZEAU (C.), *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Vuibert 2^{de} édition, 2012, 434 p.

⁶⁰⁴ Convention du Conseil de l'Europe sur la cybercriminalité.

les mesures prises par la France et comment elles s'inscrivent dans le contexte international. La France a une politique tendant à assurer sa sécurité, intérieure comme extérieure, et de se positionner en tant que puissance mondiale de cyberdéfense. Compte tenu du fort aspect technique, la France a créé en 2009 une agence nationale spécialisée, l'Agence nationale de la sécurité des systèmes d'information. De plus, la cyberdéfense représentant un enjeu géopolitique important, la France l'utilise pour la collaboration internationale. Le législateur a pris cette question en compte dès 1988, avec la loi du 5 janvier. De nombreuses autres lois ont renforcé les moyens d'investigation et pris en compte les nouvelles techniques d'escroquerie. Il est notamment prévu la création d'un délit d'usurpation d'identité en ligne. À côté de ces outils législatifs, les pouvoirs publics ont mis en place des mesures d'information et formation, pour les particuliers et pour les entreprises. Il s'agit de faire prendre conscience des risques. Par exemple, les élèves suivent une formation afin d'obtenir le brevet informatique et internet et acquièrent ainsi les bonnes pratiques. La sécurité sur le cyberspace concernant également les systèmes informatiques et les données de l'État, une agence spécialisée a été créée par décret le 7 juillet 2009. Il s'agit de l'Agence nationale de la sécurité des systèmes d'information (ANSSI). Celle-ci réunit les compétences techniques nécessaires pour assurer la sécurité des systèmes et protéger les secrets d'État. Afin de doter la France d'une capacité de défense informatique, cette agence a notamment pour objectif d'étendre les réseaux sécurisés et résilients. L'enjeu est de pouvoir éviter la paralysie de l'activité du pays en cas d'attaque. Ces mesures s'inscrivent dans la volonté de la France de se positionner comme une puissance mondiale de cyberdéfense et de favoriser la collaboration internationale.

321. De nombreux États ont été victimes d'attaques mettant hors service des infrastructures essentielles⁶⁰⁵. Ainsi le cyberspace est devenu un outil politique et peut être le théâtre de conflits entre États. Une course pour le contrôle d'Internet s'est mise en marche, notamment entre les États-Unis et la Chine. En effet, Internet est massivement contrôlé par les États-Unis, au travers d'organisations comme *l'Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN) qui est en charge du processus d'adressage. Dans ce contexte, la France cherche à promouvoir l'entraide judiciaire internationale. En tant que membre du Conseil de l'Europe, la France est partie à la Convention de Budapest du 23

⁶⁰⁵ C'est le cas de l'Iran, en septembre 2010, qui a été touché par le virus *Stuxnet* et a accusé l'Occident.

novembre 2001. Elle fixe le cadre de la coopération internationale contre la cybercriminalité et définit les lignes directrices pour l'élaboration d'une législation spécifique. Elle prévoit la mise en place de points de contact afin de faciliter les enquêtes internationales. Ainsi la France a développé toute une stratégie de cyberdéfense afin de garantir sa propre sécurité ainsi que celle de ses citoyens. Cela lui permet de se positionner en tant que puissance mondiale sur le cyberspace et l'a conduite à participer et à encourager la collaboration internationale. La Convention de Budapest pose les règles de la coopération internationale impose que les autorités judiciaires et les services de police d'un État puissent agir pour le compte d'un autre État dans la recherche de preuves électroniques, sans toutefois mener d'enquêtes ni de perquisitions. Les informations obtenues peuvent être rapidement partagées. Les dispositions de la Convention sont soumises aux conditions légales des pays signataires et elles garantissent le respect des droits de l'homme, dont notamment le respect de la dignité humaine et l'application du principe de proportionnalité des peines.

322. Le principe constitutionnel de la dignité de la personne humaine, et le numérique. Il est possible de dater l'essor du principe constitutionnel de la dignité de la personne humaine dans la jurisprudence constitutionnelle française avec la décision dite *Bioéthique*⁶⁰⁶. En ce qui concerne l'application du principe de la dignité de la personne humaine et plus généralement la sauvegarde des droits fondamentaux, le Conseil constitutionnel a plusieurs fois appliqué une jurisprudence de portée générale qui impose au législateur de mettre en œuvre pleinement la compétence que l'article 34 de la Constitution lui attribue : « La loi fixe les règles concernant les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques, la liberté, le pluralisme et l'indépendance des médias, les sujétions imposées par la Défense nationale aux citoyens en leur personne et en leurs biens »⁶⁰⁷. Sur internet et dans les communications numériques, les atteintes à la dignité de la personne humaine sont possibles et paraissent facilitées par un sentiment d'anonymat. Ainsi l'utilisation des communications numériques pouvant être le moyen pour la commission d'infractions, apparait la nécessité de régulation d'internet pour la protection du respect de la dignité humaine. Le droit au respect de la dignité

⁶⁰⁶ Cons. const., n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, loi relative au respect du corps humain, au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal.

⁶⁰⁷ Article 34 de la Constitution modifié par la loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008 art. 11.

humaine de chacun dans la libre communication est un droit constitutionnellement reconnu depuis 1994 (A) néanmoins ce noyau dur pourrait être rénové et amplifié, il pourrait être la source juridique du droit à la déconnexion d'internet (B).

A – La protection du respect de la dignité de la personne renouvelée par le numérique

323. Le respect de la dignité de la personne humaine implique d'étudier les nouvelles questions la concernant et dérivant du numérique. Il s'agit de démontrer que ce principe est protéiforme et que par voie de conséquence, hypothétiquement applicable aux questions juridiques intéressant le numérique. Actuellement le droit au respect de la dignité de la personne humaine est inscrit au plan législatif, et est protégé au niveau européen sans être appliqué aux nouvelles questions liées au numérique. Le droit au respect de la dignité de la personne humaine est inscrit au plan législatif, dans le Code pénal et dans les lois relatives à la liberté de communication⁶⁰⁸. Le principe de dignité de la personne humaine s'est notamment vu reconnaître comme fonction de renforcer des droits existants. Parmi les récents exemples sur ce sujet on trouve l'interdiction des « concours de beauté de jeunes-filles, les Mini-miss » qui ont été jugés comme portant atteinte à la dignité des enfants⁶⁰⁹. Dans cette tendance de protection de la dignité humaine, le rôle du droit de l'Union européenne n'est pas mis à l'écart. Un certain nombre de lois nationales sont la transposition de directives utilisant la notion de dignité, notamment les lois portant diverses dispositions d'adaptation au droit européen dans le domaine de la lutte contre les discriminations ou la loi relative à la bioéthique⁶¹⁰ transposant la directive relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques⁶¹¹. Comme il a été souligné, on peut constater que certaines données du droit européen ont pu influencer la jurisprudence du Conseil constitutionnel

⁶⁰⁸ Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 *loi relative à la liberté de communication (Loi Léotard)*.

⁶⁰⁹ Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 *loi pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes*.

⁶¹⁰ Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 *loi relative à la bioéthique*.

⁶¹¹ Directive 98/44/CE du Parlement Européen et du Conseil.

silencieusement, le droit européen vient enrichir discrètement la jurisprudence constitutionnelle du Conseil ⁶¹².

324. Une jurisprudence paradoxale. La jurisprudence du Conseil constitutionnel français à l'égard du droit européen et plus particulièrement de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme est paradoxale⁶¹³. En effet, dans le cadre de sa mission de juge de la constitutionnalité des lois, le Conseil s'est toujours refusé l'application de la Convention européenne dans la mesure où il se déclare incompétent pour contrôler la conventionalité des lois. Pour autant, le Conseil ne reste pas sans donner de l'intérêt aux apports de la jurisprudence de la Cour EDH. Plusieurs exemples viennent appuyer le propos : « dans le domaine de la liberté d'expression et de communication, le Conseil constitutionnel fait référence à la notion de pluralisme comme condition de la démocratie, formule extrêmement proche de celle retenue par la Cour EDH dans les arrêts *Handyside*, *Sunday Times* et *Lingens*, dans lesquels la Cour considère que la liberté d'expression comme l'un des fondements essentiels d'une société démocratique et l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. Au-delà des termes utilisés en l'espèce, c'est l'approche globale retenue par le Conseil constitutionnel de la liberté d'expression et de communication qui se révèle très proche de celle de la Cour EDH »⁶¹⁴. Dans ce sens le Conseil constitutionnel et la Cour EDH pourraient continuer à avoir des similitudes dans les méthodes d'interprétation et de contrôle, ce qui les conduirait vers des solutions semblables également en rapport aux droits fondamentaux numériques. Le Conseil constitutionnel fonde dans sa décision du 27 juillet 1994 au regard de la loi relative au respect du corps humain, la « sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme

⁶¹² DEBARD (T.), ZILLER (J.) et plusieurs auteurs, *État de droit et droit européen*, Paris, Logiques juridiques, Éd. L'harmattan, 2010, 350 p.

⁶¹³ *Ibid.*

⁶¹⁴ « Dans l'ensemble, les solutions retenues par le Conseil constitutionnel sont très proches de celles de la Cour sans qu'il soit possible pour autant d'en conclure à une influence directe de cette dernière sur la jurisprudence du Conseil ». in DEBARD (T.), ZILLER (J.) et plusieurs auteurs, *État de droit et droit européen*, Paris, Logiques juridiques, L'harmattan, 2010, 350 p.

d'asservissement et de dégradation » sur le premier alinéa du préambule de la Constitution de 1946⁶¹⁵.

325. L'élargissement constitutionnel. L'élargissement constitutionnel à de nouvelles situations n'est pas une activité de création ou d'invention, mais de reconnaissance et d'extraction de nouveaux éléments qui se juxtaposent à ceux existants mais qui nécessiteraient de nouveaux équilibres⁶¹⁶. Par exemple, les pratiques numériques actuelles, notamment professionnelles, laissent penser qu'un droit à la déconnexion d'internet serait nécessaire afin de protéger les citoyens-internautes.

B – L'essor du droit à la déconnexion d'internet avec la protection de la dignité de la personne humaine

326. Le droit à la déconnexion d'internet comme prolongement du respect de la dignité humaine. La plus grande partie de cette étude est spécifiquement en relation avec la liberté de communication et à l'accès à internet, mais dans un souci d'exhaustivité du traitement du sujet de recherche, on a également étudié le droit à la déconnexion d'internet. Tout comme le droit à l'accès à internet, le droit à la déconnexion devrait devenir un droit fondamental constitutionnel. Il pourrait être nécessaire de mettre en œuvre un droit à la déconnexion, protecteur de l'ensemble des citoyens. En effet, on est conscients du fait que ce qui est valable pour un salarié du bâtiment, qui n'a pas forcément besoin de ce droit à la déconnexion, ne l'est pas pour un jeune cadre travaillant à distance dans le secteur du numérique. Les personnes travaillant avec les communications numériques, *digital natives*⁶¹⁷ ont un rapport au temps différent, c'est la réactivité, l'immédiateté et la spontanéité qui comptent, et pouvoir se connecter régulièrement est un gage d'effectivité pour eux. Le droit à la déconnexion semble nécessiter d'être traité au cas par cas, par exemple dans une charte ou dans un accord d'entreprise. Pour Bruno Meetling, ce qui importe c'est de

⁶¹⁵ Cons. const., n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994 au regard de la *loi relative au respect du corps humain, au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*.

⁶¹⁶ « Les atteintes à la dignité humaine sur internet », Johanna CARVAIS, 17 février 2005, source internet <http://www.e-juristes.org/les-atteintes-a-la-dignite-humaine/>

⁶¹⁷ Personnes nées entre la fin des années 1980 et le début des années 1990.

sensibiliser les employés et les employeurs aux risques de la consultation excessive de leurs messageries professionnelles, de la nécessité de se réserver des périodes sans mails, de façon à respecter le droit au repos quotidien et hebdomadaire des salariés⁶¹⁸. Pourtant peut-on obliger les salariés à se déconnecter ? Il ne s'agit pas là de critiquer le recours au numérique dans les échanges professionnels, mais il y a véritablement des abus. Certains salariés ne se déconnectent jamais, ils passent une grande partie de leur quotidien dans le numérique. Par conséquent des dérives existent et elles nécessitent la reconnaissance d'un droit à la déconnexion. Malgré les prévisibles contestations et réserves du MEDEF⁶¹⁹, ce droit à la déconnexion est envisageable de façon concrète pour protéger notamment les salariés. Une sensibilisation doit être en faveur du « cyber-salarié » pour qu'il puisse parvenir à se déconnecter d'internet. Cependant contraindre à la déconnexion les salariés pourrait être interprété comme une infantilisation du citoyen. En effet, chacun est maître de son libre arbitre, de plus les récentes lois contre le harcèlement au travail sont déjà présentes dans l'arsenal législatif. En tout état de cause, la reconnaissance constitutionnelle d'un droit à la déconnexion serait une avancée dans la protection des droits et des libertés car elle permettrait d'ouvrir un nouveau choix au citoyen pour se protéger du numérique. Tout comme il existe le droit de se taire, il faudrait instaurer un droit à ne pas être sollicité sans cesse par les communications numériques. En effet, les augmentations des exigences professionnelles liées au numérique pourraient encourager le législateur à imposer une obligation à la connexion permanente pour les citoyens.

327. L'extension de la dignité de l'être humain au droit à la déconnexion. Au vu de la grande adaptabilité du principe de la dignité de l'être humain et de la jurisprudence protectrice qui en découle, il est logique de se questionner sur la possibilité de son extension au droit à la déconnexion. En effet, l'être humain n'est pas un être numérique, il doit donc bénéficier de temps de repos des activités numériques. Le respect de la dignité de l'être humain pourrait conduire à reconnaître un principe constitutionnel de déconnexion du numérique. La dignité semble pouvoir s'adapter à ce nouveau domaine privé et public à

⁶¹⁸ Bruon Mettling est l'auteur du rapport « Transformation numérique et vie au travail » effectué dans le cadre de la réforme du droit du travail en septembre 2015 au Ministère du travail.

⁶¹⁹ Le MEDEF a traditionnellement tendance à exiger de plus grands efforts de travail de la part des salariés.

protéger. Cette reconnaissance permettrait de libérer l'internaute d'une situation de *quasi* « esclavage numérique » liée au travail et à la soumission au monde numérique.

§ 2. La régulation des communications sur internet au regard des atteintes au principe constitutionnel de dignité humaine

328. Le numérique est notre avenir mais il doit respecter la dignité humaine. Le numérique pourrait être régulé par des normes constitutionnelles spécifiques, notamment afin de ne pas devenir un lieu virtuel où les internautes puissent abuser de la libre communication. Avec le Web, chaque internaute possède un outil de communication instantané et pouvant atteindre un immense public. Les moyens d'expression 2.0 du web (sites, blogs, *social networks*, forums de discussion, plateformes) permettent des échanges à grande échelle et peuvent être l'occasion de dénigrer publiquement une personne, de le mépriser, de l'insulter, de publier des contenus à caractère choquant, et avilissant pour cet individu, en portant atteinte à sa dignité. Pareillement à la vie réelle, sur internet il est nécessaire de faire respecter la dignité de la personne humaine afin de prévenir toute mauvaise utilisation des NTIC (A), notamment en augmentant la protection constitutionnelle des enfants (B).

A – L'utilisation du respect de la dignité humaine dans la lutte contre les infractions criminelles sur internet

329. La liberté doit être la règle et la restriction l'exception. La liberté de communication sur internet est régulée pour plusieurs raisons notamment l'essor de nouvelles formes de cybercriminalité portant atteinte à la dignité de la personne humaine. De nos jours, le caractère mondial du web offre plusieurs avantages pour l'individu et pour son plein épanouissement personnel. Cependant, il apparaît avec évidence que les nouvelles technologies sont utilisées par certains citoyens-internautes de façon inappropriée et portent parfois atteinte à la dignité de la personne humaine. Il est donc important d'instaurer des dispositifs de prévention contre les réseaux criminels sur internet (1) et notamment contre la pédopornographie (2).

1) La lutte contre les réseaux criminels sur internet

330. Des conséquences néfastes de la généralisation de l'accès à internet. Le développement des réseaux criminels internationaux et « d'économies souterraines » est un élément négatif de la mondialisation numérique qui est causée par le faible coût et l'accessibilité des nouvelles technologies⁶²⁰. De nombreux sites sont créés pour exploiter toutes les possibilités pour obtenir des ressources économiques légales ou illégales du numérique. Ces agissements illégaux sont causés par le fait que la position géographique du *server* peut permettre de contourner les législations nationales et donc de rendre plus difficiles les sanctions judiciaires. Ainsi, par exemple, il suffit d'un *hyperlink* pour un site situé dans un État membre interdisant certaines opérations qui renvoie vers un site américain les autorisant pour contourner la loi européenne. Parmi les moyens techniques d'information et de communication qui peuvent être préjudiciables ou utilisés de façon préjudiciable on trouve les pages internet de commercialisation d'êtres humains, notamment d'enfants ou d'adultes souvent aux fins d'exploitation sexuelle ou encore des publicités de tourisme sexuel⁶²¹. Parmi les raisons principales de ces pratiques figurent l'accès de plus en plus généralisé à internet, l'augmentation chaque année du nombre d'utilisateurs, des services peu onéreux, l'anonymat des utilisateurs et la lucrativité des ventes de la pornographie sans trop d'investissement. De plus, les communications sur internet peuvent favoriser l'organisation de trafics, notamment le trafic d'organes humains. En matière de trafics d'organes sur le réseau, des tentatives de ventes criminelles existent. Prenons l'exemple du plus grand site de ventes aux enchères numériques *Ebay* qui a, non sans difficulté, stoppé la vente d'un rein humain. L'annonce mise en ligne par un citoyen américain précisait : « Rein humain fonctionnel à vendre. L'acheteur assumera tous les coûts médicaux et de transplantation. Évidemment, un seul rein est à vendre car j'ai besoin de l'autre pour survivre. Offres sérieuses seulement ». Lorsque le site d'enchères sur internet a suspendu la vente, le rein avait atteint la somme de 6 millions de dollars⁶²². Un autre exemple sur *Ebay*, est celui d'un couple qui avait mis en vente un bébé, à destination des parents stériles. Ou encore l'annonce d'un couple allemand qui avait mis en vente leur fillette âgée de sept ans. Dans tous ces cas, les administrateurs du site d'enchères en ligne *Ebay* ne se sont aperçus de

⁶²⁰ BECK (U.), *Pouvoir et contre-pouvoir à l'ère de la mondialisation*, Paris, Éd. Flammarion, 2004, p.105

⁶²¹ GREFFE (P.), GREFFE (F.), *La publicité et la loi*, Paris, LexisNexis, Litec, 10^{ème} édition, 2004, 1230 p.

⁶²² HAAS (G.), COHEN (Y.), *Guide juridique, informatique et libertés*, Saint-Herblain, Eni éd., 2012, p. 230.

rien pendant plusieurs jours, ils indiquent qu'il leur est impossible de filtrer un tel produit avant sa vente⁶²³.

2) La lutte contre la pornographie infantile sur internet

331. La nécessaire prévention contre les réseaux criminels sur internet. Il est indiscutable que internet risque de favoriser la traite et le commerce d'êtres humains à des fins d'exploitation sexuelle, notamment avec le développement de logiciels qui permettent « d'anonymiser ⁶²⁴» les internautes, et le *dark web*⁶²⁵. Un certain nombre de réseaux web fondés sur diverses technologies qui composent internet permettent le transfert de fichiers informatiques et la communication en temps réel (forums, webcaméras) pour la transmission en direct d'images ou de vidéos. L'ensemble de ces forums et de ces applications offre divers moyens de se livrer à l'exploitation sexuelle des êtres humains. Les nouvelles technologies de l'information et de la communication ont favorisé l'échange, la commercialisation et la production de pornographie adulte et infantile. Internet ne peut être ainsi un moyen de communication au service des réseaux criminels de prostitution (a) et au service des réseaux de pédophiles (b).

a. Un moyen de communication pour les réseaux de prostitution

332. L'utilisation des communications sur internet par des trafiquants. À la suite d'enquêtes judiciaires, les faits prouvent l'utilisation des communications sur internet par des trafiquants pour recruter des femmes et de jeunes filles dans leurs régions d'origine en vue de la traite et de la prostitution en Europe occidentale. La portée de ces petites annonces

⁶²³ BENSOUSSAN (A.), *Informatique et libertés*, Paris, Éd. Francis Lefebvre, 2012, p. 126.

⁶²⁴ La Cour a notamment jugé que la qualification de données à caractère personnel devait être écartée lorsque la ré-identification était « irréalisable en pratique », en ce qu'elle nécessiterait un « effort démesuré en termes de temps, de coûts et de main d'œuvre » rendant le risque d'identification en réalité insignifiant. CJUE, 19 octobre 2016, aff. C-581/14, *Breyer c / Bundesrepublik Deutschland* (§46) in DEBET (A.), METALLINOS (N.), « Anonymisation et pseudonymisation », Paris, *Comm. Com. Électr.*, avril 2017, pp. 37-41.

⁶²⁵ Le *dark web* est un réseau virtuel dont les utilisateurs sont considérés comme des personnes de confiance. Un *dark web* peut être créé par n'importe qui et pour n'importe quel objectif, mais la technique est le plus souvent utilisée spécifiquement pour créer des réseaux de partage de fichiers. Le *dark web* est distinct des autres réseaux car le partage y est anonyme et donc les utilisateurs communiquent sans crainte de surveillance. Le *dark web* sont souvent associés avec la communication de type dissidence politique et les activités illégales.

publiées sur internet visant le recrutement de femmes et de jeunes filles est beaucoup plus large que les petites annonces qui étaient publiés dans les journaux locaux en format papier. Selon les récents rapports de l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime (ONUDC), la majorité de la pornographie enfantine diffusée sur internet trouve son origine aux États-Unis, mais certains pays d'Europe orientale, plus particulièrement la Russie, sont devenus des lieux de production de pédopornographie. Dans ces pays la surveillance est souvent moins efficace. De plus, le rapport de l'ONUDC énonce que les enfants d'origine slave sont appréciés des spectateurs qui préfèrent les « enfants blancs »⁶²⁶.

b. Un moyen de communication pour les réseaux pédophiles

333. Les pédophiles et les trafiquants d'êtres humains utilisent différents forums internet pour entrer en contact, communiquer, rencontrer et parfois abuser des victimes en bas âge. Par exemple un citoyen allemand de 40 ans résidant en Grèce, était entré en relation avec une fillette de 13 ans vivant aux États-Unis par l'intermédiaire d'un forum de discussion en ligne, faisant suivre ses communications internet par des appels téléphoniques⁶²⁷. Après quelque mois de correspondance, le pédophile avait réussi à convaincre la jeune fille de fuguer pour le rejoindre en Grèce. Après son arrestation il fut poursuivi pour enlèvement de mineur dans une intention criminelle, agression sexuelle et divulgation à mineur de matériel inapproprié. L'enquête avait démontré qu'il était impliqué dans des réseaux pornographiques agissant sur internet.

B – La prise en considération des droits numériques des enfants dans la Constitution française

334. Internet peut être utilisé par des internautes qui essayent d'assouvir des besoins pervers. Un grand danger existant sur internet est celui des prédateurs sexuels, des pédophiles et des collectionneurs de fichiers pédopornographiques. La combinaison d'une

⁶²⁶ Rapport mondial sur la traite des personnes 2014, publié par l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime.

⁶²⁷ WÉRY (E) *Sexe en ligne : aspects juridiques et protection des mineurs*, Paris, LGDJ, 2004 p. 708.

possession de matériel *high tech*, le besoin d'une satisfaction sexuelle virtuelle ou réelle et d'une connaissance informatique, risquent de susciter chez certains pervers un sentiment toujours plus intense d'excitation tendant à les inciter à passer à l'acte. La protection, notamment des personnes plus faibles, telle que celle des enfants devrait être une priorité pour les institutions étatiques nationales et internationales (1) tout en mettant en œuvre des politiques incitant plus à la responsabilisation (2).

1) Des protections spécifiques pour les mineurs

335. Dans la constitution française, les enfants ont droit à une protection spéciale. Les enfants ont droit à une protection renforcée du fait de leur innocence, de leur immaturité et de leur fragilité physique. L'enfant figure dans les dispositions de la constitution française et le Conseil constitutionnel a rendu plusieurs décisions qui définissent l'enfance et qui reconnaissent aux mineurs des droits spécifiques. Par exemple, le Conseil constitutionnel a (textuellement) constitutionnalisé l'existence d'un droit pénal spécifique propre à l'enfant dans la décision n° 2016-739 DC du 17 novembre 2016 relative à la loi de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle. L'intérêt d'une définition constitutionnelle du droit de l'enfant c'est de venir mettre de l'ordre et de la cohérence à la notion d'enfant. Cette cohérence s'appuie sur les principes d'égalité, les principes de liberté et les principes de solidarité. La Déclaration de 1789 est silencieuse à l'égard de la protection des enfants, mais un autre texte à valeur constitutionnelle, le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, le fait. En effet, la lecture conjointe des articles 10 et 11 du Préambule de la Constitution de 1946 fait apparaître des droits et des garanties spécifiques aux enfants, qui sont la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs.

336. La mise en œuvre des systèmes qui préviennent des atteintes à la dignité humaine. Le Livre Vert de la Commission sur la protection des mineurs et de la dignité humaine dans les services audiovisuels et d'information est le début d'une réflexion au niveau européen sur la dimension éthique de la Société de l'Information et sur la manière dont l'intérêt général peut être protégé dans les nouveaux services⁶²⁸. Le Livre Vert met en

⁶²⁸ Rapport officiel de la Commission sur la protection des mineurs et de la dignité humaine dans les services audiovisuels et d'information, 1996.

évidence la nécessité d'éviter de mélanger de problèmes qui sont de nature différente, comme la pornographie infantile, qui est pénalement répréhensible, et le fait que des jeunes mineurs accèdent à des contenus pornographiques pour adultes, qui, tout en étant dangereux à leur développement, peut ne pas être illégale. La responsabilité de l'accès à des contenus illicites ou préjudiciables repose de plus en plus sur les parents et les adultes de l'entourage des enfants. Il est nécessaire de compter davantage sur la vigilance des parents, que sur celle des « hébergeurs » de sites. La prévention sur internet est une protection en amont, elle consiste à mettre en œuvre des systèmes qui préviennent des atteintes à la dignité humaine. Pour prévenir les atteintes à la dignité humaine, plusieurs méthodes de protection très large et des méthodes de protection plus ciblée peuvent être envisagées. Parmi les solutions génériques, l'autorégulation se situe surtout au niveau des hébergeurs de sites, l'hébergeur s'engagerait à « raisonner » l'accueil des internautes si les contenus des sites présentent des dangers d'atteinte à la dignité humaine. La mise en place de protections technologiques contre la propagation des atteintes à la dignité humaine sur internet est difficile, ce phénomène du web est impossible à surveiller dans sa totalité. Un partage des responsabilités entre acteurs est donc nécessaire. Notamment entre les pouvoirs publics, les acteurs économiques, les parents et les associations. Les acteurs d'internet pourraient généraliser un *hyperlink* « protection enfants » sur les sites des fournisseurs d'accès à internet et développer de nouveaux outils de contrôle parental. L'installation d'un *software* de filtrage des sites Internet dans les établissements scolaires a été imaginé comme solution.

337. Protéger l'enfant contre toutes les formes d'exploitation sexuelle et de violence sexuelle. L'article 34 de la Convention internationale des droits de l'enfant de 1990 dispose : « les États doivent s'engager à protéger l'enfant contre toutes les formes d'exploitation sexuelle et de violence sexuelle ». Plus particulièrement, les États doivent prendre toutes les mesures appropriées pour que les enfants ne soient pas exploités aux fins de production de spectacles ou de matériel à caractère pornographique. De plus, les États parties à la Convention de New York ont décidé d'ajouter un protocole relatif à la vente, à la prostitution des enfants et à la pornographie mettant en scène des enfants, en vue de criminaliser ces comportements. L'article 17 e) de la Convention de New York demande aux États de favoriser « l'élaboration de principes directeurs appropriés destinés à protéger l'enfant contre l'information et les matériels qui nuisent à son bien-être ». Cet article a comme objectif de favoriser des initiatives visant à restreindre l'accès des enfants à des sites de nature

pornographique, ou plus généralement à tout site diffusant des images qui peuvent les perturber. L'article 17 e) dispose que ces initiatives doivent respecter la liberté d'expression des enfants, la liberté d'accès à l'information, et le rôle décisif des parents dans leur éducation⁶²⁹. Les enfants passent de plus en plus de temps sur internet et y déposent des données personnelles (a) par conséquent des messages de prévention doivent les informer des conséquences de l'utilisation du numérique (b).

a. Les données personnelles des mineurs

338. Selon les statistiques de 2018, les enfants passent parfois plus de 20 heures sur internet dans la semaine concernant la tranche des 13-18 ans⁶³⁰. Le mineur en principe ne peut faire des actes de la vie civile sans être représenté par ses représentants légaux, ses parents. Et un compte internet c'est à la fois un contrat et un traitement de données personnelles. La personne qui ouvre un compte doit donner un certain nombre de données personnelles ; son nom, prénom, etc. Le mineur peut faire des actes de la vie civile sans être représenté par ses représentants légaux s'il s'agit d'actes courants de la vie et internet pourrait l'être.

339. La CNIL a participé à un audit en ligne nommé « Internet Sweep Day »⁶³¹. Cet audit a été mené conjointement par 29 autorités de protection des données dans le monde, rassemblés au sein du Global Privacy Enforcement Network (GPEN)⁶³². L'étude de plusieurs sites et applications a permis de constater que les règles de protection de la vie privée étaient effectivement respectées par ces sociétés mais la CNIL a constaté aussi que de nombreuses données personnelles sont collectées⁶³³. En effet, comme la majorité des sites nécessitent au préalable la création d'un compte utilisateur, il est fréquent que : le nom, le prénom, et le mail de l'enfant soient collectés rapidement. Pour la CNIL cette collecte n'est pas toujours

⁶²⁹ GRYNBAUM (L.), LE GOFFIC (C.), MORLET (L.), *Droit des activités numériques*, Paris, Précis Dalloz, édition 2014, p. 1032.

⁶³⁰ INSEE, « Usage d'internet pour les relations sociales selon l'âge en 2018 ».

⁶³¹ MEURIS-GUERRERO (F.), « Les données personnelles des enfants sur internet », *Comm. Com. Électr.*, octobre 2015, pp. 3-5.

⁶³² Réseau d'organismes agissant au sein de l'OCDE pour la protection de la vie privée.

⁶³³ Notamment l'adresse IP, l'identifiant du terminal mobile, les données de géolocalisation.

nécessaire au fonctionnement du site, et 40% de ces sites ne proposent pas facilement la possibilité de supprimer son compte utilisateur. De plus, 65% de ces sites redirigent les enfants vers d'autres sites, souvent marchands. En outre, tous les sites analysés déposent des cookies dans l'ordinateur de l'enfant internaute.

b. Les messages de prévention relatifs à l'utilisation des données personnelles des mineurs

340. La compréhension par l'enfant des communications numériques. Se pose la question de la compréhension par l'enfant des messages de prévention relatifs à l'utilisation de ses données personnelles. À la suite de l'audit susmentionné, la CNIL a constaté que seulement 30 % des sites examinés modifient l'information en fonction des connaissances intellectuelles des enfants. La CNIL a rappelé que l'Autorité de régulation de la publicité professionnelle (ARPP) impose qu'un message, qui sollicite directement les enfants à une dépense, doit obligatoirement être associé de façon explicite aux parents. De plus, le Conseil national de la consommation sur la publicité établit que les publicités diffusées dans les systèmes interactifs ne doivent pas avoir pour objet d'inciter les enfants à contracter des engagements sans l'accord parental⁶³⁴.

2) La nécessaire responsabilisation pour la sécurité publique

341. Parmi les récentes évolutions législatives, la loi pour la confiance dans l'économie numérique⁶³⁵ prévoit une modification du régime de responsabilité en matière d'exposition des mineurs à des contenus préjudiciables. Les dispositions de l'article 227-23 du Code pénal ont été modifiées pour que le droit français soit conforme aux dispositions de la convention de Budapest et des articles 3 et 4 de la décision-cadre du Conseil européen du 22 décembre 2003 relative à la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants et de la pédopornographie. À la suite de l'absence de modification de la référence à la communication audiovisuelle à l'article 227-24 du Code pénal, le schéma de la responsabilité prévu à l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 qui désignait comme premier responsable le directeur de la publication,

⁶³⁴ *Ibidem*.

⁶³⁵ Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004.

donc le responsable du site, n'est plus applicable pour les contenus diffusés sur internet. Par conséquent les responsables de sites ne pourront plus être poursuivis qu'en qualité d'éditeur du site⁶³⁶ ou en tant qu'hébergeurs⁶³⁷.

342. Internet, un réseau transfrontalier. Protéger les jeunes et les moins jeunes contre toutes les formes d'atteintes et d'exploitation de l'être humain sur internet doit être une priorité, notamment avec le danger croissant lié au *Dark web* et au réseau *Tor* (internet caché)⁶³⁸. Comme toute science⁶³⁹, le droit s'enrichit et s'améliore graduellement en fonction des nouvelles activités humaines. « Progressivement un droit des contenus s'élabore encore imparfait, encore mal respecté, il faut ensuite développer un mécanisme de sanctions pour protéger efficacement les individus et la société et réprimer les violations de la loi. Un droit pénal spécifique se développe largement commun à toutes les communications »⁶⁴⁰. L'approche simplement nationale devrait diminuer (voir s'effacer) progressivement en laissant intervenir un nécessaire cadre international. Les communications, les médias numériques franchissent les frontières et s'en affranchissent. La réglementation européenne internationale est l'objet d'une grande compétition entre *lobbyistes* favorisant les intérêts économiques des sociétés multinationales et les positionnements politiques des États. À travers le droit des communications numériques et des médias, la société de demain se dessine. Au-delà de leur sécheresse technique, les grandes options du droit traduisent les grands choix de société⁶⁴¹. Le web favorise par de nombreux aspects les interactions collectives permettant à des individus partageant les mêmes idées, d'être en contact et de se rassembler. Néanmoins, internet peut présenter des dangers pour la démocratie, comme la « fracture numérique »⁶⁴². Comme susmentionné, ce terme désigne l'écart entre ceux qui

⁶³⁶ Producteurs des contenus incriminés ou s'ils en font une exploitation éditoriale.

⁶³⁷ Propos violents ou pornographiques susceptibles d'être perçus par des mineurs.

⁶³⁸ Voir *infra* le paragraphe sur le difficile (pour le moment impossible) encadrement du *Dark web* et son utilisation par les réseaux criminels de trafic de drogue, d'armes et de prostitution infantile et adulte.

⁶³⁹ La doctrine tend à ne pas qualifier de façon unanime le droit comme une science. Pour Hans Kelsen le droit n'est pas une science mais l'objet d'une discipline qui tente de le définir. KELSEN (H.) *Théorie générale des normes*, Paris, Broché, 1996, 616 p.

⁶⁴⁰ AGOSTINELLI (X.), DEBBASCH (C.), BOYER (A.), CAPORAL, (S.), DROUT (G.), FERRAND (J.-P.), ISAR (H.), LASSALLE (J.-Y.), MONDOU (C.), XAVIER (P.), VERGÉS (J.), Paris, *Droit des médias*, Éd. Dalloz Référence, 2002, pp. 50-51.

⁶⁴¹ *Ibidem*

⁶⁴² « Internet : un bienfait ou un danger pour la démocratie ? », <http://www.vie-publique.fr/decouverte-institutions/citoyen/enjeux/media-democratie/internet-bienfait-ou-danger-pour-democratie.html>

utilisent les potentialités des nouvelles technologies de l'information et de la communication pour leurs besoins personnels ou professionnels et ceux qui ne sont pas en état de les exploiter faute de pouvoir accéder aux équipements ou faute de compétences.

343. Du fait de sa spécificité transfrontalière internet remet en cause l'applicabilité territoriale de la loi et la sécurité publique. Le Code pénal prévoit à l'article 113-1 que la loi française s'applique aux infractions commises sur le territoire français. Aux termes de l'article 113-2 du Code pénal, est réputée commise sur ce territoire l'infraction dont l'un des éléments constitutifs a eu lieu en France. À cet égard, le juge français est compétent dans la mesure où les messages ou le contenu du site sont rendus accessibles, par internet, sur le territoire français. Comme l'a rappelé le rapport du Conseil d'État⁶⁴³, il résulte de ces dispositions que la loi pénale française s'appliquera clairement dans le cas d'une publications litigieuse disponible sur internet, quelle que soit sa provenance dans le monde, et accessible de France, dès lors que la réception par l'utilisateur sur le territoire français est un élément constitutif de l'infraction. Ces efforts de régulation des communications sur internet ne sont pas vains et les tentatives de la France en la matière doivent très certainement se poursuivre. Tout est mis en œuvre afin qu'une combinaison des solutions juridiques, techniques et pédagogiques au niveau national, au niveau de l'Union européenne et international aboutissent à une prévention efficace. Comme l'énoncent les articles mentionnés du Nouveau Code pénal : pour que certains contenus des moyens de communication soient susceptibles de constituer des infractions pénales, il est nécessaire : soit qu'ils utilisent ou mettent en scène des mineurs, soit que le message violent soit susceptible d'être vu ou perçu par un mineur. Dès lors il a fallu établir la prohibition de la vision de certains messages aux mineurs (a) afin d'éviter leur mise en péril (b).

a. La protection des enfants de la vision de certains messages

344. Des techniques spécifiques. La mise en place de moyens techniques de codage ou de cryptage interdisant normalement l'accès aux mineurs peut permettre de protéger les

⁶⁴³ Conseil d'État, *Le Numérique et les droits fondamentaux*, Paris, Étude annuelle, 2014.

enfants. En effet, comme le dispose l'article 28 de la loi de juin 1988 : « tout support de communication peut constituer un danger pour la jeunesse en raison de son caractère pornographique ou de la place faite au crime ou à la violence ». Dès lors il est nécessaire d'établir des mesures d'interdiction. En effet, la simple vision de certaines images peut constituer un trouble à l'enfant et modifier ou perturber son comportement et sa croissance. Cependant, face aux excès et débordements sinon provocations dont certains moyens de communication peuvent apparaître coupables ou complices, et du fait de l'émotion légitime suscitée par la découverte de divers traitements infligés à des enfants, risquerait de naître dans l'opinion publique, une revendication d'une répression plus forte encore de la seule et légitime information sur de tels faits, et pourrait constituer un abus à la liberté d'expression⁶⁴⁴.

b. L'atteinte aux bonnes mœurs et la mise en péril des mineurs

345. La mise en péril des mineurs. Au titre de la « mise en péril des mineurs », le Nouveau Code pénal incrimine spécifiquement « le fait de provoquer directement un mineur à faire un usage illicite de stupéfiants »⁶⁴⁵, « à la consommation habituelle et excessive de boissons alcooliques »⁶⁴⁶, « à la mendicité »⁶⁴⁷, « à commettre habituellement des crimes ou des délits »⁶⁴⁸, ou encore « le fait de favoriser la corruption d'un mineur »⁶⁴⁹. La mise en péril des mineurs du fait d'activités de communication, par provocation à certains crimes ou délits, violence ou pornographie sont déterminés par les responsabilités et condamnations encourues par les adultes. De plus, les parents sont responsables du fait dommageable causé par leur enfant mineur, mais dès lors qu'il est quasi impossible de les surveiller de façon continue lorsqu'ils utilisent internet, il est préférable d'installer sur la machine de l'enfant un anti-virus, de bloquer l'accès à certains sites et de vérifier occasionnellement l'historique de

⁶⁴⁴ DERIEUX (E.), *Droit de la communication*, Paris, LGDJ, 4^{ème} édition, 2006, 714 p.

⁶⁴⁵ Article 227-18 du Nouveau Code pénal.

⁶⁴⁶ Article 227-19 du Nouveau Code pénal.

⁶⁴⁷ Article 227-20 du Nouveau Code pénal.

⁶⁴⁸ Article 227-21 du Nouveau Code pénal.

⁶⁴⁹ Article 227-22 du Nouveau Code pénal.

la navigation internet. À la suite de ces développements on se conforte dans le fait que le numérique peut avoir plusieurs types d'impacts positifs dans la vie en société et il peut permettre l'amélioration de la démocratie, notamment par l'éclosion et le développement des opinions publiques.

Section II : Le renforcement des opinions publiques grâce à la communication numérique

346. Une opinion est souvent façonnée par des événements du passé. Ce constat permet de s'orienter avant toute interrogation sur le contenu, vers un questionnement portant sur la « fabrication » des opinions publiques. Successivement on peut analyser les stratégies des acteurs politiques qui essayent d'interpréter et de s'emparer de ces opinions afin d'être le plus populaires dans la société. Plusieurs garanties protègent l'émergence de l'opinion publique en démocratie (§ 1) dans le respect de la limitation constitutionnelle du délit d'opinion (§ 2).

§ 1. Démocratie numérique et opinion publique

347. Dans la démocratie issue de 1789 l'expression politique des citoyens est par principe exercée par ses représentants. Cette conception rompt avec celle qu'on connaît à l'origine dans la Grèce antique. Elle était directe et elle impliquait la participation des citoyens à l'*agora*, où tous les droits démocratiques s'exerçaient. Avec l'évolution de la société, cette démocratie est devenue impraticable. Ainsi le peuple a fait appel à une démocratie représentative qui consiste à élire des représentants qui proposent un programme politique. Ce programme politique est souvent issu des courants d'opinions publiques les plus représentatifs dans leurs pays respectifs. L'opinion publique n'existe réellement qu'à travers sa mesure lors d'une votation, soit sur une question précise posée lors d'un référendum, soit sur le choix de candidats à des élections⁶⁵⁰. Le référendum bénéficierait de la plus grande légitimité, celle du choix du peuple. Comme le relève Jean-Christophe Le Coustumer, une objection qui peut être faite à l'incompétence du Conseil

⁶⁵⁰ Par exemple lors des élections primaires internes à un parti politique. Cf. par exemple les élections primaires du Parti Socialiste et du Parti Les Républicains pour les élections présidentielles de 2017.

constitutionnel en matière de lois référendaires est de soutenir que le peuple qui vote lors des procédures référendaires n'est pas le peuple auteur de la Constitution (le peuple constituant originaire). Soutenir que le référendum puisse être contrôlé est souvent une démarche associée à la distinction entre le peuple originaire et le peuple constitué⁶⁵¹. Cette distinction permet, en effet, de défendre l'idée que le peuple constitué ne dispose d'aucune prérogative particulière, et notamment pas celle de voir les textes par lui ratifiés soustraits au contrôle du magistrat. Mais si le peuple est bien une notion inscrite dans la Constitution, rien, ni dans le texte constitutionnel, ni en jurisprudence ne permet de concevoir différemment le peuple notamment en le distinguant de celui qui a ratifié la Constitution. La jurisprudence du Conseil constitutionnel est très claire sur ce point⁶⁵².

348. Il est possible de définir l'opinion publique comme étant la manière de penser la plus répandue, celle de la majorité du corps social. Elle peut aussi être définie en l'opposant à l'opinion privée : la première est susceptible d'être rendue publique et peut être livrée à un étranger, la seconde est celle que l'on garde pour soi. L'opinion publique est dans une démocratie une représentation qui suscite beaucoup d'intérêt notamment de la part des hommes et femmes politiques. Dans une démocratie il est nécessaire que les principaux courants d'opinion puissent bénéficier de la possibilité de présenter des représentants ou de défendre dans l'espace public leur programme. La démocratie peut transformer cette opinion publique en volonté populaire. Pour autant la démocratie ne peut être réduite au seul déroulement de la journée du vote. Par exemple comme en Russie lors des élections en 2011 où tout citoyen a pu observer l'élection à travers des webcams, cependant seulement quelques cas de falsifications ont ainsi été pris en compte en vue d'annuler les résultats, à défaut d'un mécanisme légal permettant de les contester sur la base de tels enregistrements⁶⁵³. On sait qu'aujourd'hui le numérique permet de défendre ses opinions

⁶⁵¹ Cette distinction permet de défendre l'idée que l'acte référendaire originaire est le fait d'une entité qui disparaît après s'être exprimée.

⁶⁵² Cf. la référence au peuple corse : Cons. const. n° 91-290 DC du 9 mai 1991, loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse. Cons. const. n° 99-412 DC du 15 juin 1999, Charte européenne des langues régionales ou minoritaires.

⁶⁵³ SHULGA-MORSKAYA (T.), *La démocratie électronique, une notion en construction*, Bordeaux, Université de Bordeaux, Thèse de doctorat en droit sous la direction du Professeur Fabrice Hourquebie, 2017, p. 247 et s.

(A), ainsi une protection constitutionnelle contre les politiques de surveillance et de manipulation numérique de l'opinion publique est donc nécessaire (B).

A – La défense des opinions avec le numérique

349. Les grands partis politiques sont censés être suffisamment proches des citoyens pour que l'on puisse les considérer comme l'émanation des grands courants d'opinion.

Néanmoins, les taux d'abstention aux élections et les désenchantements de nombreux Français obligent à limiter cette considération. Le processus électoral n'a de sens que si les citoyens peuvent au préalable participer au débat démocratique, qui doit permettre à tout citoyen de se construire une opinion personnelle. Cela suppose un système d'information neutre et la volonté de faire librement circuler dans la société toutes les analyses politiques ou du moins celles qui ne sont pas abjectes ou fondamentalistes. Ces conditions sont réalisées dans nos sociétés démocratiques modernes, même si l'obtention de financements et les relations donnent bien plus de moyens pour se faire entendre.

350. La construction des opinions. Une difficulté qui émerge quand on a des idées à défendre, est de savoir comment parvenir à les faire participer à la construction de l'opinion publique, et on estime que cette question est un enjeu politique majeur dans une démocratie. L'opinion publique est un processus qui fait intervenir des mécanismes de surveillance mis en place par les institutions étatiques comme le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel. L'importance de l'opinion publique est telle que tous ceux qui ont des intérêts à défendre une position essayent de l'influencer de façon plus ou moins discrète et honnête⁶⁵⁴. Le lobbying du secteur privé est aussi très puissant et il se généralise, y compris au sein même de l'Assemblée Nationale et de l'Union européenne et on sait quel est le rôle que jouent les lobbyistes à Bruxelles pendant les réflexions avant la prise des décisions.

351. Il existe une égalité formelle dans les institutions publiques, mais aussi de très fortes inégalités dans les moyens d'actions qui sont le résultat de l'histoire socioculturelle. Internet, la généralisation des téléphones mobiles et des *smartphones* ont

⁶⁵⁴ Cf. la calomnie ou la diffamation de certaines personnalités politiques quelques jours avant les élections, notamment afin d'instaurer un discrédit politique.

permis de faire évoluer des capacités d'échange d'opinions et de dialoguer entre citoyens, ce qui a inquiété les pouvoirs institutionnels, politiques et économiques. Actuellement on assiste à la reprise en main par tous ces pouvoirs de cette prise de parole considérée comme insuffisamment encadrée : la loi LOPPSI 2 est l'expression de cette volonté de maîtriser ces nouveaux moyens de communication. De plus, les lobbyistes, souvent de façon non transparente, investissent dans les *socials networks* ou créent des sites Web défendant spécifiquement certains intérêts.

352. On pense qu'il est nécessaire d'insister sur le fait que toutes les opinions ne sont pas bonnes, même celles publiques. Prenons par exemple l'opinion publique durant les jours qui suivent un attentat terroriste ayant fait des blessés et des morts. Pendant les heures, et les quelques jours suivants, les personnes sont très choquées et peuvent être tentées de faire des choix radicaux. Les sondages montrent que, par exemple, pendant une certaine période, qui reste limitée dans le temps, la volonté de rétablissement de la peine de mort atteint de hauts niveaux dans le contexte après attentat⁶⁵⁵. Depuis cinquante ans en France, les instituts de sondages utilisent les données issues des sondages pour prendre une « image » de la société civile à un moment donné. Ces instituts cherchent une opinion publique cachée quelque part : à travers les réseaux sociaux sur internet, dans des manifestations publiques, dans certains articles de presse, dans des scrutins électoraux, et qui pourrait émerger et se développer dans la société jusqu'à devenir l'opinion majoritaire. Il faut reconnaître l'impossibilité d'un sondage capable de savoir la vraie réalité de ce que, par exemple, pensaient vraiment les Français des décisions politiques des guerres en Libye, au Mali, des dispositions antisémites de Vichy ou de la guerre en Algérie.

353. L'opinion publique est multiple et surtout elle est changeante. Dans l'opinion publique on peut y trouver des idées dominantes, des courants majoritaires qui se construisent, à partir ou en dehors des modes de pensée et des divisions habituelles. Comme s'il y avait la nécessité malgré tout de découvrir la « profondeur » d'une opinion publique enfouie, comme s'il s'agissait de faire parler des « données »⁶⁵⁶. Travailler sur l'opinion

⁶⁵⁵ DENIZEAU (C.), *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Vuibert, 2^{de} édition, 2012, p.434.

⁶⁵⁶ LEONETTI (X.), *Guide de cyber sécurité. Droits, méthodes et bonnes pratiques*, Paris, Éd. L'Harmattan, 2016, p. 624.

publique, c'est moins travailler sur un contenu, une orientation, une substance, que sur un processus, celui de la fabrique de l'opinion. Notons que dans l'histoire on a assisté à une évolution de l'opinion. L'opinion publique dans les années `30, c'était essentiellement l'opinion issue des savants, des économistes et des hommes politiques. De nos jours, « l'opinion publique se serait réellement démocratisée » grâce au suffrage universel mais aussi aux NTIC. Certaines opinions par leur importance peuvent se transformer en volonté générale. La formation de l'expression de la volonté générale (1) est prévue par le texte constitutionnel à l'article 6 de la Déclaration de 1789 (2).

1) La formation de l'expression de la volonté générale

354. La transformation des opinions, de la volonté générale en lois. Si ces deux concepts sont souvent associés en philosophie politique il ne faut pas en conclure directement qu'il en est de même dans les textes constitutionnels de 1958 et dans la jurisprudence constitutionnelle. Comme l'indique Jean-Christophe Le Coustumer dans sa thèse, à la lecture des textes constitutionnels, on constate que la volonté générale ne se trouve mentionnée qu'une seule fois, dans la Déclaration de 1789 à l'article 6 qui prévoit que : « La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont le droit de concourir personnellement ou par leurs représentants à sa formation. Tous les citoyens étant égaux à ses yeux, sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs talents ». Il ressort de ce texte que la formule sur la loi expression de la volonté générale mise en exergue dans cet article 6 est l'introduction à des dispositions de deux genres assez différents. La première précision suivant cette formule concerne la participation des citoyens à la formation de la loi, la seconde concerne la mise en œuvre des principes d'égalité devant la loi et de non-discrimination dans l'exercice des fonctions publiques⁶⁵⁷. Avec les NTIC, l'expression de la volonté générale pourrait être revitalisée tout en respectant autrui et l'intérêt général.

355. Le respect d'autrui et de l'intérêt général. Lorsque l'État viole lui-même ces règles, le Conseil constitutionnel sanctionne la disposition législative en cause. La violation

⁶⁵⁷ Dans cette optique l'article 6 de la Déclaration de 1789 a en effet servi de fondement textuel au développement de la jurisprudence constitutionnelle en matière de respect du principe d'égalité entre citoyens

du « Contrat social » par un organe d'État est-elle plus grave que celle commise individuellement ? Il est difficile d'apporter une réponse claire et nette à cette question. Apporter une réponse reviendrait alors à répondre à la question de l'existence d'une valeur et d'une hiérarchie entre les individus et les institutions. Ce qui est certain est que le Conseil constitutionnel nous protège contre l'autoritarisme étatique et l'utilisation trop large ou disproportionnée du justificatif de l'intérêt général pour la protection de la sécurité publique par exemple. Ce rôle constitutionnel conduit à l'apparition d'une sorte de curseur social qui a des répercussions polymorphes dans la vie en Société et permet depuis la révision constitutionnelle de 2008, un dernier recours pour invalider ou abroger la loi, à travers la procédure de la QPC⁶⁵⁸.

356. La « majorité » serait le critère de la vérité dans notre société civile, d'où l'importance des enquêtes d'opinion⁶⁵⁹. Un des arguments les plus importants pour donner de la crédibilité à une opinion non vérifiable expérimentalement est le calcul du pourcentage des personnes qui sont convaincues de la justesse de cette opinion. Ce qui est dangereux, c'est la tentation pour les partis politiques d'instrumentaliser les médias numériques et l'opinion publique pour tenter de mettre en échec un rival politique, par exemple avec l'utilisation de trolls⁶⁶⁰. Une publication vidéo sur internet qui montre une personne politique en une « situation équivoque » peut avoir des effets dévastateurs sur son avenir personnel, professionnel et politique. À l'ère du numérique un citoyen-internaute a autant d'efficacité en « postant » sur le net qu'en a un militant politique lors de la distribution des tracts⁶⁶¹. Pour qu'une opinion se développe et pour qu'elle puisse grandir, il faut qu'elle soit bien comprise et considérée comme méritant d'être répétée par plusieurs citoyens, hommes et femmes politiques, médias et réseaux sociaux. Dans les nouveaux réseaux sociaux, c'est le lien créé par un centre d'intérêt commun qui augmente l'efficacité de la communication. Ce centre

⁶⁵⁸ Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^{ème} République.

⁶⁵⁹ Il faut préciser qu'ici la « majorité » n'est pas entendue dans le sens de la majorité parlementaire, mais comme : « la plupart, la majorité des personnes ».

⁶⁶⁰ Sur internet, le terme *Troll* caractérise ce qui vise à générer des polémiques. Il peut s'agir d'un message (par exemple sur un forum), d'un débat conflictuel dans son ensemble ou de la personne qui en est à l'origine. Ainsi, « *troller* », c'est créer artificiellement une controverse qui focalise l'attention aux dépens des échanges et de l'équilibre habituel de la communauté.

⁶⁶¹ Il est difficile de mesurer l'impact effectif des formes numériques de militantisme mais cela a vocation à devenir de plus en plus important.

d'intérêt commun peut être contraire au respect des droits d'autrui et donc être la source de préjudices.

2) La volonté générale et les normes constitutionnelles

357. Une loi n'exprime la volonté générale que de façon conditionnelle. En dehors des usages relatifs à la mise en œuvre du principe d'égalité, le Conseil constitutionnel s'est servi de la formule de l'article 6 de la Déclaration de 1789 pour lui donner une interprétation particulière⁶⁶². Dans une décision du 23 août 1985 relative à la Nouvelle-Calédonie le juge constitutionnel énonce au détour d'une argumentation sur la procédure législative, que la loi votée n'exprime la volonté générale que de façon conditionnelle, si ce n'est conditionnée. Cette expression de la volonté générale est ainsi soumise au respect du texte constitutionnel et des normes de valeur constitutionnelle⁶⁶³. Se pose alors la question de déterminer si la volonté générale exerce une contrainte sur la volonté délibérative du Conseil constitutionnel. La contrainte de la volonté générale exercée sur la volonté délibérative du Conseil constitutionnel a toujours constitué une évidence dans la nécessité d'un contrôle *a priori*⁶⁶⁴. Mais ce constat paraît être identique dans le processus de la QPC. Les dispositions de l'article 61-1 de la Constitution laissent entendre que cette volonté délibérative serait plus autonome à l'égard de la volonté générale pour plusieurs raisons. Le juge constitutionnel réalise une intervention car le contrôle de constitutionnalité, ici, succède à la procédure législative. La construction même de la procédure de la QPC démontre que la procédure d'instruction du

⁶⁶² LE COUSTOMER (J.-C.) in *Liberté d'expression, souveraineté nationale et justice constitutionnelle*, thèse Université de Caen/Basse Normandie, 2002, pp. 455-458.

⁶⁶³ Comme le précise Jean-Christophe Le Coustumer, l'*obliter dictum* de la décision du 23 août 1985 relative à la Nouvelle-Calédonie, est intéressant pour l'observateur de la jurisprudence constitutionnelle en ce que les juges reformulent explicitement les termes d'un texte de valeur constitutionnelle issu de la Révolution française pour lui donner une signification particulière actualisée. Jusqu'à cette décision du Conseil constitutionnel, la volonté générale était généralement perçue selon une conception issue des grandes doctrines de la fin du XIX^{ème} et du début du XX^{ème} siècle. Celle-ci était centrée autour de la vision « légicentriste » du système juridique particulièrement telle qu'elle est incarnée par Carré de Malberg dans l'œuvre *Contribution à la théorie générale de l'État*.

⁶⁶⁴ Elle semble évidente d'abord au moment du contrôle, puisque le contrôle DC est mis en valeur dans la procédure législative, elle est évidente au regard du caractère abstrait et objectif du contrôle de constitutionnalité *a priori*, et elle est évidente au regard de l'objet de la loi. Puisque le contrôle *a priori* est une réaction à un parlementarisme qui fonctionnait mal, la fonction de ce contrôle était de sauver la loi plutôt que de la censurer.

contrôle se situe dans une situation d'indépendance par rapport à la volonté du législateur parce que plus juridictionnelle. Le citoyen peut influencer la volonté générale sur la volonté délibérative en participant à la vie politique et en allant voter (a). De plus, l'instauration d'une procédure référendaire avec l'utilisation des NTIC donnerait une voix au citoyen dans des choix souvent limités aux seuls hommes politiques (b).

a. L'influence de la volonté générale sur la volonté délibérative

358. L'influence de la volonté générale sur la volonté délibérative demeure faible dans la procédure de contrôle de constitutionnalité. Ce constat s'explique pour deux raisons, d'abord parce que lors de la QPC, le Secrétaire général du Gouvernement adresse (uniquement) au Conseil constitutionnel des observations⁶⁶⁵, ensuite parce que le Secrétaire général du Gouvernement n'intervient pas comme un défenseur de la loi, mais comme un défenseur de l'État, par conséquent ce n'est pas un défenseur de la loi contre la Constitution, mais plutôt un défenseur de l'État et du gouvernement. L'émancipation de la volonté délibérative du Conseil constitutionnel par rapport à la volonté générale est plus forte dans la QPC que dans le contrôle *a priori* car l'intérêt du juge constitutionnel est ici de défendre les droits et libertés constitutionnellement garantis par la Constitution et le contrôle de QPC reste un contrôle objectif, et abstrait de la loi à la Constitution. En second lieu, en dépit du caractère révolutionnaire des QPC, il convient de souligner que la culture du contrôle *a priori* et par voie d'action imprègnent la culture du contrôle *a posteriori*. En réalité c'est plutôt une culture du contrôle DC sur le contrôle QPC qui serait à analyser comme plus efficiente.

b. La légitimité du numérique pour les choix du peuple

359. On sait que le choix du peuple a historiquement eu une forte légitimité dans les choix politiques. La potentielle possibilité pour un citoyen de participer par le numérique à une « décision » est en phase avec la politique voulue par le gouvernement d'Édouard Philippe liée à la transparence de la vie politique. En effet le vote par un moyen lié à l'utilisation des NTIC garantit un plus grand panel de sélections possibles. Par conséquent,

⁶⁶⁵ Il ne s'agit pas d'une obligation, il le fait en qualité d'observateur.

dans notre réflexion il est essentiel de se questionner sur les dangers de la surveillance de l'opinion publique.

B – La création d'une protection constitutionnelle contre la surveillance étatique de l'opinion publique

360. Dans un État de droit, les citoyens bénéficient de garanties constitutionnelles contre toute surveillance étatique de l'opinion publique (1). Néanmoins des possibilités étatiques pour mesurer l'opinion publique, par exemple pour effectuer des contrôles justifiés pour l'intérêt général, doivent rester possibles, dès lors il est nécessaire de mettre en œuvre une balance des intérêts (2).

1) La surveillance étatique de l'opinion publique

361. Dans certains États l'opinion publique est surveillée. Dans ces États les populations ou du moins des parties de la population en faveur du parti politique dirigeant sont appelées à manifester leur approbation du pouvoir et des choix politiques à travers des grandes manifestations. Les journalistes, notamment par l'utilisation des NTIC, montrent ces grandes manifestations d'approbation par exemple en Corée du Nord. L'intérêt étatique se constate aussi dans les politiques de contrôle et de surveillance des activités sociales que les nouvelles technologies et les bureaucraties renforcées organisent. Il s'agit de la mise au jour d'une opinion surveillée, au travers de dispositifs technologiques et sociaux. L'opinion publique à l'ère du numérique peut être épiée par de nombreux intéressés. Une sorte de totalitarisme dans la communication numérique est possible grâce aux technologies numériques. Une telle situation réduirait le rôle de la population à celui d'une entité collective domestiquée, contrôlée par la propagande omnisciente, l'histoire a démontré que souvent seule la résistance de quelques personnes ou de quelques groupes rompt avec cette passivité.

362. L'opinion publique gérée par l'État avec la communication numérique. Les travaux sociologiques sur les rapports des citoyens « ordinaires » à la politique invitent à rester méfiants sur les conditions d'une éventuelle sensibilisation massive des individus à l'ensemble des enjeux qui mobilisent les acteurs de la compétition. Les travaux sur le

totalitarisme démontrent les atrocités commises à la suite de la création par exemple d'une police soviétique de l'opinion publique. L'opinion publique gérée par l'État fait apparaître des citoyens « domestiqués » dévoués à l'État. L'ignorance ou le conformisme peuvent être produits et conservés dans des politiques spécifiques et constitués de fait en acceptations du régime. Un autre exemple est celui de la politique raciste du régime nazi. La politique nazie s'est progressivement structurée sur une indifférence des composantes de la population, indifférence que les dirigeants ont appris à gérer et à entretenir en utilisant, à partir du milieu des années 30, les avantages du secret d'État et du respect apparent de certaines procédures. Les changements d'autorité, de système, les crises politiques, ou les révolutions libérales ne réduisent pas la diversité des modes de construction de l'opinion. Aux États-Unis dans les années 30 et en France dans les années 50 s'est opéré le passage d'un indicateur de l'opinion fondé sur la prise en compte de certains faits comme le nombre des cartes électorales à un indicateur statistique de l'opinion basé sur l'utilisation des sondages d'opinion. C'est le régime de l'opinion, notamment sa réalité, son contenu, qui se trouve modifié dans ce passage. Les sondages d'opinion sont une importante innovation pour mieux comprendre les exigences des citoyens. Des tentatives d'analyse de l'opinion publique existent et sont beaucoup utilisées, et relativement bien maîtrisées par les hommes et femmes politiques⁶⁶⁶. Dans la vie en Société et notamment dans le choix des dirigeants politiques, les citoyens doivent constamment parvenir à faire un choix entre plusieurs opinions.

363. L'articulation entre liberté de communication, vie privée et intérêt général. La situation française est à la fois différente et comparable à celle américaine. Dans notre société, il existe la même question sur l'articulation entre la liberté de communication, la vie privée et l'intérêt général. Si l'articulation entre la liberté de communication, la vie privée et l'intérêt général a tardé à se révéler pleinement, c'est que la constitutionnalisation du droit s'est faite tardivement. Plus exactement, c'est à partir de la Déclaration de 1789 que le Conseil constitutionnel va juger la loi. Pour les droits et libertés non absolus, le Conseil constitutionnel a pris soin de rappeler qu'ils peuvent légitimement subir « des limitations exigées par l'intérêt général », mais il n'a jamais accepté de divulguer publiquement, notamment dans la motivation de ses décisions, les critères permettant de déterminer ce que

⁶⁶⁶ LEONETTI (X.), *Guide de cybersécurité. Droits, méthodes et bonnes pratiques*, Paris, Éd. L'Harmattan, 2016, p. 624.

pourrait être concrètement l'intérêt général⁶⁶⁷, ni la balance des intérêts qu'il faut impérativement effectuer.

2) La balance des intérêts entre la surveillance étatique et la protection de l'opinion publique

364. Selon Michel Troper, « la hiérarchie des normes est un genre de relation entre normes, un mode d'organisation du système juridique, que l'on peut observer et décrire »⁶⁶⁸. Il ne s'agit pas pour Michel Troper de contester l'existence de cette hiérarchie, mais de décrire comment dans le processus concret d'interprétation de la Constitution se constitue une certaine forme de hiérarchie, de suprématie des normes produites en référence à ce texte. Certes, lorsqu'il s'agit d'apprécier une limitation législative à la liberté d'expression et de communication des opinions, le Conseil constitutionnel dit mesurer la gravité de celle-ci afin de vérifier que le sens et la portée du droit ne soient pas dénaturés. Les critères et les modalités de sa mise en œuvre sont occultés par le Conseil, ce qui accrédite l'idée que le contenu de la loi est contrôlé par l'application des règles et principes se trouvant dans le bloc de constitutionnalité. C'est cette théorie formaliste du raisonnement juridique que les Américains ont abandonné dès le XIX^{ème} siècle, avec plus ou moins de difficultés, pour se tourner vers la méthode de la balance des intérêts. C'est précisément ce que refusent obstinément d'admettre la grande majorité des juristes français, lesquels n'apprécient pas la balance des intérêts et les tests de proportionnalité⁶⁶⁹. L'expérience américaine enseigne qu'il n'y a pas de critères ou de méthodologie rendant la décision mécanique. Il faut alors en tirer les conséquences, et déduire que la décision est politique en ce que le juge est amené à balancer des intérêts, à en privilégier certains plutôt que d'autres. Certes, l'absence de publication des opinions dissidentes contribue à occulter la dimension politique des enjeux et du débat. Nul doute que, si celle-ci était autorisée, elle forcerait le juge constitutionnel à

⁶⁶⁷ Si toutefois ils existent. Sauf à laisser l'appréciation de l'intérêt général au pouvoir souverain du législateur.

⁶⁶⁸ BRUNET (P.), « Troper et la "théorie" générale de l'État. État général d'une théorie », *Revue française de théorie juridique*, Paris, PUF, 2003, pp. 87-110.

⁶⁶⁹ Pour un exemple caricatural, V. GAUTIER (P.-Y.), « Éloge du syllogisme » *JCP G* 2015, p. 902.

entrer dans une motivation plus conséquente pour exprimer l'opinion majoritaire, à l'instar de ce qui se passe aux États-Unis⁶⁷⁰

365. Actuellement afin de contrer certaines pratiques dangereuses, se pose la question de la prise en considération par la Constitution française de la protection des réseaux sociaux et de la communication sur internet en vue de la formation de l'opinion publique. Cette prise en considération semble faire défaut dans les Constitutions des sociétés démocratiques. L'intérêt de cette prise en compte de la protection constitutionnelle serait sans risques ou dangers, mais conduirait au contraire à une augmentation de droits pour le citoyen. L'intérêt de la constitutionnalisation du droit numérique est de donner au Conseil constitutionnel des moyens modernes qui soient adaptés aux lois du XXI^{ème} siècle. Dans le cas contraire, le Conseil ne pourra probablement pas faire son travail de contrôle sans des normes de référence modernes. La Déclaration de 1789 est un texte, une charte fondamentale qui s'adapte aux nouvelles NTIC mais elle a des limites tout en restant très efficace dans beaucoup d'autres domaines. La Déclaration de 1789 doit être complétée par certains principes qui mériteraient d'être inscrits au rang constitutionnel⁶⁷¹. La question de l'introduction d'une nouvelle composante dans le bloc de constitutionnalité est actuellement peu prise en compte et semble mise à l'écart. Les motifs de cette mise à l'écart pourraient être l'actuelle existence d'une protection législative et constitutionnelle suffisante, l'absence d'une impérieuse nécessité d'une telle protection constitutionnelle ou la présence d'autres priorités juridiques⁶⁷².

⁶⁷⁰ CHAZAL (J.-P.), « Propriété versus régulation », Paris, *Les cahiers de droit de l'entreprise*, n°6 novembre-décembre 2015, pp. 45-50.

⁶⁷¹ Il y a presque autant de classifications des droits et des libertés qu'il y a d'auteurs. Une première classification qui repose sur la situation de l'individu distingue la liberté physique, les libertés de l'esprit et les libertés collectives. Une deuxième distingue la liberté individuelle et les libertés collectives. Elle part de l'idée que l'une ne va pas sans l'autre et dans un cadre idéaliste, elle privilégie la primauté de l'individu sur la société. Une troisième distingue les droits et libertés en fonction du rôle de la puissance publique. Cette classification, proposée au début du XX^{ème} siècle par L. DUGIT et G. JELLINEK, n'est pas à l'abri de critiques car dans l'absolu, toute liberté doit appeler une prestation de l'État. Une quatrième classification résulte de la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui distingue les libertés « passives » qui reposent non seulement sur l'article 2 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen mais aussi sur son article 4 (ex : la liberté d'aller et venir, la liberté du mariage). OLIVA (E.), GIUMMARRA (S.), *Droit constitutionnel*, Paris, Éd. Sirey, 8^{ème} édition, 2014, 360 p.

⁶⁷² *Ibidem*

§ 2. La limitation constitutionnelle du délit d'opinion

366. Certaines opinions peuvent être dangereuses pour la vie en société. L'idée très courante et majoritaire est celle selon laquelle des opinions fondamentalistes, qu'elles soient de l'extrême gauche ou de l'extrême droite ou encore des groupes extrémistes religieux, seraient immorales, illégales et interdites. Il faut être disposé à écarter par des mesures d'autorité publique des conceptions qui remettent en cause l'importance des bases démocratiques et de l'État de droit, notamment aujourd'hui avec le Web. La question de savoir si des opinions, des expressions ou des communications peuvent être interdites à cause de leur seule dangerosité pour le système constitutionnel (A) est un des grands problèmes relatifs à la liberté d'expression et de communication des pensées et des opinions, mais qui peut trouver une réponse lors de la prise en considération des conséquences du délit d'opinion (B).

A – Les opinions inconstitutionnelles dangereuses pour la vie en société

367. Malgré l'importance de la liberté d'expression et de communication certaines opinions peuvent représenter un risque ou être dangereuses pour la vie en société. En faisant de la liberté la base de la démocratie on l'ouvre à un développement infini. Cette grande ouverture permise par la notion de liberté a pour conséquence d'engendrer des effets imprévus et non maîtrisables. La liberté peut entraîner une dynamique avec des risques d'insécurité. À l'origine d'un État de droit libéral il faut une protection profonde de la liberté qui doit perdurer malgré ces risques. Ceci est d'autant plus vrai pour la liberté d'expression. Les opinions rassemblent les individus ou les séparent, et peuvent se transformer en actes. On constate que ces situations, parfois dangereuses sont d'actualité, comme le démontrent les réactions nationales et internationales à la publication des caricatures du Prophète Mohamed du dessinateur Kurt Westerwald.

368. La reconnaissance d'un droit et sa limitation. Notons que les idéologies nazies, tout comme d'autres opinions racistes, dictatoriales..., sont le « fruit pourri », des abus de la liberté d'expression. C'est également en invoquant la liberté que l'abolition de certains droits de l'homme est revendiquée, en commençant par la remise en cause du principe d'égalité

des êtres humains, par exemple, avec le racisme. Il serait naïf de penser que de telles opinions ne contiennent aucun danger potentiel. Et, dans un monde, dans lequel grâce aux nouvelles techniques de communication et à une internationalisation rapide, on est de plus en plus confrontés directement aux divergences des conceptions de l'ordre politique et social, et la mise à l'écart des conceptions dangereuses diminue. Les expériences concernant les résultats de la communication par internet, véhiculée par les « mass médias », contribuent, elles aussi, à nourrir la méfiance vers l'autorégulation de la libre structuration des opinions. Par conséquent, la liberté d'expression et de communication n'a pas intérêt à bénéficier d'une garantie de manière illimitée. Les circonstances dans lesquelles des opinions sont diffusées peuvent également être soumises à une réglementation propre à chaque État. Ce qui est récent ce sont les dispositions concernant l'interdiction de la seule propagation d'opinions et d'idéologies seulement en raison de leurs contenus à cause du fait qu'elles peuvent être dangereuses pour le système constitutionnel⁶⁷³. Dans le droit de réunion, on constate de plus en plus de telles tentatives, parfois de manière pas très argumentée : en Allemagne par exemple et pour des raisons historiques évidentes, les autorités tentent ouvertement d'empêcher les militants d'extrême droite de manifester. Cependant, à plusieurs reprises, les juges constitutionnels allemands du Karlsruhe ont assuré leur droit à la liberté de réunion⁶⁷⁴.

B – La dangerosité du délit d'opinion

369. Le thème de la dangerosité du délit d'opinion est d'une actualité brûlante, compte tenu de la force d'attaque d'internet et de son influence sur les internautes. Les règles procédurales fixées par la loi de 1881 sont des règles protectrices de la liberté d'expression, internet conduit à conduit à modifier certaines approches de cette loi historique. En effet, au XXI^{ème} siècle et en ces moments d'attentats terroristes à répétition, on pourrait être tentés de croire que certains délits ne constitueraient pas des abus de la liberté d'expression mais « des faits directement à l'origine des actes terroristes ». Néanmoins, lorsqu'on s'estime être un protecteur des libertés fondamentales, il faut reconnaître qu'une opinion ne conduit pas

⁶⁷³ Code constitutionnel et des droits fondamentaux, Paris, Dalloz, 5^{ème} édition, 2016, 3054 p.

⁶⁷⁴ LAUVAUX (P.), PONTTHOREAU (M.-C.), « Droit constitutionnel comparé », Paris, *RIDC*. Vol. 63 N°2, 2011. pp. 491-492.

obligatoirement à la commission d'un acte. La loi de 1881 est là pour faire une *summa divisio* entre ce qui relève de l'expression délictueuse (1) de ce qui relève de l'acte délictueux (2).

1) L'opinion comme élément potentiel de l'infraction pénale

370. Les propos tenus par une personne peuvent être sanctionnés lorsqu'ils sont constitutifs d'une infraction. Dans un État de droit il faut respecter la distinction entre des propos constitutifs d'une infraction et ceux qui restent simplement à l'état d'opinion. La distinction entre une opinion et une infraction pénale, et le fait du « délit d'opinion », engendrent des difficultés en rapport aux conséquences au regard des sanctions judiciaires applicables. Par conséquent il s'agira d'observer que le critère principal qui est pris en considération par les magistrats est de vérifier s'il y a une atteinte à l'ordre public.

2) L'atteinte à l'ordre public

371. Les juges français en fonction des situations qui leur sont soumises jugent si des propos tendent à porter atteinte à l'ordre public, à la réputation ou aux droits d'autrui. Le juge européen bouscule les limites traditionnelles de la liberté d'expression dès lors qu'un débat d'intérêt général est en cause. Il ouvre à lui seul un droit à l'information qui s'impose comme une composante nouvelle, fondamentale de ce nouvel ordre public opposé aux ingérences de l'État⁶⁷⁵. Soutenir que les délits d'opinion sont interdits revient à affirmer qu'il existe dans la Constitution une disposition qui interdit au législateur de créer une limite à la liberté d'expression. Dans le régime juridique français, la liberté d'expression est garantie aux articles 10 et 11 de la Déclaration des droits de l'homme, ces dispositions permettent

⁶⁷⁵ S'inscrivant dans ce mouvement, la Cour de cassation a par un arrêt de l'Assemblée plénière du 16 décembre 2016 fait prévaloir cette conception nouvelle, en admettant le droit de l'avocat à critiquer le fonctionnement de l'institution judiciaire à l'occasion d'une affaire où les propos critiqués portaient sur un sujet d'intérêt général relatif au traitement judiciaire d'une affaire criminelle ayant eu un retentissement national et reposait sur une base factuelle suffisante. Cass. Ass. plén. 16 décembre 2016, n° 08-86.295.

une grande marge de manœuvre au législateur. Il revient aux gouvernements le rôle de déterminer ce qui doit être considéré comme un abus. Par conséquent il faut reconnaître que le citoyen risque de ne pas être protégé contre les abus d'un gouvernement liberticide. Les gouvernements peuvent disposer d'une « limite » qu'ils sont capables d'être expressément appelés à établir quand il leur paraît « nécessaire ». Cette limite implique le respect des religions dans les communications numériques. Le respect de la religion est une composante essentielle pour garantir les droits et libertés fondamentaux.

Chapitre second – La liberté de religion sur internet

372. Les religions utilisent depuis toujours la communication et les moyens de communications. Aujourd'hui, l'expression religieuse est possible et présente dans la communication numérique. Les internautes peuvent choisir sur le web, librement et sans intervention extérieure la religion qu'ils souhaitent mieux connaître ou pratiquer. Cette liberté de choix et de pratique découle du fait qu'internet est un moyen d'expression, de communication et d'information, qui bénéficie donc de la protection du bloc de constitutionnalité français contre toute loi qui serait liberticide. La garantie constitutionnelle du pluralisme des religions (**Section I**) implique des contours constitutionnels du droit de communiquer ses convictions religieuses (**Section II**).

Section I : La garantie constitutionnelle du pluralisme des religions

373. La pratique de la religion est devenue « 2.0 » avec le numérique. Une des contreparties de l'évolution de la pratique de la religion avec le numérique, est qu'elle a aussi atteint les extrémistes religieux qui désormais peuvent communiquer avec un grand nombre d'internautes. Ces croyants rejettent la « modernité » que cause internet avec ses millions d'images et vidéos parfois contraires à certains principes religieux. Néanmoins, ils ont compris l'importance du net pour la propagande religieuse. Des sites avec beaucoup d'inscrits promeuvent les opinions d'autorités religieuses et trouvent des fidèles dans le monde entier qui suivent ces enseignements en utilisant leurs ordinateurs ou appareils numériques. Ce faisant, avec le développement des technologies de l'information et de la communication, internet se transforme aussi en une source d'informations sur les religions qui a des particularités, et l'internaute doit savoir faire la différence entre « le bien et le mal », le légal et l'illégal.

§ 1. Les particularités de l'essor des religions on line

374. La religion fait partie intégrante de la vie d'une partie des citoyens. Dans le passé la religion était utilisée pour justifier certains évènements causés par exemple par la nature. Aujourd'hui grâce aux connaissances scientifiques on peut savoir exactement quels facteurs ont causé certains évènements. Les discours religieux et notamment les différences et antagonismes des discours sont souvent à la source de conflits armés et de crimes en tout genre. Pour ces motifs il est primordial de protéger internet, les réseaux sociaux et la communication numérique de l'emprise du religieux, notamment par une stricte obligation de laïcité d'internet⁶⁷⁶. La religion est une institution séculaire qui aujourd'hui s'adapte à l'ère du numérique (A) et qui tend à se rénover avec la pluralité des nouvelles croyances et religions alternatives (B).

A – La religion une institution séculaire à l'ère du numérique

375. La religion est devenue très accessible avec internet (1) mais un débat sur l'encadrement des stratégies de communication s'impose (2).

1) L'accessibilité de la religion avec internet

376. Les institutions religieuses ont initialement scanné et numérisé les livres et textes religieux afin de les rendre accessibles sur internet. De nombreuses personnes ont ainsi pu télécharger et consulter la Bible, le Coran, le Talmud... sur leurs ordinateurs, smartphones et tablettes. Une des spécificités d'internet est qu'il est accessible par toute citoyen-internaute. Actuellement de nombreux sites internet proposent ces textes religieux traduits en plusieurs langues. À l'ère du numérique pour pratiquer sa propre religion on peut désormais utiliser les NTIC, les communications par smartphone... Certaines nouvelles applications mobiles permettent d'envoyer des messages au Prêtre, à l'Imam, au Rabbin..., de participer à la récolte de fonds pour (par exemple) construire un édifice religieux, ou de trouver, avec la géolocalisation le plus proche lieu de culte. De plus, la confession en ligne

⁶⁷⁶ L'importance d'un internet laïque, s'impose fermement aujourd'hui, notamment lorsqu'on voit le fonctionnement des systèmes juridiques et judiciaires de certains États fondés sur la religion.

est devenue possible. Internet est par nature prolifique, chacun peut s'y exprimer, y divulguer ses croyances. Sur internet il est possible d'avoir accès à de nombreux sites religieux en langue française. Internet permet de favoriser le choix de sa religion. Une personne en quête de spiritualité peut effectuer des recherches et trouver beaucoup de réponses sur internet. En effet, un internaute avec une approche profane ou laïque peut librement consulter de nombreuses sources en ligne et sites d'information sur le religieux. Cette possibilité est une des nouveautés offertes par internet. Du blog aux sites sophistiqués, ils couvrent désormais beaucoup des aspects de la vie : l'information, l'e-commerce, les services. Il est par exemple possible de visionner la célébration de la messe en latin. La célébration de la messe en latin touche un public dispersé mais aujourd'hui rassemblé sur les sites spécialisés. Par conséquent internet et le numérique permettent de pratiquer la religion (a) et a apporté une réelle modification sociétale (b).

a. La pratique de la religion sur internet

377. Une partie d'internautes religieux pratiquent leur religion sur internet, par exemple en consultant des textes sacrés, des traductions, des analyses... Il s'agit d'un grand changement des pratiques et une évolution sociologique. Le droit d'accès à internet reconnu comme droit fondamental au sens de la jurisprudence constitutionnelle prend encore une fois toute son importance en tant que droit fonctionnel⁶⁷⁷. Internet permet de participer à une communauté religieuse choisie et sans limitations d'horaires d'ouverture ou de fermeture, de durée et de lieu. Beaucoup de pratiquants religieux utilisent cette nouvelle liberté numérique afin d'appartenir à des groupes spécifiques sur la religion à travers l'utilisation des réseaux sociaux spécialement religieux. Parallèlement aux réseaux sociaux religieux qui sont en plein essor, les forums aiguillent ceux qui cherchent la foi. Derrière un écran d'ordinateur ou de smartphone, ces internautes posent les questions qu'ils n'auraient peut-être pas osé poser à un homme de foi physiquement devant eux. De plus, tandis que par exemple certains Imams s'expriment uniquement en langue arabe, de nombreux sites musulmans ont créé des sites en français ou en anglais, rendant plus facile l'accès à leurs

⁶⁷⁷ Cons. const. n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*.

discours, ce qui est un des avantages des NTIC. La possibilité de pratiquer sa foi sur internet est une évolution religieuse intrinsèque à l'évolution numérique.

378. Cette évolution peut comporter des risques comme la diffusion d'idées sectaires ou salafistes. Ces idées peuvent atteindre une grande partie de la population utilisant internet. Ces nouveaux risques ont justifié les nouvelles lois susmentionnées de 2015 et de 2016 sur la surveillance des communications. La cyber religion offre une nouvelle possibilité pour s'intéresser ou découvrir les religions.

b. La modification sociétale apportée à la religion par le numérique

379. Pendant longtemps les religieux ont hésité à utiliser internet, conscients du fait qu'internet véhicule des contenus pouvant être considérés comme des péchés. Les communautés religieuses doutaient, relativement à leurs préceptes religieux, de leur droit à utiliser une technologie qui est susceptible de véhiculer des messages et images profanes. L'usage d'internet est susceptible de détourner des normes morales. En outre, *ab initio* les représentants religieux se posaient simplement des questions sur leur droit à naviguer sur internet et s'ils pouvaient le faire à des fins privés ou public. Aujourd'hui les sites officiels des grandes religions ont dépassé ces hésitations des débuts et ont proliféré, l'importance et les avantages de ce grand réseau ont pris le dessus sur les incertitudes. Les technologies de communication issues d'internet permettent la mise en relation des individus à travers des modalités techniques différentes mais qui promettent toute une sorte de facilités d'accès et parfois un côté ludique intéressant notamment les plus jeunes. Cette facilité d'accès et ce côté ludique d'internet sont les forces et peut-être même les raisons de son grand développement.

380. L'ouverture à la religion permise par le numérique. Prenons l'exemple de la religion musulmane, beaucoup de jeunes qui n'osaient pas aller à la mosquée ont commencé leur apprentissage religieux devant leur ordinateur. Les sites internet spécialisés proposent un parcours de conversion religieuse en ligne en plusieurs étapes. Dans cette logique d'apprentissage et de rapprochement à la religion, la forme des questions et réponses s'est développée sur internet, par conséquent les réponses les plus variées se trouvent sur internet.

On constate que internet a profondément modifié la société, les rencontres entre les individus, et la découverte de la religion⁶⁷⁸. Des hypothèses, sans fondements, ont été mises en avant prédisant le commencement d'une nouvelle ère numérique dangereuse pour la vie en société. Force est de constater que les *social networks*, sont régulièrement mis en cause pour leur rôle involontaire dans la communication des mouvances musulmanes radicales extrémistes, et notamment avec les appels au *djihad* que les événements récents en Europe et dans plusieurs parties du monde ont tragiquement confirmé. Le but de la guerre religieuse des islamistes n'est ni la liberté individuelle ni l'autodétermination des peuples, mais l'établissement d'un régime totalitaire basé sur la soumission pure et simple⁶⁷⁹. Par conséquent internet est aussi ce qu'il peut y avoir de pire, un des vecteurs des opinions radicalisées et de l'extrémisme religieux. Le réseau électronique est par excellence, une caisse de résonance et un grand lieu de communication favorable aux groupes minoritaires parfois mis à l'écart par la société. Les convictions religieuses se présentent sur internet sous différentes formes éparpillées et à travers une esthétique visuelle relativement neutre. Accusées d'être la cause d'une « aliénation de l'homme par l'ordinateur », les technologies modernes se sont et continueront à toujours plus s'inscrire dans nos cultures et pratiques. Internet est plus qu'un réseau mondial, il serait une sorte de nouvelle entité surpuissante et « surnaturelle » dotée de sa propre volonté.

2) Le nécessaire encadrement de certaines pratiques des religions sur internet

381. Les religions historiques ont appris à utiliser internet dans leurs stratégies de communication et de développement. La religion sur internet, c'est aussi tout un nouveau monde qui a permis l'invention de cultes virtuels, dont certains sont l'extension sur internet de ce qu'on pourrait désigner comme étant des sortes de « cultes », ou d'organisations « spirituelles », alors que d'autres sont des inventions ou des cultes qui copient les religions existantes. Il s'agit des « religions *on line* », qui n'ont de principal lieu d'existence que le Web. Internet c'est notamment une abondance de rapports particuliers qui se développent

⁶⁷⁸ Par exemple le site www.top-rencontre-chretienne.fr propose des rencontres entre personnes de la même communauté chrétienne. Ces mêmes types de sites internet existent pour la religion musulmane et juive.

⁶⁷⁹ KUNTZEL (M.), *Jihad et haine des juifs*, Paris, éditions du Toucan, 2015, 236 p.

entre des internautes et des informations religieuses sans nécessairement passer par les institutions traditionnelles.

382. L'individualisation des religions. Ce qui est surprenant c'est que les connections individuelles aux sites religieux ne causent pas nécessairement ce qu'on pourrait appeler l'individualisation des religions. Si ce phénomène est observable chez certains usagers, en fonction du nombre et de la qualité d'informations religieuses à disposition, et des nécessités personnelles, d'autres catégories d'utilisateurs sont dans une quête de liens communautaires qui les amènent intentionnellement à s'inscrire dans des « réseaux sociaux *ad hoc* » qui ne sont plus des paroisses ou des confréries, mais des communautés virtuelles, aux normes souvent plus souples et à la participation plus irrégulière que leurs modèles de base. Internet permet aux communautés sociales et religieuses le développement d'un cadre moderne du sacré. Ainsi à partir de ces exemples de religions on constate que les grandes religions ont été incitées à utiliser le web pour s'acclimater à la modernité et à la mondialisation. Cette évolution et adaptation des religions à l'ère du numérique a conduit à l'émergence de certaines pratiques, l'actualité démontre que des intimidations ou des interdictions à pratiquer l'avortement, sont devenues très généralisées sur internet et ont induit le législateur à légiférer sur le sujet **(a)**. En effet, une loi instaurant le délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse sur internet a été adoptée et a fait l'objet d'un contrôle de la part du Conseil constitutionnel **(b)**.

a. Le risque d'intimidation par la religion sur internet

383. L'adoption de la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse. Depuis l'adoption en 1975 de la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse des millions d'IVG ont été pratiquées⁶⁸⁰. Aujourd'hui, ce droit est largement accepté par la majorité des hommes et femmes politiques et par les citoyens⁶⁸¹. Un long combat a été mené par les femmes afin d'obtenir un droit à l'IVG, les femmes ont désormais le droit d'avorter dès lors

⁶⁸⁰ Le droit de refuser la procréation est concrétisé par la légalisation de l'interruption volontaire de grossesse avec la loi Veil qui autorise l'IVG pendant les dix premières semaines de la grossesse. Ce texte a été voté malgré une opposition très vive de ceux qui étaient attachés à une législation ancienne ou à des préceptes religieux, considérant l'avortement comme une infraction ou comme un péché grave. *in* LETTERON (R.), *Libertés publiques*, Paris, DALLOZ, 9^{ème} édition, 2012, 602 p.

⁶⁸¹ Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse.

qu'elles le décident, la bataille de l'information devient désormais centrale. Des sites internet avec une apparence neutre ou avec des noms officiels ont un seul objectif qui est celui de détourner les femmes de l'IVG. Cet acquis risquait d'être en partie remis en cause par certaines pratiques d'intimidation sur internet. Elles sont à l'origine de l'adoption de la loi établissant le délit d'entrave à l'IVG de 2017⁶⁸². Le fait de s'informer sur internet doit être libre, et la liberté d'expression doit être protégée tant qu'elle ne se transforme pas en liberté de désinformation. Il était reproché à ces sites internet de donner aux femmes enceintes des fausses informations et des fausses adresses qui tendaient à leur changer d'avis afin de ne pas pratiquer d'IVG.

384. La propagande hostile à l'avortement sur internet. Certaines catégories de personnes doivent mériter une attention particulière. Des personnes peuvent facilement être intimidées lorsqu'elles utilisent des NTIC sur internet. Par conséquent et dans la logique protectionniste de l'État, on a assisté à l'émergence de l'encadrement législatif des sites de propagande hostile à l'IVG. En effet, plusieurs sites internet, qui ne s'affichent pas clairement en tant que sites religieux, visent à décourager les femmes enceintes à effectuer une IVG. On a observé que la majorité des religions ont traditionnellement des avis contraires au droit à l'avortement des femmes, et elles invoquent le fait que l'embryon, dès sa conception, est une personne. L'avortement est alors un acte pouvant être considéré, par certains croyants, comme un péché grave. L'Église qualifie ainsi l'avortement « d'acte abominable »⁶⁸³.

b. L'instauration législative du délit d'entrave à l'IVG sur internet

385. L'évolution du délit d'entrave à l'IVG. Entraver volontairement le droit d'information des femmes est une atteinte à leurs droits fondamentaux, comme leur liberté de disposer de leur corps est un droit fondamental. Dans le passé le délit d'entrave à l'IVG était constitué par les personnes qui se mettaient aux entrées des hôpitaux ou cliniques qui

⁶⁸² Loi n° 2017-347 du 20 mars 2017 relative à l'extension du délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse.

⁶⁸³ Constitution pastorale *Gaudium et Spes*.

effectuaient des IVG afin d'empêcher l'accès aux femmes qui voulaient avorter⁶⁸⁴. Le délit d'entrave s'est déplacé aujourd'hui sur internet. À l'ère du numérique, internet est une des premières sources d'information relatives aux questions de santé pour les 15-30 ans⁶⁸⁵. La consultation de ces sites peut modifier la manière de soigner et avoir de graves conséquences. En étendant le délit d'entrave à l'IVG aux nouveaux modes de communication l'ambition était de rendre effectif l'engagement de la France à garantir aux citoyennes ce droit fondamental de choisir le moment de leur maternité. Il n'est pas concevable d'ériger un droit sans écarter tout éventuel obstacle à celui-ci. Lors des débats à l'Assemblée nationale, les opposants à la création d'un délit d'entrave à l'IVG sur internet invoquaient le fait qu'il pouvait être contraire à la liberté d'expression et que l'idée que l'État puisse interdire ou autoriser le débat sur un sujet sur internet peut être dangereuse. Cependant et *a contrario* il s'agissait plus d'une liberté de désinformer qui était précédemment « autorisée » sur internet. L'objectif poursuivi par le législateur était de protéger les femmes des sites internet qui offrent des informations *a priori* neutres mais qui en réalité sont issues de croyances religieuses. Plus précisément l'objectif du législateur du XXI^{ème} siècle était d'adapter la législation, qui datait de 1993⁶⁸⁶, avec les NTIC afin de pouvoir lutter contre des sites internet qui permettent aujourd'hui de donner des informations en rapport à l'IVG sous forme de pression morale ou psychologique. Dès lors et au vu de l'ampleur du système qui s'était développé, il n'était plus admissible pour l'État de laisser certaines organisations profiter de cette détresse humaine afin de transmettre des messages spécifiques, en l'espèce notamment l'interdiction de l'avortement, souvent justifiés par des motifs issus de croyances religieuses et de façon impunie. Il était alors nécessaire d'encadrer la liberté d'expression, encadrement qui a fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité *a priori* par le Conseil constitutionnel⁶⁸⁷.

⁶⁸⁴ La Commission européenne des droits de l'homme, à l'époque où elle intervenait préalablement à la saisine de la Cour, confrontée à la décision d'un juge néerlandais interdisant à un adversaire agressif à l'IVG de fréquenter les abords d'une clinique, a estimé que cette mesure ne violait pas l'article 2 du Protocole n°4, l'interdiction étant limitée dans le temps et dans l'espace. Commission, 22 février 1995, *Van den Dungen c/Pays-Bas*, req. n° 22838/93, in LETTERON (R.), *Libertés publiques*, Paris, DALLOZ, 9^{ème} édition, 2012, 602 p.

⁶⁸⁵ KAGNI (M.), « Extension du délit d'entrave à l'IVG : progrès ou délit d'opinion ? », Paris, La Chaine parlementaire, 1/12/2016, site internet, <http://www.lcp.fr/la-politique-en-video/extension-du-delit-dentrave-livg-droit-linformation-ou-delit-dopinion>.

⁶⁸⁶ Loi n° 93-121 du 27 janvier 1993 portant diverses mesures d'ordre social.

⁶⁸⁷ Cons. const. n° 2017-747 DC du 16 mars 2017, *Loi relative à l'extension du délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse*.

386. La position du Conseil constitutionnel dans la décision n° 2017-747 DC du 16 mars 2017. La loi instaurant le délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse n'a pas été sanctionnée par le Conseil constitutionnel et elle a par conséquent été déclarée conforme à la Constitution. Néanmoins le Conseil constitutionnel a dans sa décision formulé deux réserves d'interprétation qui soulignent que le délit devait uniquement viser à sanctionner les actes ayant pour objectif de vouloir éviter qu'une femme ait recours à une IVG. Pour le Conseil constitutionnel : « c'est une information qui doit être sollicitée par la victime de l'infraction, et non une opinion ». Deuxièmement : « l'information doit être relative aux conditions dans lesquelles une IVG est pratiquée, sur ses conséquences et être transmise par une personne prétendant détenir des compétences en la matière »⁶⁸⁸. On note que la référence faite par le Conseil constitutionnel à la liberté de la femme issue de l'article 2 de la Déclaration de 1789 n'est pas une nouveauté, et qu'elle était déjà présente dans ses précédentes décisions⁶⁸⁹. Les réserves d'interprétation émises par le Conseil constitutionnel ont conduit à une stricte limitation des cas possibles d'application du délit d'entrave à l'IVG.

B – La pluralité des nouvelles croyances et religions alternatives avec internet

387. La plupart des groupes religieux investissent officiellement le cyberspace dans les années 90. Ils sont déjà devancés par les sociétés commerciales, qui ont perçu plus rapidement les avantages que permet le numérique. Internet constitue, en termes de stratégie, un nouvel outil pour la promotion de l'image et des préceptes religieux. Alors qu'autrefois, les « sectes » ne pouvaient s'exprimer, dans l'espace public, qu'à travers des médias traditionnels plutôt hostiles à leurs messages, il leur est désormais possible de se développer comme ils le souhaitent. Internet permet l'essor de nouvelles religions (1) et la redéfinition des acteurs religieux (2).

⁶⁸⁸ MORAVY (S.), SHALABI (I), « Le Conseil constitutionnel, conciliateur de libertés », <https://voxcriminis.wordpress.com/2017/10/22/le-conseil-constitutionnel-conciliateur-de-libertes/>

⁶⁸⁹ Site web du Conseil constitutionnel. Cons. const. n° 2001-446 DC du 27 juin 2001, Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, cons. 5 et 10 ; n° 2014-700 DC du 31 juillet 2014, Loi pour l'égalité réelle entre les hommes et les femmes, cons. 4 ; n° 2015-727 DC du 21 janvier 2016, Loi de modernisation de notre système de santé, cons. 43.

1) La diffusion de nouvelles religions avec internet

388. Internet a créé un lieu virtuel neutre. Cette neutralité devrait se traduire par une certaine prise de distance, d'exclusion par rapport à la plupart des débats, positions, notamment sur la religion. Néanmoins, la religion pourrait ne pas être exclue et bénéficier de sa place sur le Web. Internet est accessible à toute personne ainsi qu'à toute religion. Les pratiques religieuses sur internet se développent et s'améliorent avec les NTIC. Parmi les améliorations des religions *on line* qui restent réalisables, il est possible d'imaginer l'affichage des cérémonies religieuses à proximité⁶⁹⁰ à travers le service de localisation sur smartphone, le visionnage des vidéos interactives conçues par des représentants religieux, etc. Le potentiel de développement de ces pratiques semble viser les plus jeunes, ceux-ci utilisant plus que les autres internet.

389. Internet favorise l'essor de nouvelles religions. Ces nouvelles religions alternatives ou minoritaires qui utilisent les technologies d'information sont moins structurés que les religions traditionnelles. Internet permet l'essor des religions modernes comme un rempart au pouvoir des religions traditionnelles ou historiques. Aujourd'hui on assiste à la conjonction de deux situations : une méfiance des croyants à l'irruption des nouvelles croyances sur internet et des croyants qui voient internet comme un excellent moyen de les découvrir. Près de deux tiers des croyants pensent en effet que les possibilités accrues de vivre sa religion sur internet ne changent rien à la façon dont on vit celle-ci au quotidien⁶⁹¹. Il existent une multiplicité de méthodes pour pratiquer sa foi grâce à internet. Par exemple, il est possible de recevoir une prière quotidiennement, d'étudier des textes religieux, de créer une bibliothèque virtuelle, de stocker des documents dans le *cloud*, de trouver les horaires de la messe la plus proche ou simplement consulter des vidéos conçues par des représentants religieux, etc. L'essor des religions *on line* semble réserver des possibilités intéressantes pour

⁶⁹⁰ Le développement des services de localisation des *smartphones*, souvent pour des intérêts commerciaux, soulèvent des nouvelles questions juridiques relatives aux sociétés qui gèrent ces données personnelles et sur la protection de la vie privée des utilisateurs.

⁶⁹¹ Observatoire Orange/Terrafemina : religions et numérique, « La tradition à l'épreuve des nouvelles pratiques », Paris, étude n°1100569, mai 2011.

faciliter la pratique de la propre religion. Néanmoins, il faut sans cesse contrôler que ces nouvelles pratiques se fassent dans le respect des lois et de l'ordre public.

2) Le numérique comme composante des médias religieux traditionnels

390. Le cyberspace constitue la prolongation des médias religieux traditionnels. Il s'agit d'un lieu virtuel autonome et distinct, totalement ouvert et sans réelles hiérarchies structurantes, mais qui participe à l'expansion de l'espace public, en multipliant les « portes d'entrée » et en redéfinissant tout acteur social comme un auteur direct de cet espace. Internet se prête parfaitement aux formes ultramodernes des nouvelles religions. Internet ressemble à un libre marché des idées et des croyances, il se présente comme un lieu d'expressions individuelles et collectives. Avec internet ce ne sont plus les formes seulement collectives des croyances qui investissent le cyberspace, mais plutôt celles, brutes et non hiérarchisées *a priori*, ayant comme provenance les sujets autonomes. C'est cette spécificité d'internet qui permet la pluralité et la diffusion de nouvelles croyances, elle ne devrait pas être remise en question, notamment si la neutralité religieuse d'internet venait à être modifiée. Par conséquent la neutralité religieuse d'internet doit être protégée.

§ 2. La spécificité de la neutralité religieuse d'internet

391. L'emprise de la religion sur internet. La question de la religion sur internet est sensible à aborder et potentiellement source d'erreurs car les notions de religion et de spiritualité peuvent avoir des résonances différentes selon les personnes interrogées. Une part importante des Français déclarent croire en une religion mais ne pas vivre comme une « personne croyante »⁶⁹². De même, les personnes se déclarant athées ne font parfois pas la distinction entre l'agnosticisme⁶⁹³ et le déisme⁶⁹⁴. André Malraux écrivait : « Il y a quelques décennies, que la religion serait le problème majeur des temps futurs et que l'on assisterait à une absorption du politique tout entier dans le champ religieux. Nul ne peut dire encore si

⁶⁹² Étude de WIN/Gallup International sur les croyances religieuses publiée en 2015.

⁶⁹³ Individu déclarant ne pas pouvoir trancher sur l'existence d'un dieu.

⁶⁹⁴ Croyance en un D. sans se réclamer d'une religion.

cette prédiction se réalisera dans un bref délai, mais des tensions croissantes appariassent dans de nombreux États connaissant pourtant un équilibre séculaire entre les valeurs religieuses et celles mises en œuvre par le pouvoir politique. La force de certains fondamentalismes religieux contraint en effet, de nos jours, de nombreux gouvernants. Ainsi en est-il de certaines Constitutions laïques dont on s'aperçoit que ce qui permet, en définitive, leur application, c'est qu'elles sont, avant tout, solidement ancrées dans les consciences »⁶⁹⁵. De toute évidence, aujourd'hui, la neutralité religieuse d'internet lui permet d'être une ouverture pour toutes les religions (A), ce qui est une garantie permettant l'adaptation au numérique des communications relatives aux convictions religieuses (B).

A – Une ouverture à toutes les convictions religieuses : internet

392. Les attentats djihadistes sur le sol français ont attisé d'innombrables questions sur les croyances et pratiques religieuses. Internet doit rester libre des tentations d'emprise que manifestent notamment les courants religieux les plus extrémistes, comme l'organisation religieuse terroriste « l'État Islamique ». Un premier thème de recherche revient à se demander de quelle manière les communautés religieuses s'approprient une technologie qui véhicule des messages, images et vidéos accessibles à toute personne. Certaines croyances peuvent dangereusement « troubler » l'usage d'internet et détourner des normes morales et juridiques. Les religieux-mêmes se questionnent sur leur droit à l'utiliser : les moines chrétiens et bouddhistes ont longtemps douté quant à leur droit à « surfer » sur internet. Depuis, les sites officiels des grandes religions se sont multipliés, les grandes confessions du monde se répandent par la parole spirituelle dans le monde grâce aux technologies d'information numérique. Internet est utilisé par les représentants religieux (1), il est donc nécessaire de maintenir une neutralité religieuse d'internet (2).

1) L'utilisation d'internet par les représentants religieux

393. Les technologies de l'information numérique doivent faire l'objet d'une appréciation morale par les représentants religieux : notamment sur leur adaptation aux messages

⁶⁹⁵ GUYON (G.), « Questions autour de l'identité chrétienne et des valeurs politiques romaines » in *La constitution et les valeurs*, Paris, Dalloz, 2005, pp 392-394

religieux et symboles sacrés qui ont, durant des millénaires, emprunté d'autres moyens de communication. Au XXI^{ème} siècle les controverses religieuses semblent être paradoxales car la majorité des Français se sentent aujourd'hui distants de toute relation religieuse⁶⁹⁶. Les statistiques sur l'appartenance religieuse étant très encadrées en France, le nombre exact de personnes croyant en une religion est inconnu. Mais plusieurs sondages effectués donnent une estimation. La France compterait une majorité d'athées et de personnes « sans religion »⁶⁹⁷. La France serait un des pays les plus athées au monde mais la tendance à l'athéisme est mondiale d'après les critères établis par l'étude Gallup publiée en 2015⁶⁹⁸. Depuis 2004, date de la précédente étude, la part de personnes « religieuses » a diminué de 8 % et la part de personnes athées a augmenté de 4 %. La situation française reste une exception dans un monde où la religion garde encore une place de premier plan : plus de la moitié, 60 % de la population mondiale s'estime être « religieuse » et 14 % seulement se déclare sans religion⁶⁹⁹.

2) L'application de la neutralité religieuse à internet

394. Jean Jaurès et la laïcité. La laïcité se confirme comme devant rester un pilier de notre communauté nationale, par opposition à une multiplication des communautés dans la nation. Lors des travaux parlementaires de la loi de séparation des Églises et de l'État, Jean Jaurès a dit : « La France n'est pas schismatique, elle est révolutionnaire »⁷⁰⁰. Il ne s'agit pas de faire taire les religions et les dérives idéologiques, ni les stratégies de radicalisation, mais de veiller à ce que la laïcité ne soit pas identifiée à la sauvegarde d'une identité nationale refermée sur elle-même, exclusive de toute influence qui viendrait la pervertir, hostile à toute singularité spirituelle. Il existe la possibilité pour internet de devenir le vecteur des idées de l'extrémisme religieux considérant que le réseau numérique permet l'amplification de la résonance des pensées alternatives. Internet étant un lieu de communication alternatif à

⁶⁹⁶ MARCHAND (L.), « Plus de la moitié des Français ne se réclament d'aucune religion », article journal Le Monde, 07.05.2015.

⁶⁹⁷ En 2010, un sondage a permis de dresser un portrait religieux de la France : l'Euro-baromètre commandé par la commission européenne.

⁶⁹⁸ Étude de WIN/Gallup International sur les croyances religieuses publiée en 2015.

⁶⁹⁹ CUKIER (K.), MAYER (V.), DHIFALLAH (H), *Big Data*, Paris, Broché, 2014, p. 39.

⁷⁰⁰ JAURES (J), *Pour la laïque*, Paris, Le livre de poche, 2016, 192 p. La loi de séparation des Églises et de l'État est des plus grandes réformes qui ait été faites après la Révolution.

certains groupes minoritaires. Tout comme la laïcité et la séparation de l'Église de l'État, internet doit bénéficier d'une neutralité religieuse.

B – L'adaptation au numérique des religions

395. Internet est une nouvelle dimension à notre vie en société. Pour les religions, être présent sur internet signifie être visible si un internaute fait des recherches spécifiques, s'il cherche des informations générales ou s'il cherche des personnes spécialisées à contacter par exemple. Internet est un ensemble de rapports qui se tissent entre des utilisateurs et des ressources religieuses, il ne nécessite pas d'avoir un lien avec des institutions ni suscite aucune similitude à de la croyance ou de la foi. Avec le développement des NTIC, la « religion 2.0 » se transforme aussi en ressource informationnelle⁷⁰¹. Ces technologies « connectent » les individus à des objets de croyance virtuelle selon des modalités techniques variées avec des effets qui ne le sont pas. Comme pour beaucoup d'autres activités humaines, internet modifie les hiérarchies et « horizontalise » toutes les expressions religieuses. Les « grandes » religions perdent de leur aspect monolithique au profit d'une fragmentation et surtout au bénéfice de dénominations religieuses plus confidentielles qui trouvent sur internet une nouvelle manière de mise en lumière grâce à leur vitalité numérique. Les nouvelles tactiques de communication permises par le numérique permettent ainsi à des groupes minoritaires de se développer dans la société. En outre, avec le fonctionnement circulaire d'internet, basé notamment sur l'association de mots sur les moteurs de recherche, les mouvements émergents parviennent à se faire mieux connaître et à atteindre les préoccupations de certains internautes à la recherche d'une nouvelle spiritualité spécifique répondant aux propres souhaits. De nouveaux courants ou de nouvelles pratiques se créent, on constate la création de communautés spirituelles virtuelles, des sortes de « *temples on line* » gérés par des religieux qui offrent notamment aux laïcs les services spirituels.

396. Aujourd'hui les religions semblent s'être parfaitement adaptées aux nouveaux médias numériques. Cette adaptation apparaît dans les méthodes d'enseigner le culte et de pratiquer le prosélytisme, spécialement par des techniques de communication très précises.

⁷⁰¹ Un utilisateur qui n'est pas adepte d'une religion peut découvrir et consulter en ligne de nombreux textes sacrés ou des traditions historiques religieuses, et plusieurs sites d'information sur le religieux

Par exemple il est possible de voir des cérémonies religieuses se dérouler en *streaming* et en *live* sur le Web. Il s'agit d'une modernisation de pratiques ancestrales auxquelles la liberté permise internet offre indéniablement un aspect nouveau très efficace. Il peut s'agir aussi de donner un visage moderne, dans un environnement graphique attrayant, à un discours traditionnel ou historique.

397. L'une des stratégies d'adaptation à internet consiste en la création de sites selon les personnes visées. Les sites internet sont répertoriés en fonction des préférences religieuses, et il est possible de trouver sur internet des sites pour faire des rencontres matrimoniales qui s'adressent à une communauté religieuse spécifique par exemple. Comme il y a le Tv-évangélisme, il existe un évangélisme numérique et des Web-mobilisations. Le fonctionnement des blogs, des sites et des réseaux sociaux crée de nouvelles formes d'interaction et génère un changement de la frontière entre la sphère privée, publique et spirituelle. On assiste à une rénovation des rapports, à la multiplication des lieux d'expression et de partage de la foi. La présence des religions sur internet, en particulier avec les échanges produits dans les forums de discussion, les blogs ou les *chat-rooms* contribue à transformer le rapport du croyant à l'autorité religieuse. Internet change la relation à la norme religieuse, plus ouvertement contestée digitalement qu'ailleurs, ouvrant un espace à la fois plus libre et plus conflictuel aux discours énoncés et rendant plus perméable la séparation entre monde profane et message religieux.

398. La libération de la parole religieuse. La dynamique créée par le numérique renouvelle la relation du croyant au texte religieux, c'est une véritable libération de la parole religieuse. Ce qui a pour effet d'augmenter « l'horizontalisation » de cette parole et d'offrir un champ de « négociation » au regard de ce que la foi impose avec l'autorité, ou avec les autres croyants et la collectivité. S'y ajoute, comme effet de la multiplication des sources, une régénération de la notion d'auteur qui invite à repenser le statut des textes et les rapports entre écriture et ce qui est transmis par la parole dans ce nouveau système religieux mondial en pleine expansion. On a la chance d'être en France, un pays où la liberté de conscience, la liberté d'expression et la liberté de religion ont une réelle protection constitutionnelle.

Section II : Le droit de communiquer les convictions religieuses

399. La liberté d'opinion s'étend à la liberté religieuse. La liberté de religion est inscrite et protégée à l'article 10 de la Déclaration de 1789⁷⁰². Dans ce contexte de protection, la liberté de religion doit s'adapter aux mésinterprétations⁷⁰³ du principe de laïcité inscrit à l'article 1 de la Constitution française. Ainsi, il s'agira d'analyser les rapports entre liberté de religion et le droit constitutionnel (§ 1), tout en valorisant la neutralité de l'État en matière de religion (§ 2).

§ 1. Les rapports entre la protection des religions et le droit constitutionnel

400. La libre pratique des religions est une des caractéristiques essentielles de la démocratie. La libre pratique religieuse peut être la source de nouvelles questions, par exemple, lorsque les religions s'érigent en contre-pouvoir face à l'État obligeant ce dernier à répondre activement ou par des actions aux exigences du culte. Il faut être conscients du fait que lorsque l'État limite l'existence d'un phénomène dans la société, on assiste souvent à une répercussion qui se fait dans la société civile entraînant le renforcement du pouvoir ici de la religion dans la sphère privée. Les convictions religieuses doivent être compatibles avec l'ordre public défini par l'État (**A**) ce qui implique de préciser l'influence de principes religieux dans le droit constitutionnel (**B**).

⁷⁰² Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen « Article 10 - Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi ».

⁷⁰³ LESCHI (D.), « Problèmes contemporains de la laïcité publique », Paris, *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 53 – 2016. Le premier problème de la laïcité, peut-être celui qui est la source de beaucoup de malentendus, est son absence de définition juridiquement précise. Car même si la laïcité est constitutionnelle, puisque notre « République est laïque », son contenu ne relève d'aucune évidence. Et en pratique il est laissé à l'appréciation des tribunaux, en particulier du Conseil d'État, avec tous les aléas que cela suppose.

A – La nécessaire compatibilité des convictions religieuses avec l'ordre public

401. La liberté de religion suppose le respect de l'exercice de cette liberté. La liberté de conscience est étroitement liée à la liberté de religion car souvent de la conscience on passe à une certaine forme de religion. La liberté de religion c'est aussi la possibilité de protéger son secret, de ne pas exprimer publiquement ce qu'on pense dans notre for intérieur. La Commission Stasi (Commission de réflexion sur le principe de laïcité), a considéré que la laïcité comprend trois valeurs, on trouve la liberté de conscience, l'égalité en droit des options spirituelles et religieuses, et la neutralité du pouvoir politique. Dans la laïcité existe donc la liberté de conscience, indépendamment de l'expression de cette conscience au travers d'une religion. *In fine* on peut considérer qu'en France la question de la laïcité fait débattre, réfléchir, et on a assisté à la création d'observatoires et de rapports gouvernementaux⁷⁰⁴. De plus, avec les journaux confessionnels, certains journalistes enclins à une religion peuvent publier leurs avis ou l'avis des représentants religieux sur certains choix de société. Les religions et notamment les représentants religieux suivent attentivement les progrès scientifiques en médecine et en génétique afin de pouvoir donner un avis religieux au cœur des débats sociaux. Cette liberté leur permet de pouvoir approuver ou contester certains choix étatiques. La religion peut alors, dans un État démocratique avoir un rôle dans les choix de société par rapport à l'État⁷⁰⁵.

402. La Déclaration de 1789 démontre les liens entre la liberté d'opinion, la liberté de conscience et la liberté de religion. Du prisme religieux, la liberté de conscience peut être définie comme la liberté d'avoir ou de ne pas avoir une religion. La liberté de religion signifie que toute personne peut croire en une religion et peut par conséquent l'exprimer publiquement. Les institutions françaises donnent une importance particulière à cette liberté, car elle a séparé les églises, les religions de la République⁷⁰⁶. La loi de 1905 organise la séparation des cultes de l'État, et par conséquent elle organise la liberté de conscience et de religion pour chaque citoyen, sans aucune obligation de choix. Cette situation est liée à la

⁷⁰⁴ Par exemple l'Observatoire de la laïcité.

⁷⁰⁵ BECK (U.), *Pouvoir et contre-pouvoir à l'ère de la mondialisation*, Paris, Éd. Flammarion, 2004, p.105.

⁷⁰⁶ C'est la loi de 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État.

conception de la laïcité, la neutralité de l'État d'un côté, et d'autre part l'idée que la laïcité est un élément déterminant de la République. Il existe un rapport étroit entre la liberté de conscience⁷⁰⁷, de pensée et de religion.

B – L'influence historique de principes religieux dans le droit constitutionnel

403. De nombreuses dispositions juridiques françaises sont issues du système juridique du droit civil qui est lui-même inspiré du droit romain. Ces dispositions sont souvent la transcription des principes religieux judéo-chrétiens. Certains commandements religieux sont devenus des interdictions dans le droit français comme l'interdiction de tuer, l'interdiction de voler à autrui, l'interdiction de porter un faux témoignage contre autrui...⁷⁰⁸. Cependant, depuis la séparation des Églises et de l'État, l'article 1^{er} de la Constitution dispose que l'État français est laïc et par conséquent le principe à respecter est celui de la neutralité juridique à l'égard du fait religieux.

404. Une des conséquences de la laïcité de l'État : la sanction doit être prononcée par les institutions étatiques. La distinction entre le juridique et la religion conduit à une différence de règles, parfois superposées⁷⁰⁹, parfois contradictoires⁷¹⁰. Les divergences entre les règles religieuses et étatiques confirment la séparation entre le droit et la religion. La laïcité de la République est à rapprocher de l'égalité de tous les citoyens, « sans distinction de religion » et du respect de « toutes les croyances ». Il ne s'agit plus pour l'État de garantir une religion, érigée en religion d'État, mais d'assurer une égale reconnaissance à toutes les religions. Néanmoins, la neutralité du droit à l'égard du fait religieux ne l'empêche pas de prendre en considération la religion. Les rapports entre le droit et la religion ont évolué et changé avec le temps et parfois ils se sont effacés. Il est possible de comparer, et notamment opposer la situation de la France avec celle de pays qui ont une religion d'État. Parmi les États membres de l'Union européenne et proches de la France, on peut citer l'Italie et le

⁷⁰⁷ La liberté de conscience est une liberté intime, personnelle, c'est une opinion, c'est une orientation, et elle ne s'exprime pas forcément par une religion.

⁷⁰⁸ Livre de l'Exode, VII^{ème} siècle av. Jésus-Christ.

⁷⁰⁹ Superposition du mariage religieux et du mariage civil.

⁷¹⁰ Le divorce civil est admis alors que le mariage religieux est perpétuel.

christianisme qui était la religion d'État, l'exemple de l'Islam dans les Constitutions des pays du monde musulman⁷¹¹ ou du Bouddhisme⁷¹². Tous les États ne conçoivent pas de la même façon les rapports entre le droit et la religion. Le constat actuel dans les États occidentaux est que la séparation du droit et de la religion s'est affirmée : les lois semblent de plus en plus indifférentes à la religion. Il ne s'agit plus seulement d'indifférence mais de contradictions, par exemple l'adoption de lois autorisant l'interruption volontaire de grossesse, le divorce, la crémation... Dans l'ensemble, le constat est que le droit constitutionnel et la religion sont à la fois distincts et liés. La laïcité peut avoir plusieurs significations : elle manifeste la neutralité de l'État, c'est-à-dire l'indifférence mais aussi le respect à l'égard de la religion, et elle exprime un encadrement de la religion pour garantir des impératifs supérieurs tels la sécurité publique, l'ordre public, la morale publique, ou la protection des droits et des libertés d'autrui.

405. Le droit : laïque, impartial, abstrait et égalitaire. Ces caractéristiques protègent les citoyens contre notamment l'arbitraire et sont essentiels pour la sécurité juridique. Le contenu de la règle juridique devrait rester indépendant des particularités individuelles ou collectives⁷¹³. La loi s'applique sans distinctions en fonction d'appartenances religieuses. Le principe de l'impersonnalité est de ne pas prendre en considération les spécificités de chacun. Pourtant cela peut être source d'injustice : l'égalité devant la loi et en droit des citoyens ne correspond pas forcément à une égalité de fait, c'est pourquoi des régimes spéciaux sont prévus pour en tenir compte⁷¹⁴. Mais la règle juridique est en principe la même pour tous les individus qui sont dans une situation similaire au sein de la société. La règle de droit constitue un commandement pour celui auquel elle s'applique et, même si elle accorde un droit, elle est un ordre adressé à tous les autres de le respecter. Ce caractère obligatoire se justifie à travers la finalité sociale de la règle : s'y soumettre c'est garantir une certaine sécurité et organisation sociale. Il est de la nature des règles d'inclure des sanctions en cas de violation,

⁷¹¹ Algérie, Arabie saoudite Maroc, Tunisie, Qatar...

⁷¹² Cambodge, Tibet, Thaïlande.

⁷¹³ Telle la condition sociale, professionnelle. Des exceptions sont prévues, notamment en droit pénal en fonction de l'âge et de la santé des personnes.

⁷¹⁴ Cf. Les distinctions en droit pénal des sanctions en cas de préjudices envers des personnes plus faibles comme les personnes âgées, les dames enceinte, les enfants. Les droits sociaux des salariés et des employeurs...

c'est une condition de leur respect. Ainsi l'inexécution des règles d'organisation sociale, juridique, morale ou religieuse peuvent conduire à des sanctions de plusieurs natures.

406. La sanction religieuse met uniquement en cause l'homme dans ses relations avec la spiritualité et non avec les institutions religieuses. La norme juridique est la seule dont le respect soit assuré par les institutions étatiques, la seule dont la violation soit sanctionnée par les forces de l'ordre. Quelle que soit sa forme, la particularité de la sanction juridique est qu'il s'agit d'une sanction étatique. C'est pourquoi, le caractère étatique de la sanction est généralement présenté comme le trait caractéristique qui permet de distinguer la règle de droit des autres règles d'organisation sociale ou religieuse. Le droit français du XXI^{ème} siècle est simultanément distinct de la religion et inspiré par elle. Les lois adoptées par le Parlement n'ont pas en principe à devoir respecter ou à être inspirées des préceptes religieux. De la séparation du droit et de la religion découle une dualité des règles, juridiques et religieuses, qui peuvent coexister⁷¹⁵ ou s'opposer⁷¹⁶ mais l'État français n'est pas totalement insensible aux religions. Parmi les principes adoptés dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, figure l'article 10 au terme duquel : « nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses ». Néanmoins, dès lors que l'exercice de la religion porte atteinte à des impératifs supérieurs, le droit peut l'encadrer, le limiter voire l'interdire. Ainsi en est-il à propos du port de signes ostensibles, du voile ou de l'autorisation des sectes ? En France, le droit s'est entièrement laïcisé⁷¹⁷, mais la laïcité de l'article 1 de la Constitution ne signifie pas l'exclusion, il implique la tolérance à l'égard des religions et des croyances religieuses d'autrui.

⁷¹⁵ Le sacrement du mariage religieux s'ajoute au mariage civil.

⁷¹⁶ Le mariage chrétien est éternel, tandis que le contrat de mariage civil peut être rompu avec le divorce.

⁷¹⁷ La laïcité a entraîné une neutralité du droit à l'égard de la religion. Mais elle n'empêche pas toute intervention de l'État dans les affaires religieuses.

§ 2. La laïcité de l'État en matière de convictions religieuses

407. La liberté religieuse est un principe fondamental en France⁷¹⁸. En droit positif, la liberté religieuse est garantie au niveau de la loi, de la Constitution et du droit européen. Depuis 1905, la liberté religieuse connaît une limite qui est la laïcité. La laïcité a réduit presque toute influence de l'église catholique en France. La laïcité se définit comme la neutralité confessionnelle de l'État, ce qui signifie que l'État est neutre en matière de religion en France. Il doit traiter les confessions religieuses ou areligieuses de manière similaire. Ainsi, la loi de 1905 relative à la séparation des églises et de l'État, interdit par exemple à la puissance publique de financer les lieux de cultes, cette laïcité s'applique aujourd'hui à internet, en effet l'État doit rester neutre et ne pas financer des sites ou des réseaux sociaux sur internet. Toutefois la laïcité reste une limite à la liberté religieuse à condition de remplir une exigence préalable. En effet, il faut l'existence d'un lien entre l'individu et l'État ou l'un de ses démembrements⁷¹⁹ dans une situation donnée. Par exemple, le fonctionnaire a un devoir de neutralité confessionnelle dans le cadre de sa mission. La laïcité s'étend de plus en plus dans certains domaines sans liens concrets avec la puissance publique comme par exemple l'univers de l'entreprise⁷²⁰. Néanmoins on constate en France la participation des convictions religieuses aux questions de la société civile, tout en maintenant le respect de la limite de « l'identité de la civilisation occidentale » (A). Cette situation est également visible en Italie avec l'affaire *Lautsi*⁷²¹ (B).

⁷¹⁸ La liberté d'opinion religieuse qui bénéficie aux croyants, profite aussi aux non-croyants, en ce qu'elle ménage la liberté de ne pas avoir d'opinion religieuse qui va de pair avec celle d'exprimer publiquement sa réserve vis-à-vis de toute croyance religieuse, quelle qu'elle soit. BIGOT (C.), « Blasphème, respect des croyances et liberté d'expression : l'impasse de l'article 1382 du Code civil », *In Légicom* n°55 – 2015/2-63, pp. 59-65.

⁷¹⁹ Région, département, commune, établissement public, Service public, etc....

⁷²⁰ HERVIE (N.), « Un nouvel équilibre européen dans l'appréhension des convictions religieuses au travail » *in Lettre Actualités Droits-Libertés* du CREDOF, 24 janvier 2013, pp. 86-89.

⁷²¹ Cour EDH, gr. ch., 18 mars 2011, *Lautsi et autres c. Italie*, n° 38014/06.

A – L'exception de « l'identité de la civilisation occidentale » à la liberté de religion

408. « L'identité constitutionnelle est une sorte d'arme nucléaire qu'il est bon d'avoir et mieux de ne pas utiliser »⁷²². À cause de sa spécificité, la liberté de religion a des limites similaires à celles des autres libertés fondamentales mais à ces limites s'ajoute une limite supplémentaire, « la civilisation occidentale ». En effet, il existe une limite invisible, qu'on pourrait appeler « l'identité de la civilisation occidentale » ou « l'identité nationale », héritage historique des droits de l'homme. Les exemples en France de l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public⁷²³ et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la neutralité confessionnelle montrent cette limite⁷²⁴. Lors du contrôle de constitutionnalité de la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public⁷²⁵ le juge constitutionnel dans la décision du 7 octobre 2010⁷²⁶ a justifié l'interdiction de la dissimulation du visage sur la voie publique et notamment de la *Burqa* par l'égalité entre l'homme et la femme, et par les nécessités d'ordre public et non par la laïcité⁷²⁷. Par

⁷²² LAUVAUX (P.), PONTTHOREAU (M.-C.), « Droit constitutionnel comparé », Paris, *RIDC*. Vol. 63 N°2, 2011. pp. 491-492.

⁷²³ Le Conseil constitutionnel a interdit le port de la Burqa en France en se fondant sur le principe d'égalité homme-femme. Conférence Président du Conseil constitutionnel Jean-Louis Debré, Mercredi 12 Mars 2014 : « Le conseil Constitutionnel : hier et aujourd'hui ». Université Paris 13 – cf. n° 2010-613 DC du 7 octobre 2010 - Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public - Conseil Constitutionnel.

⁷²⁴ Cour EDH, gr. ch., 18 mars 2011, *Lautsi et autres c. Italie*, n° 30814/06. Selon la Cour « Le crucifix apposé sur un mur est un symbole essentiellement passif ». La Cour considère qu'il n'est pas possible de « lui attribuer une influence sur les élèves comparable à celle que peut avoir un discours didactique ou la participation à des activités religieuses ». Par ailleurs, selon la Cour, « les effets de la visibilité accrue que la présence de crucifix donne au christianisme dans l'espace scolaire » doivent être « relativisés » aux motifs que, d'une part, cette présence « n'est pas associée à un enseignement obligatoire du christianisme », d'autre part, que « l'Italie ouvre parallèlement l'espace scolaire à d'autres religions ». En refusant de constater une violation des exigences conventionnelles dans cette affaire, la grande Chambre rend une solution d'apaisement et ménage la susceptibilité des États. On peut toutefois s'interroger sur la cohérence de cette décision au regard de sa jurisprudence antérieure, notamment concernant le port du voile islamique au sein d'écoles (Arrêt Cour EDH, 15 févr. 2001, *Dhalab c. Suisse* ; Arrêt Cour EDH 24 janv. 2006, *Kurtulmus c. Turquie*).

⁷²⁵ Loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public.

⁷²⁶ Cons. const.. n° 2010-613 DC du 7 octobre 2010.

⁷²⁷ De plus, cette interdiction de dissimulation du visage avec un fondement d'ordre public. Il y avait une préoccupation de sécurité publique pour savoir qui se cache derrière la *burqa*. Il est vrai que même si la loi n'évoque aucune religion, qu'elle n'évoque pas la femme, la loi évoque simplement la dissimulation complète du visage, une religion a pu se sentir plus directement touchée. D'autres États européens n'ont pas procédé à l'interdiction de la *Burqa* dans l'espace public, mais semblent être en train de réfléchir à l'insertion, c'est notamment le cas du Royaume-Uni pour des raisons de sécurité, d'ordre public.

conséquent, à la suite de la lecture du dispositif de cette décision il serait faux d'en déduire qu'il commence à se dessiner dans la jurisprudence constitutionnelle une sorte de limite occidentale.

409. La conception objective de la dignité. Cette conception, chère à Emmanuel Kant, a été appliquée explicitement par exemple en matière de refus de soins quand le médecin au détriment des convictions de l'individu, lui sauve la vie. Dans l'exemple de la *burqa* qui est un tissu qui cache le visage de la femme on pourrait penser que cette femme s'exclut des droits humains, voire de l'humanité. Ainsi, il existe une autre limite à la liberté religieuse initiée par la Cour européenne⁷²⁸. La gardienne européenne des droits de l'homme n'accepte pas la laïcité française ou turque, pourtant elle utilise l'idée de neutralité confessionnelle de l'État pour restreindre la liberté religieuse qui est un droit inscrit dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Cette neutralité confessionnelle n'est qu'une façade au motif qu'elle utilise d'autres principes de la convention comme l'égalité homme-femme pour rendre ses décisions et ce qui permet aux États signataires de la Convention de pouvoir au nom d'une identité nationale restreindre la liberté religieuse.

B – L'exception à la neutralité religieuse de l'État

410. L'exemple de l'affaire « *Lautsi* » est la preuve de la limite de l'identité nationale à la liberté de religion⁷²⁹. En l'espèce, dans les écoles italiennes des crucifix sont accrochés sur les murs des salles de classe des étudiants. À la suite d'un recours, la Cour de Strasbourg n'a pas condamné l'Italie pour violation de la neutralité confessionnelle au motif que le crucifix avant d'être un symbole religieux est un symbole « neutre de sens qui s'inscrit dans l'identité nationale italienne ». Cette affaire montre qu'il peut exister une exception à la neutralité religieuse de l'État et qu'elle dépasse la notion de laïcité⁷³⁰. Après ce constat il serait donc faux d'affirmer qu'en Europe toutes les confessions religieuses sont soumises

⁷²⁸ ROUSSEAU (D.), « L'identité constitutionnelle bouclier de l'identité nationale ou branche de l'étoile européenne » in, *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Paris, Éd. Pedonte, 2011, p. 168.

⁷²⁹ Cour EDH, gr. ch., 18 mars 2011, *Lautsi et autres c. Italie*, n° 30814/06.

⁷³⁰ L'article 1^{er} de la Constitution française dispose que « La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. Son organisation est décentralisée ».

aux mêmes règles de laïcité. Dans la décision du Conseil constitutionnel du 21 février 2013⁷³¹, le juge constitutionnel a précisé que la laïcité renvoie à un principe d'organisation de la société qui repose sur la séparation de toutes les religions en général et de l'État. La laïcité est en premier lieu un principe de droit politique. Ce principe suppose un idéal d'organisation de la cité et le dispositif juridique qui en rend possible la réalisation concrète⁷³². Ce dispositif est celui de la séparation, qui vaut garantie de l'indépendance des pouvoirs publics par rapport à toute tutelle religieuse.

⁷³¹ Cons. const., n° 2012-297, QPC du 21 février 2013, *Association pour la promotion et l'expansion de la laïcité*.

⁷³² PENA-RUIZ (H.), *Dictionnaire amoureux de la Laïcité*, Paris, Éd. Plon, 2015, p. 948.

Conclusion du titre premier

411. Le droit à la déconnexion d'internet comme prolongement du respect de la dignité humaine. Cette étude est spécifiquement en relation avec la liberté d'expression et de communication et à l'accès à internet, mais dans un souci d'exhaustivité du traitement du sujet de recherche, il a été nécessaire *a contrario* d'étudier le droit à la déconnexion d'internet. Tout comme le droit à l'accès à internet, le droit à la déconnexion pourrait devenir un droit fondamental constitutionnel. Le droit à la déconnexion semble nécessiter d'être traité au cas par cas, par exemple dans une charte ou dans un accord d'entreprise. Par exemple il s'agit d'affirmer qu'aucun salarié ne peut se voir reproché par un employeur de ne pas avoir été connecté à internet en dehors de ses heures de travail. Il pourrait être nécessaire d'établir un droit à la déconnexion, protecteur de l'ensemble des citoyens. En effet, on est conscients du fait que ce qui est valable pour un salarié du bâtiment, qui n'a pas forcément besoin de ce droit à la déconnexion, ne l'est pas pour un jeune cadre travaillant à distance dans le secteur du numérique. Les personnes travaillant avec les communications numériques, *digital natives*⁷³³ ont un rapport au temps différent, c'est la réactivité, l'immédiateté et la spontanéité qui comptent, et pouvoir se connecter régulièrement est un gage d'effectivité pour eux. Pour Bruno Meetling, ce qui importe c'est de sensibiliser les employés et les employeurs aux risques de la consultation excessive de leurs messageries professionnelles, de la nécessité de se réserver des périodes sans mails, de façon à respecter le droit au repos quotidien et hebdomadaire des salariés⁷³⁴. Pourtant peut-on obliger les salariés à se déconnecter ? Il ne s'agit pas là de critiquer le recours au numérique dans les échanges professionnels dans nos sociétés modernes, mais il y a véritablement des abus. Certains salariés ne se déconnectent jamais, ils passent une grande partie de leur quotidien dans le numérique. Par conséquent des dérives existent et elles préconisent la reconnaissance d'un droit à la déconnexion. Malgré les prévisibles contestations et réserves du MEDEF⁷³⁵,

⁷³³ Personnes nées entre la fin des années 1980 et le début des années 1990.

⁷³⁴ Bruon Mettling est l'auteur du rapport « Transformation numérique et vie au travail » effectué dans le cadre de la réforme du droit du travail en septembre 2015 au Ministère du travail.

⁷³⁵ Le MEDEF a traditionnellement tendance à exiger de plus grands efforts de travail de la part des salariés.

ce droit à la déconnexion est envisageable de façon concrète pour protéger notamment les salariés. Une sensibilisation doit être en faveur du « cyber-salarié » pour qu'il puisse parvenir à se déconnecter d'internet. Cependant contraindre à la déconnexion les salariés pourrait être interprété comme une infantilisation du citoyen. En effet, chacun est maître de son libre arbitre, de plus les récentes lois contre le harcèlement au travail sont déjà présentes dans l'arsenal législatif. En tout état de cause, la reconnaissance constitutionnelle d'un droit à la déconnexion serait une avancée dans les droits et des libertés car elle permettrait d'ouvrir une nouvelle protection du citoyen. Tout comme il existe le droit de se taire, il faudrait instaurer un droit à ne pas être sollicité sans cesse par les communications et le « monde » numérique. En effet, les augmentations des exigences professionnelles liées au numérique pourraient encourager le législateur à imposer une obligation à la connexion permanente pour les citoyens.

412. La liberté d'expression et de communication n'est pas une liberté absolue. Elle peut être limitée pour faire respecter les principes et les droits fondamentaux. Les communications issues de cette liberté et effectuées à travers le numérique peuvent, en substance, avoir plusieurs conséquences positives et négatives dans la vie en société. Dans cette partie de la thèse on a décidé d'étudier dans le titre premier ; le respect du principe de la dignité humaine et la liberté de religion sur internet. Il s'agit d'une thèse en droit constitutionnel, et on a choisi un principe fondamental et une liberté fondamentale qui parfois sont en friction avec la liberté d'expression et de communication. Ainsi on a choisi d'étudier le respect de la dignité humaine et la liberté de religion. Cependant on est conscients que d'autres droits et libertés fondamentaux, ainsi que des nouvelles questions et défis sont primordiaux et sont renouvelés par le numérique. Certaines nouvelles pratiques liées à internet et au numérique ont considérablement augmenté les atteintes à la personne, à la dignité humaine. La liberté de communication sur internet n'est pas sans limites, elle contient des dangers, et elle implique le respect de la dignité humaine. S'il est vrai que dans le contexte français le droit d'accès à l'internet a été reconnu sur la base du droit à la libre expression, il est vrai aussi que le droit d'accès à l'internet n'est pas seulement un moyen d'exercer la liberté d'expression et il comprend le droit de pratiquer librement la religion.

413. L'utilisation de la communication numérique pouvant être le moyen pour la commission d'infractions, apparait la nécessité de régulation d'internet. Notre

civilisation applique un double principe, subjectif et objectif, issu de la dignité humaine⁷³⁶. En effet, pour Emmanuel Kant, la dignité humaine est double. Tout d'abord, il y a la dignité subjective qui se rapproche de l'idée que l'être humain n'est pas une chose. Puis une dignité objective liée à l'idée d'un devoir de la société d'empêcher l'homme de s'exclure de l'humanité. Le constitutionnalisme d'aujourd'hui ne se limite plus à poser les principes fondamentaux de l'État, à dresser un catalogue des droits et libertés fondamentaux reconnus, à définir le statut et les compétences des institutions publiques les plus importantes et à préciser de quelle manière la Constitution peut être révisée. Il en vient à régir pratiquement tous les aspects de la vie juridique à telle enseigne que l'on peut avoir le sentiment qu'il n'y a plus de bornes à l'extension de son domaine : tout peut être l'objet de règles constitutionnelles. Ce constat apparaît applicable à la problématique de notre recherche, l'éventuelle nécessité de constitutionnalisation des droits fondamentaux numériques. On pense que l'extension et le renouveau du droit constitutionnel à l'ère du numérique implique la reconnaissance (textuelle) de l'obligation de respecter la dignité de la personne humaine dans les communications numériques. En outre, ce nouveau droit permettrait une plus grande effectivité dans la protection par le juge judiciaire et par le juge administratif du citoyen. En somme le respect de la dignité de la personne humaine est un principe à la base de tous les droits fondamentaux même ceux intéressant le numérique.

414. Le droit à la déconnexion d'internet. L'évolution technologique a modifié l'organisation de l'entreprise et du travail. Grâce à l'utilisation des smartphones, des téléphones portables, des mails, des conversations en temps réel et d'autres applications et programmes sophistiqués, le travailleur risque de ne plus avoir la possibilité de profiter de son temps libre sans la présence invasive de son employeur. L'utilisation de ces outils connectés entre employeur et employé se présente comme une épée à double tranchant pour le travailleur, car si d'une part elle permet certainement une flexibilité dans la performance au travail car elle permet, par exemple, de travailler également dans un lieu différent de celui de l'entreprise, elle comporte d'autre part le risque d'être toujours liée à l'employeur. C'est pourquoi, en réponse à ce problème, le droit de se déconnecter apparaît et se propage, dont l'expression indique précisément le droit de ne pas utiliser l'équipement qui relie en permanence et de manière transparente le travailleur à ses performances professionnelles.

⁷³⁶ KANT (E.), *Fondements de la métaphysique des mœurs*, Paris, Éd. Flammarion, 2018, 218 p.

Notre étude privilégie la garantie et la protection de l'accès à internet, mais cette aspiration de démocratisation du numérique doit être conjuguée *a contrario* avec le droit à la déconnexion d'internet. Tout comme le droit à l'accès à internet, le droit à la déconnexion mériterait de devenir un droit fondamental constitutionnel. Les personnes travaillant dans le monde numérique, *digital natives*⁷³⁷ ont un rapport au temps différent, c'est la réactivité, l'immédiateté et la spontanéité qui comptent, et pouvoir se connecter régulièrement est un gage d'effectivité pour eux. Le droit à la déconnexion semble nécessiter d'être traitée au cas par cas, par exemple dans une charte ou dans un accord d'entreprise. Ce qui importe c'est de sensibiliser les employés et les employeurs aux risques de la consultation excessive de leurs messageries professionnelles, de la nécessité de se réserver des périodes sans mails, de façon à respecter le droit au repos quotidien et hebdomadaire des salariés⁷³⁸. La reconnaissance constitutionnelle d'un droit à la déconnexion serait une avancée dans la protection des droits et des libertés car elle permettrait d'ouvrir un nouveau choix au citoyen pour se protéger du numérique. Tout comme il existe le droit de se taire, il faudrait instaurer un droit à ne pas être sollicité par les notifications numériques. En effet, les augmentations des exigences professionnelles liées au numérique pourraient encourager le législateur à imposer une obligation à la connexion permanente pour les citoyens. Ainsi, au vu de la grande adaptabilité du principe de la dignité de l'être humain et de la jurisprudence protectrice qui en découle, il est logique de se questionner sur la possibilité de son extension au droit à la déconnexion. L'être humain n'est pas un être numérique, il doit donc bénéficier de temps de repos des activités numériques. Le respect de la dignité de l'être humain pourrait conduire à reconnaître un principe constitutionnel de déconnexion du numérique. En substance on a étudié le rapport entre les nouvelles frontières de la liberté de communication avec le respect incontournable de la dignité humaine et les atteintes que les nouvelles technologies peuvent y porter.

415. La religion peut être pratiquée avec internet et elle soulève de nouveaux questionnements juridiques. André Malraux dans son discours de 1946 exposait le fait que selon lui : « le problème capital de la fin du XXI^{ème} siècle sera le problème religieux sous une forme aussi différente de celle que nous connaissons que le christianisme le fut des

⁷³⁷ Personnes nées entre la fin des années 1980 et le début des années 1990.

⁷³⁸ Bruon Mettling est l'auteur du rapport « Transformation numérique et vie au travail » effectué dans le cadre de la réforme du droit du travail en septembre 2015 au Ministère du travail.

religions antiques »⁷³⁹. Plus récemment Jean-Marc Sauvé, Vice-président du Conseil d'État, rappelait que la loi du 9 décembre 1905 est un texte de compromis faisant primer la conception pacificatrice de la laïcité prônée par Aristide Briand⁷⁴⁰. De grands principes en fixent le cadre. L'article 1^{er} de la loi assure la liberté de conscience de chacun (...) et l'article 2 de cette même loi prévoit la séparation des églises et de l'État, et affirme la neutralité de celui-ci vis-à-vis des différents cultes. Ainsi la République ne reconnaît, ni ne favorise aucun culte, mais elle n'en combat, ni n'en décourage aucun non plus⁷⁴¹. La liberté religieuse participe en tant que telle à la formation de la liberté d'opinion. Ne pas être inquiété pour ses opinions, pouvoir les exprimer par la parole, l'écrit, l'imprimé, c'était pour les hommes et les femmes de 1789 des libertés qui appelaient d'autant plus une reconnaissance explicite qu'elles avaient été longtemps et étaient encore méconnues. À notre époque, la jurisprudence constitutionnelle ne s'est pas bornée à confirmer ces libertés, elle les a étendues et précisées⁷⁴². La nécessaire extension allait de soi et la jurisprudence ultérieure la confirme, notamment celle sur la loi relative à la communication audiovisuelle et sur la loi relative à la liberté de communication. La libre communication n'est plus seulement celle des idées, c'est aussi celle des informations, le mot donne un sens nouveau, et une portée accrue, à la liberté proclamée.

416. Pour que chacun puisse exprimer une opinion, encore faut-il qu'il puisse s'en former une. Il était nécessaire, en 1789, d'affirmer d'abord la liberté de celui qui émet, et par conséquent il était tout aussi nécessaire de consacrer celle de celui qui reçoit. À cette nécessité, dans la jurisprudence constitutionnelle deux concepts répondent : le pluralisme et la transparence. Il était d'autant plus urgent de les affirmer que, là encore, l'évolution des techniques pouvait jouer contre la liberté. Le seul ennemi de la liberté d'expression et de communication en 1789, c'était le pouvoir politique, et la loi de 1881 sur la liberté de la

⁷³⁹ MALRAUX (A.), Les grands discours 1946-73, CD-rom, Label Fremaux.

⁷⁴⁰ Contribution à l'étude collective réalisée à l'occasion du 15^{ème} anniversaire de la Cour administrative suprême de Lituanie par Jean-Marc Sauvé, Liberté de conscience et liberté religieuse en droit public français, site web du Conseil d'État, 11 octobre 2017. Référence <https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/liberte-de-conscience-et-liberte-religieuse-en-droit-public-francais>

⁷⁴¹ *Ibidem*.

⁷⁴² À titre d'exemple jurisprudentiel : dès 1964, lorsque le Conseil constitutionnel est invité à dire si le statut de la radio et de la télévision relève de la loi ou du règlement, il se fonde, pour affirmer la compétence législative, sur la mission de la R.T.F., qui est « la communication des idées et des informations », c'est-à-dire d'une liberté publique.

presse n'en avait pas encore détecté un autre, presque aussi redoutable : le pouvoir de ceux qui, détenant les capitaux nécessaires à la mise en œuvre des moyens de diffusion de la pensée, peuvent les mettre au service exclusif de leurs idées, ou de leurs intérêts. De ce pouvoir, la forme la plus achevée est la concentration des médias numériques, qui conduirait à la formation de quelques oligopoles au sein desquels, à travers chacun des divers médias regroupés, une même voix se ferait entendre, et ce danger est toujours présent au XXI^{ème} siècle, à l'ère du numérique⁷⁴³.

⁷⁴³ Actes du Colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel, La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen et la jurisprudence, Paris, Presses Universitaires de France, p. 260.

Titre second

La prééminence de la sécurité publique

417. La nécessité de concilier la liberté de communication et la sécurité publique.

L'exigence est très actuelle et trop importante pour être négligée. Internet et le numérique ont créé une insuffisance et une inadéquation des normes fondamentales constitutionnelles encadrant les activités de surveillance notamment des communications par l'État. L'affaiblissement du cadre juridique applicable aux activités de renseignement et la redéfinition des prérogatives des services de police et de justice permises par le numérique posent de nouvelles difficultés. On assiste à une volonté des citoyens, soucieux de la sécurité, d'être utiles à la lutte contre le terrorisme. Limiter la volonté des citoyens à participer à la lutte contre le terrorisme par la création d'une « garde nationale » semble insuffisante⁷⁴⁴. Les récentes évolutions technologiques ont changé les conditions d'exercice des activités de renseignement à l'ère numérique. Les réseaux numériques ont pris une position importante dans la vie des individus, un nombre progressif de technologies d'information et de communication toujours plus perfectionné et intrusif facilite leur exploration par les autorités publiques sans qu'ait été défini un cadre juridique adapté qui en fixe les préalables et les modalités d'utilisation. L'ampleur de ces problèmes ne se mesure pas uniquement avec les outils du juriste, mais requiert un examen axé sur une approche interdisciplinaire. Donner un rôle actif aux internautes et aux grandes plateformes semble constituer de façon légitime un moyen supplémentaire et hautement bénéfique pour la sécurité publique. En outre, on se questionne sur les dangers de l'utilisation de la justification de la protection de la sécurité publique pour la surveillance étatique des communications numériques (**Chapitre I**). Dans cette perspective sécuritaire et de lutte contre le terrorisme, de nombreuses questions se

⁷⁴⁴ Dispositif créé sous la présidence de François Hollande, officialisé le 28 juillet 2016, à la suite du risque accru d'attentats terroristes.

posent concernant les potentiels avantages de la transmission entre les acteurs du numérique et l'État des données (**Chapitre II**).

Chapitre premier – L'accès aux données issues des communications par les services d'État pour la sécurité publique

418. L'actuelle menace terroriste nécessite un travail commun entre les principaux acteurs du numérique. Les services de l'État et les entreprises du web possèdent les indispensables moyens pour limiter la monstruosité du terrorisme issue de la découverte d'internet. L'arsenal législatif contre le terrorisme semble aujourd'hui être complet, néanmoins il paraît manquer un devoir ou une obligation de vigilance et de coopération de la part des grandes entreprises qui permettent les communications avec internet. Une obligation de vigilance et de coopération de la part des grandes entreprises du net et une coopération avec les autorités publiques pourrait participer à la prévention et à un meilleur fonctionnement de la lutte contre la menace terroriste. La morale et le droit ne doivent pas être opposés à l'utilisation de tout type de mise en commun des outils numériques à la disposition. De plus, l'instauration d'un devoir de vigilance permettrait de responsabiliser les entreprises. Il s'agit d'instaurer un engagement en faveur de la moralisation des entreprises afin de permettre d'éviter d'éventuelles nouvelles tragédies humaines liées par exemple au terrorisme. Une loi instaurant une obligation de vigilance et de coopération entre les acteurs du numérique serait notamment justifiée par l'intérêt général et la protection de l'ordre public. L'engagement du secteur privé pour le contrôle des communications numériques (**Section 1**) doit être accompagné par une correcte information transmise par les médias journalistiques qui doivent s'interdire de faire l'éloge du terrorisme (**Section 2**).

Section I : La justification de l'engagement du secteur privé pour le contrôle des communications numériques

419. Des collaborations nécessaires entre le secteur public et le secteur privé. Dans la lutte contre le terrorisme l'utilité qui peut naître de la technologie numérique ne doit pas être écartée ou trop retardée dans le temps à cause d'hésitations. Le rôle que doit lui attribuer l'État est désormais capital. De nombreux États lancent aujourd'hui des appels pour la mise en place de collaborations entre le secteur public et le secteur privé. Ces appels à la collaboration mettent en exergue le besoin des services de renseignement de combattre

l'ennemi par le numérique sous toutes ses formes et laissent ouverte la nécessité d'une refonte structurelle générale des moyens de contrôle. Le sujet est multisectoriel, il englobe individus et structures du monde entier, et les questions liées à la morale sont rapidement raccordées par des questions techniques.

420. « L'État espion » possède aujourd'hui les moyens techniques pour exister dans les communications sur internet, mais ils ne semblent pas être suffisants. Les « politiques de surveillance » essaient de faire endosser une part de la responsabilité et du travail aux sociétés commerciales privées du Web. Il faudra attendre pour savoir si les sociétés du Web accepteront cette responsabilité. Une des possibilités pour elles, sera de mettre en place, mais de ne pas dévoiler ces pratiques de surveillance des communications privées. Le risque sera alors d'être surveillés sans une réelle reconnaissance explicite et information préalable. L'objectif étant pour les géants du Web, comme les GAFAM de garder une image de sociétés dédiées uniquement à la communication et non à l'espionnage... À l'ère du numérique il est nécessaire d'augmenter la lutte contre l'utilisation d'internet comme un moyen de communication pour les terroristes (§ 1) et améliorer l'utilisation et l'encadrement juridique des données issues des communications numériques afin de préserver la sécurité (§ 2).

§ 1. L'objectif de lutte contre l'utilisation d'internet comme moyen de communication pour les terroristes

421. Les réseaux sociaux et les applications cryptées⁷⁴⁵ sont les nouveaux moyens de communication pour les réseaux terroristes et ils constituent des vecteurs propagandistes. Internet est aujourd'hui un des premiers lieux de recrutement des réseaux terroristes. Les jeunes sont les utilisateurs principaux de ces médias numériques et ils peuvent être une cible dans les processus de radicalisation. Il faut instaurer une meilleure coopération entre les acteurs du numérique : il s'agit de travailler ensemble dans la lutte contre le terrorisme. La rencontre entre le gouvernement américain et certaines entreprises de la Silicon Valley, telles Facebook, Apple, Twitter, Microsoft, Google en janvier 2016 a été l'étape nécessaire dans cette ébauche de collaboration. Au cours de cette rencontre ont

⁷⁴⁵ L'application *Telegram* permet de communiquer sans que personne, ni même les gestionnaires de l'application, puissent lire les communications. *Telegram* utilise un système de cryptage des communications.

été traités des sujets tels l'accès aux *datas* privées par les services de renseignement, les requêtes de dénonciation de comportements « dangereux » identifiés sur les médias sociaux, les questions sur la censure, le cryptage... C'est le nouveau rôle des géants d'internet qui s'esquisse peu à peu, à mi-chemin entre « gendarmes 2.0 » et garants de la liberté d'expression et de communication sur internet.

422. Le monopole des recherches sur le site internet Google pose des questions sur sa dangerosité. Aujourd'hui on a tendance à estimer que le moteur de recherche Google pourrait suffire à permettre la liberté d'expression et de communication des opinions. Néanmoins, le moteur de recherche Google peut aussi être dangereux. En effet, on ne devrait pas oublier le passé et l'histoire de nos droits et libertés actuels. On assiste actuellement à une monopolisation concernant les recherches d'informations sur internet par la société américaine Google et sa société « mère » Alphabet. Ces sociétés décident de façon arbitraire ce qui peut faire l'objet de recherches sur internet. Pourtant la libre concurrence existe sur internet mais l'emprise de certains sites est devenue tellement forte qu'il n'est quasiment plus possible pour de nouveaux concurrents de concurrencer le géant Google. Cependant les positions adoptées par des pays tels que la Chine et la Russie sont à bannir, en effet certaines des grandes sociétés américaines sur internet sont censurées. Dans ces États, des web-sites uniquement nationaux souvent copiés de l'étranger dominant le marché, comme en Russie, le réseau social vkontakte.ru

423. Plusieurs infractions sont à signaler. Comme le précise Emmanuelle Borner-Kaudel : « il apparaît en réalité que le contentieux résultant de l'utilisation des mots-clés sur internet sans que les propriétaires de ces derniers n'en aient été informés sont fréquents ». Toutefois, il convient de se demander si le prestataire de services, en l'occurrence le moteur de recherche Google, opère par cette technique une communication de type commerciale qui lui est propre. Le juge européen estime que le fait de mettre à disposition des internautes des signes et des identifiants ne signifie pas que le prestataire de service soit rémunéré pour mettre en service les mots-clés⁷⁴⁶. Ainsi que le note l'avocat général, le moteur de recherche doit être neutre au regard des informations qu'il délivre, et les résultats qu'il livre permettent de satisfaire non pas les intérêts de Google mais ceux des internautes. Enfin, le prestataire

⁷⁴⁶ CJUE - 23 mars 2010, *Google France et Google Inc c. Louis Vuitton Malletier*, n° C-236/08.

d'un service de référencement sur internet ne peut, selon le juge européen, être tenu responsable des données « qu'il a stocké à la demande d'un annonceur à moins que, ayant pris connaissance du caractère illicite de ces données ou activités de cet annonceur, il n'ait pas promptement retiré ou rendu inaccessibles lesdites données. Ainsi, s'il est bien question en l'espèce de communication électronique, il reste à déterminer si elle présente un caractère sérieux, et éventuellement commercial et quel en est le bénéficiaire »⁷⁴⁷. Les internautes peuvent recevoir des informations de nature commerciale, mais également tout ce qui regarde l'intérêt général⁷⁴⁸. Des motifs légitimes, notamment sécuritaires, justifient l'essor de la coopération entre les acteurs du numérique (A). Dans cette perspective de sécurisation publique, les États sollicitent des comportements actifs de la part des entreprises du Web (B).

A – L'incitation à la coopération entre acteurs du numérique

424. Des mesures visant à inciter à la coopération entre acteurs du numérique. Dans la lutte contre le terrorisme, les acteurs de la technologie numérique ont un important rôle dans internet et pour la protection de la sécurité publique. Les géants, notamment américains, du web peuvent être sollicités pour accepter de coopérer avec les institutions publiques. Les géants du web sont pour la majorité basés aux États-Unis d'Amérique et le Président Barack Obama avait publiquement manifesté la nécessité de coopérer avec les « géants du Web » à la suite des attentats meurtriers de 2015 à Paris et à San Bernardino⁷⁴⁹. Les protagonistes majeurs du numérique ont multiplié leurs rencontres pour discuter des questions de sécurité publique liées au Web : notamment les gouvernements, les services de renseignement, et les entreprises de la Silicon Valley. L'attentat commis à San Bernardino par un couple djihadiste a mis en lumière le rôle des réseaux sociaux dans les communications et les divers préparatifs précédant les attaques meurtrières. Plusieurs communications numériques douteuses avaient été retrouvées *a posteriori* : ces communications auraient dû permettre la détection de la planification de l'attaque. La découverte de la possible utilisation de l'application cryptée *Telegram* par des personnes radicalisées a également été vivement contestée car cette

⁷⁴⁷ *Ibidem*.

⁷⁴⁸ BORNER-KAYDEL (E.), *La liberté d'expression commerciale*, Aix en Provence, thèse Université Aix-Marseille, 2014, 482 p.

⁷⁴⁹ Los Angeles.

application rend impossible toute surveillance étatique, notamment à cause du fait qu'elle permet de crypter les communications. Ces exemples démontrent le fait que les risques sécuritaires liés aux NTIC engagent désormais de façon décisive les entreprises du web, les rendant éventuellement en partie responsables ou complices en cas de non coopération. Cependant cette situation est en friction avec le droit à la vie privée et le secret des correspondances car elle conduirait le « transporteur de la communication » à surveiller massivement et à fouiller les communications privées.

425. Le Gouvernement américain en particulier, exige désormais que les *social networks* identifient et signalent les « comportements et communications à risque » en matière de terrorisme. Néanmoins aucun critère n'a été précisé concernant la définition des « attitudes à tendance terroriste », dès lors des opposants ou militants politiques pourraient être englobés dans cette formule. Selon les entreprises du web ce genre de pratiques conduirait à un recul des droits d'expression sur internet et leur paraît être une obligation de surveillance de masse. Dans cette logique de partage des compétences en matière de contrôle des communications pour des raisons sécuritaires, les autorités attendent également des réseaux sociaux l'effacement des contenus de propagande terroriste. Dès lors la même interrogation de légitimité et de compétence de ces entreprises est alors posée relativement au cadre juridique qui permet la suppression de ces contenus. Il existe plusieurs interrogations des internautes et des sociétés du web face à l'intention de leur faire incomber une sorte « d'obligation de surveillance massive et de jugement » sur les communications des internautes sur un sujet si sensible, par des critères volontairement indiscrets et indéfinis. De plus, pour des apprentis, il n'est pas évident de parvenir à jauger efficacement la radicalisation. Néanmoins on observe qu'il s'agit d'un rapport de force nécessaire pour la prévention et pour obtenir des meilleurs résultats sécuritaires. Dans cette même hypothèse, aujourd'hui la coopération entre les différents États européens est d'autant plus nécessaire car les auteurs des attentats ne connaissent pas de frontières. Ainsi on devrait coordonner nos forces pour essayer de prévenir, de déjouer les attentats, et d'arrêter leurs auteurs.

B – Des risques liés aux nouveaux vecteurs des communications

426. Les risques des communications ludiques. Dans la lutte contre la menace terroriste, les techniques utilisées par les terroristes pour échapper à toute surveillance peuvent parfois être surprenantes. En effet, on sait que les terroristes et les criminels sont prêts à utiliser tous

les moyens possibles pour arriver à leurs fins. Par exemple des communications suspectes ayant comme objectif la préparation d'un attentat avaient même été trouvées dans les chats dédiées aux jeux en ligne utilisées par les joueurs utilisant la plateforme numérique de PlayStation. Dans ce contexte généralisé toute mesure innovante peut apporter des avancées dans la protection de la sécurité. La solution adoptée par *Apple* prend alors tout son sens. La société *Apple* a décidé de supprimer l'*emoji* pistolet de ses icônes de messagerie sur la version iOS 10⁷⁵⁰. *Emoji* est le terme japonais qui désigne les émoticônes utilisés dans les messages électroniques. L'envoi d'*emojis* relatifs aux armes pose des problèmes auprès des autorités qui ont des grandes difficultés à interpréter et à différencier cette nouvelle forme de langage. *Apple* lutte à sa manière contre le terrorisme, et a décidé de procéder au remplacement du dessin du pistolet noir par un pistolet vert à eau. Ce faisant la société *Apple* applique l'engagement pris auprès du *consortium Unicode*. En effet, en 2015 *Apple* avait effectué des communiqués concernant son opposition à l'ajout de nouveaux *emojis* en lien avec la violence et les armes. Conjointement à *Microsoft*, *Apple* avait même pris position contre la création d'un *emoji* fusil, souhaité par *Unicode* pour l'événement des Jeux olympiques d'été de Rio en 2016 et notamment l'épreuve de tir⁷⁵¹. Avec la prise de position liée à l'*emoji* fusil, ces entreprises prouvent qu'elles réalisent l'importance de ces nouvelles communications et démontrent leur volonté de participer ou du moins de donner une image positive et active dans cette lutte. Il faut continuer dans cette voie car certains réseaux sociaux et les claviers numériques des smartphones ont encore des *emoji* suggérant la violence, comme une bombe, une épée ou une baïonnette.

427. Une nouvelle façon d'expression qui permet une large gamme d'interprétations.

Chaque *emoji* a plusieurs significations ou interprétations possibles. Avec sa prise de position, *Apple* prend part au débat sur la dangerosité des armes à feu. Il s'agit d'un débat ravivé après les attentats et dont s'emparent les associations anti-armes. La suppression de l'*emoji* pistolet des appareils est un geste symbolique pour limiter l'accès aux armes à feu qui permet aussi d'interpeler les citoyens et les politiques. Si la majorité des nouveaux *emoji* ont été reçus favorablement, notamment ceux en faveur de la féminisation des sports et du travail ou de l'hétérogénéité dans les familles, la mutation de l'*emoji* pistolet en pistolet à eau peut

⁷⁵⁰ Il s'agit du système d'exploitation mobile développé par *Apple* pour ses appareils.

⁷⁵¹ *Unicode* est le groupement d'entreprises qui a comme mission de standardiser les *emojis* sur les réseaux sociaux, les smartphones et les services Web.

paraître surprenant. Les citoyens-internautes, n'ont pas dans l'ensemble perçu les intérêts sécuritaires de ces actes et ne le perçoivent pas comme un changement forcément positif car ils estiment être privés de certaines innovations.

428. Le vocabulaire utilisé peut avoir un objectif sociologique. Des recherches ont mis en évidence l'effet de la langue pour transmettre une idéologie, il suffit de faire référence au livre *Lingua Tertii Imperii* de Victor Klemperer sur la langue du III^{ème} Reich⁷⁵². En effet, parfois la simple modification d'un mot ou d'une expression peut avoir comme conséquence des changements radicaux de comportement chez des individus⁷⁵³. La lecture de *Lingua Tertii Imperii*, à 70 ans de distance, reste toujours d'actualité car il montre combien le monde actuel a des difficultés pour guérir de cette langue « infectée », et qu'aucune langue n'est immunisée contre de nouvelles manipulations. Ce qui a fonctionné pour l'essor de la soumission, de violence et de haine dans l'Allemagne nazie pourrait fonctionner pour contrer certaines pratiques dans le monde des communications numériques du XXI^{ème} siècle.

429. L'internaute s'expose à de nombreux risques lorsqu'il utilise certains services internet. Traditionnellement lorsqu'on évoquait la vie privée, on considérait qu'il s'agissait d'une sphère limitée. Aujourd'hui le développement des NTIC et des différents services du secteur numérique, tels les réseaux sociaux et les moteurs de recherche font que le citoyen-internaute peut se retrouver confronté à une absence de maîtrise de cette vie privée et à un déplacement de la sphère de l'intimité de la vie privée vers la vie publique. Les communications et agissements des internautes génèrent des données numériques qui ont une grande valeur pour les sociétés, et on assiste au risque pour les internautes d'assister à une fuite ou à une réutilisation de ces données personnelles sans leur approbation ou à des fins distinctes de ceux pour lesquels ils avaient initialement donné leur accord. Cependant ces données personnelles peuvent avoir un intérêt pour la protection de la sécurité. Les nouveaux moyens de communication par le numérique impliquent, dans de nombreux cas, la transmission des données personnelles à un tiers. Le règlement européen sur la protection

⁷⁵² Le philosophe Victor Klemperer a étudié la langue et les mots employés par les nazis. En utilisant une multitude de sources (discours radiodiffusés d'Adolf Hitler, livres et brochures, conversations, etc.), il a pu examiner la destruction de l'esprit et de la culture allemands par la *novlangue* nazie. En 1947, il écrit *LTI, Lingua Tertii Imperii*.

⁷⁵³ CADOT (J.), « Apple remplace l'*emoji* pistolet par un pistolet à eau : victoire ou aveuglement ? », numerama.com, 02 août 2016.

des données personnelles (RGPD) entré en vigueur le 24 mai 2018 permet d'harmoniser les droits nationaux et d'accentuer la protection des données personnelles dans l'Union européenne⁷⁵⁴.

§ 2. L'amélioration de l'utilisation et de l'encadrement juridique des Big data pour garantir la sécurité

430. Pour réussir notre rôle dans l'époque numérique il faut vaincre aujourd'hui le challenge du *big data*. Il semble nécessaire d'approfondir les apports du *big data* avec l'Administration, les entreprises et les citoyens, spécialement dans la prévention et la résolution des problèmes de sécurité et dans la lutte contre la criminalité et le terrorisme. Au cœur de ces réflexions, de nombreuses questions juridiques semblent à peine posées. Elles sont pourtant au centre des enjeux puisqu'il est difficile d'imaginer le développement des *Big data* sans monétarisation et sans encadrement juridique. La richesse des analyses réside essentiellement dans le rapprochement des données entre elles. Les perspectives de traitement des *Big data* sont énormes et ouvrent des grandes possibilités en termes de traitement de ces données. Il est très important de comprendre le potentiel des analyses notamment prédictives des *Big data*. Le volume des données stockées est en pleine expansion. Twitter génère en janvier 2013 la quantité de 7 téraoctets chaque jour et Facebook 10 téraoctets⁷⁵⁵. Chaque jour les internautes génèrent 3 trillions d'octets de données et 90% des data ont été créées au cours des trois dernières années. Le *Big data* est un concept opaque qui permet d'espérer de régler un grand nombre de problèmes par les données. L'inquiétude n'est pas tant de comment obtenir les *data* mais de comprendre si on a la possibilité de produire du sens à partir d'elles. Ce n'est pas uniquement l'analyse des données qui pose des problèmes, c'est aussi la façon dont elle est appliquée et par qui. Apprendre à manipuler les données n'est pas facile. Les *datas analysts* sont par exemple capables de prédire avec précision si une personne risque d'être hospitalisée en fonction de

⁷⁵⁴ Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données) (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE).

⁷⁵⁵ DEPRIS (D.) *Big Brother est parmi nous : surveillance électronique et informatique, terrorisme, guerre, Big Data*, Paris, Éd. Tatamis, 2015, 412 p.

ce qu'il recherche en ligne. Un autre exemple est la prédiction concernant les attaques aux personnes ou aux biens. L'important n'est pas tant la qualité des prédictions, mais de savoir comment les rendre utiles pour des intérêts individuels et collectifs.

431. À l'ère du numérique, les données, les informations, sont le pouvoir. Les informations issues des *Big data* sont parfois utilisées pour affirmer le pouvoir de certains sur d'autres⁷⁵⁶. Cela ne devrait pas être ainsi. Si on veut que les citoyens les moins privilégiés soient informés et responsabilisés, ils doivent avoir accès à la même qualité et quantité d'informations et de communications que les privilégiés. On est confrontés à un nouveau défi : On entre dans un monde de prédiction, où de plus en plus de personnes vont pouvoir porter des jugements sur les autres sur la base de données. De nombreux militants pour les droits de l'homme « combattent » afin de réguler ce nouvel écosystème de la prédiction. Le plus souvent ces outils sont conçus pour être utiles, pour accroître l'efficacité, ou pour identifier les personnes qui ont besoin d'aide. On est face au déploiement d'une « technologie d'espoirs ». Pour rendre notre société plus sûre on doit prêter une grande attention aux différentes NTIC numériques qui émergent et apprendre à poser et à trouver des réponses aux questions sur la façon dont ils devraient être mis en service pour améliorer la vie des personnes. Comment utiliser de la meilleure façon les *datas* tout en évitant la violation du droit au respect de la vie privée par l'État ? Dans cette perspective, on étudiera les moyens technologiques pour l'optimisation de l'utilisation des *datas* afin de préserver la sécurité nationale (A) et successivement la conciliation des droits individuels avec les *data* (B).

A – L'optimisation de l'utilisation des *datas* afin de préserver la sécurité nationale

432. Le *software Smarter Data*. Une grande innovation en matière de sécurité nationale avec l'utilisation du numérique, a été le *software Smarter Data*⁷⁵⁷, cette base de données de sécurité publique est l'outil de commandement et d'information de la Gendarmerie nationale française pour la conduite des opérations et le traitement du renseignement opérationnel. Le

⁷⁵⁶ RAVAZ (B.), RETTERER (S.), *Droit de l'information et de la communication*, Paris, Édition Ellipses, 2006, p. 174.

⁷⁵⁷ Le logiciel Smarter Data a été conçu par la société française Thales.

système *Smarter Data* transmet en temps instantané aux gendarmes les informations nécessaires à l'exécution des missions. *Smarter Data* est une *data base* dotée d'un moteur de recherche alimenté par les gendarmes et un outil d'analyse⁷⁵⁸. Le système est conçu pour que les analystes de la gendarmerie traitent les renseignements collectés dans la perspective d'anticiper les troubles à l'ordre public. Le *Big data* permet l'exploitation des données issues de la dématérialisation de nos vies et de notre société, de l'utilisation d'internet, des réseaux sociaux, des applications...

433. Dans le cadre de la supervision pour des motifs sécuritaires, les *Big data* peuvent être très avantageux. Les États disposent de riches bases de données, véritables mines d'informations qu'ils doivent réussir à exploiter afin de fournir des services publics plus en phase avec les attentes des citoyens, et de mieux répondre aux interrogations des acteurs politiques. Pour cela, les institutions publiques doivent former leurs propres experts en *data mining*. Le traitement informatique des *datas* personnelles aura pour vocation, dans le futur, de multiplier les potentialités de l'analyse prospective et prédictive. L'un des grands enjeux des *Big data* porte sur la logistique de l'information, et notamment sur comment assurer que l'information adéquate, notamment en matière de sécurité, arrive au bon moment et au bon endroit⁷⁵⁹. On retrouve dans un « cycle de *Big data* », une donnée se transforme en information, cette information permet de prendre une décision et à la suite de cette décision il est possible d'effectuer une action. Une des nouveautés du *Big data* réside dans l'hétérogénéité des sources et des formats des données⁷⁶⁰.

434. Les *Big data* peuvent révéler beaucoup d'informations pertinentes à la société, notamment concernant la santé et la sécurité⁷⁶¹. Des applications de ces données peuvent par exemple être la lutte contre des problèmes sociétaux comme la pédophilie, ou encore contre le terrorisme. Le programme américain de surveillance gouvernementale *Prism* a

⁷⁵⁸ CASTETS-RENARD (C.), *Droit d'internet : droit français et européen*, Paris, Lextenso éd., 2014, p. 486.

⁷⁵⁹ DEPRIS (D.) *Big Brother est parmi nous : surveillance électronique et informatique, terrorisme, guerre, Big Data*, Paris, Éd. Tatamis, 2015 p. 412.

⁷⁶⁰ Cf. Les formes structurées et non structurées des données. in HAMEL (M-P), MARGUERIT (D.), « Analyse des Big data : Quels usages, quels défis ? », Paris, Commissariat général à la stratégie et à la prospective, 11/2013, n°8.

⁷⁶¹ ROUVROY (A.), *Des données et des Hommes. Droits et libertés fondamentaux dans un monde de données massives*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, janv. 2016, 53 p.
https://pure.unamur.be/ws/portalfiles/portal/13278298/T_PD_BUR_2015_09REV_Rapport_Big_Data_COE_final_Fr.pdf

permis, à travers l'analyse des données, d'anticiper plusieurs tentatives d'attentats. Néanmoins ses détracteurs dénoncent une atteinte généralisée à la vie privée. Les défenseurs de la vie privée sont préoccupés de cette intrusion dans les communications⁷⁶². Selon eux cette ingérence n'est pas justifiée, car les informations réellement cruciales dans la lutte anti-terrorisme peuvent être récupérées par d'autres moyens qui n'enfreignent pas la protection des données personnelles. Dans l'analyse comportementale liée à la mise en place des *Big data*, l'individu est en prédiction de comportement. La justice prédictive est un vrai défi pour les démocraties, une vraie interrogation de légitimité pour les promoteurs des *Big data*⁷⁶³. Dans le cadre de la sécurité nationale, pour identifier une personne tous les moyens auxquels l'analyste peut avoir accès doivent être pris en compte et analysés. De nombreuses *data* peuvent permettre cette identification comme par exemple l'utilisation d'un numéro de téléphone, des données de géolocalisation ou une adresse IP⁷⁶⁴, et surtout lorsqu'elles sont combinées à d'autres données. Cependant lorsqu'on combine les données et notamment lorsqu'on met en place des corrélations, il y a un risque de violation de la vie privée, dès lors ces pratiques nécessitent d'être strictement encadrées. On assiste à l'évolution dans l'utilisation des *Big data* (1) notamment à des fins prédictives en matière de sécurité (2).

1) L'évolution dans l'utilisation des Big data

435. Jusqu'à récemment les *Big data* étaient utilisés majoritairement à des fins commerciales avec par exemple les publicités ciblées utilisées par les sites de vente en ligne, tel que *Amazon*, *Cdiscount*, etc.⁷⁶⁵. Cependant, l'utilisation des *Big data* à des fins uniquement commerciales serait une perte en bénéfices qu'ils peuvent apporter à notre société. Il n'existe pas de différence fondamentale entre l'analyse des données dans le monde commercial et dans le domaine de la sécurité publique. Par exemple la criminologie peut

⁷⁶² DEBET (A.), « Le programme Prism », Paris, *Recueil Dalloz*, 2013, p. 1736.

⁷⁶³ FOREST (D.), *E-réputation, le droit applicable à la réputation en ligne*, Paris, Gualino éditeur, Paris, 2014, p.60.

⁷⁶⁴ CJUE, question préjudicielle, 19 octobre 2016, aff. C-582/14, *Patrick Breyer c/ Bundesrepublik Deutschland*. Appelée pour la première fois à se prononcer sur le statut de l'adresse IP, la Cour de justice de l'Union européenne estime que la qualification des données à caractère personnel n'a pas à être retenue en toutes circonstances, mais qu'elle doit résulter de l'analyse de critères objectifs comme l'existence de moyens légaux pour accéder aux informations supplémentaires permettant l'identification ou encore la difficulté à accéder aux dites informations. METALLINOS (N.), « Statut de l'adresse IP », Paris, *Comm. Com. Électr.*, décembre 2016, pp. 38-40.

⁷⁶⁵ GREFFE (P.), GREFFE (F.), *La publicité et la loi*, Paris, LexisNexis, Litec, 10^{ème} édition, 2004, 1230 p.

bénéficier des grands apports des *Big data*. Un crime commis est considéré comme un signal, celui-ci génère une information, tel le taux de criminalité, ce qui va générer une action, comme l'envoi de plus de patrouilles de police sur un lieu géographique donné. Dans beaucoup d'États, notamment aux États-Unis d'Amérique et dans l'Union européenne on se pose la question de savoir si certains attentats terroristes auraient pu être déjoués avec une meilleure surveillance et utilisation prédictive des données des *Big data*. Notamment après les attentats au marathon de Boston et les attentats à Paris.

436. Augmenter la sécurité intérieure en utilisant tous les moyens possibles pour lutter contre le terrorisme est une des priorités majeures liées à l'ère du numérique.

Autrefois il était nécessaire de connaître par exemple les livres consultés par certaines personnes afin de pouvoir suspecter ou retrouver ceux qui voulaient porter atteinte à l'État ou pour prévenir leur comportement criminel. Aujourd'hui il est possible de faire ceci en analysant les « clicks », par exemple lors de la consultation de vidéos de propagande terroriste djihadiste. Comme tout citoyen-internaute⁷⁶⁶, les terroristes laissent des traces numériques avec beaucoup d'informations, notamment lors de l'utilisation des smartphones, des mails, des cartes de crédit, l'achat de billets d'avions, et l'achat de matériels pour communiquer ou pour créer des armes. Selon les experts, avec des logiciels de *data analytics* ces informations peuvent être très utiles pour lutter contre le terrorisme⁷⁶⁷. La transmission des données par les sociétés des télécommunications, tels que les mails ou les appels téléphoniques peut aider les enquêteurs à prédire certains actes criminels ou terroristes. Le développement des *data analytics* pour analyser et filtrer les énormes quantités de données qui inondent les bases de données peuvent être utiles pour prévenir des menaces terroristes et la cyber criminalité. Les institutions étatiques doivent continuer à mettre en pratique et à utiliser ce nouveau concept de sécurité⁷⁶⁸. Le *data analytics* est un moyen révolutionnaire pour traquer les personnes qui pourraient porter atteinte à la sécurité de la société. Le *data*

⁷⁶⁶ L'internaute moyen disposerait d'une quinzaine de comptes sur des services en ligne. Nul n'y échappe aujourd'hui et on est conduits à renseigner à chaque fois un formulaire d'inscription contenant des informations personnelles. Outre ces éléments déclarés explicitement, on laisse des traces de façon plus ou moins consciente qui relève des données personnelles, la trace de nos achats, de nos navigations, de notre endroit de localisation lors de l'envoi d'un courriel, des dates et heures auxquelles on a mis à jour un document.

⁷⁶⁷ LEROY (J.), *Droit pénal général*, Paris, LGDJ, 2016, pp. 434-436.

⁷⁶⁸ ONU, Conférence internationale des points focaux de la lutte antiterroriste sur les situations propices à la propagation du terrorisme et sur la promotion de la coopération régionale, 13 – 14 juin 2013, Genève, Suisse.

analytics permet d'effectuer un tri parmi les milliards d'informations anodines échangées à travers les réseaux sociaux sur internet. L'important étant l'optimisation de l'information issue des *Big data*.

2) L'approche prédictive à des fins sécuritaires

437. Le concept de gouvernementalité algorithmique. Selon Antoinette Rouvroy, on assiste à l'essor d'une « gouvernementalité algorithmique » composée en trois temps : la récolte de quantité massive de données avec la constitution de *datawarehouses*, suivie par le traitement de ces données afin de produire des connaissances et *in fine* l'action sur les comportements, notamment par l'approche prédictive⁷⁶⁹. L'approche prédictive, même si elle n'est pas encore généralisée, peut devenir très utile pour la police ou l'armée dans le domaine de la sécurité. Avec les *Big data* prédictifs, les États-Unis expérimentent de nouvelles méthodes de lutte contre la criminalité, notamment avec l'utilisation de *PredPol*⁷⁷⁰. *PredPol* est un *software* conçu aux États-Unis qui utilise les bases de données des infractions pénales, les données démographiques et d'autres types d'informations afin de prédire la date et le lieu où les prochains crimes et délits ont la plus forte probabilité de se produire⁷⁷¹.

438. Ainsi, les autorités peuvent anticiper et se préparer à intervenir dans ces zones géographiques, à un instant donné. Les premières expérimentations du logiciel *PredPol* ont été réalisées en 2011 par la police californienne. Le système recense les données des infractions passées et les utilise grâce à un algorithme pour prédire l'avenir. Avec *PredPol* des améliorations ont été observées dans les services qui l'utilisent. Par exemple lorsque la police de Los Angeles a utilisé le *software* les infractions ont alors baissé dans les cinq mois qui ont suivi le déploiement du *software*. Dans les autres États américains qui n'ont pas utilisé cette technologie, les infractions en sont restées au même niveau ou ont augmenté⁷⁷².

⁷⁶⁹ ROUVROY (A.), Thomas BERNS (T.), « Gouvernementalité algorithmique et perspectives d'émancipation. Le disparate comme condition d'individuation par la relation ? », *La Découverte | Réseaux* 2013/1 - n° 177 pages 163 à 196 ISSN 0751-7971, en ligne sur <http://www.cairn.info/revue-reseaux-2013-1-page-163.htm>

⁷⁷⁰ Pour « Predictive policing ».

⁷⁷¹ En langue française « logiciel ».

⁷⁷² BENSOUSSAN (A.), *Informatique et libertés*, Paris, Éd. Francis Lefebvre, 2012, pp. 754-757.

Par conséquent les *Big data* ouvrent une nouvelle ère pour les professionnels de la sécurité et de la défense. Dans ce contexte le *big data* tout comme le *cloud*, sont des techniques qui permettent de rapprocher les données, ce qui permet de comprendre que derrière les *big data* il ne faut pas uniquement voir la collecte massive d'informations. Au-delà de ce constat, les outils permettant de stocker et de manier d'importantes quantités de données sont aussi utiles pour les enquêtes judiciaires. Auparavant, à partir des données d'une enquête, il était possible d'extraire des informations⁷⁷³ mais c'était très précis, donc assez limité. Actuellement on peut par exemple imaginer intégrer un témoignage d'une personne à une enquête en cours et s'en servir pour la résolution d'une autre enquête. Les données sont plus exhaustives, l'accès et la combinaison de ces informations est beaucoup plus rapide. Les *Big data* permettent de croiser les informations avec d'autres sources, comme l'*open data*⁷⁷⁴. Il est possible de rouvrir d'anciennes enquêtes criminelles et utiliser ces nouvelles technologies pour les résoudre ou les rapprocher entre elles. Le développement des technologies d'information et de communication, en multipliant les moyens de captation des informations et des *datas*, a accentué la possibilité de contrôle des personnes⁷⁷⁵. Conscients de ces avantages liés au numérique et aux *Big data* il faut aussi parvenir à concilier les droits individuels avec l'utilisation de ces données.

B – La conciliation du régime des droits individuels et des *datas*

439. Les normes constitutionnelles françaises ne contiennent aucune disposition visant la protection des données personnelles ou encadrant la gouvernamentalité numérique. Comme le soulignent Antoinette Rouvroy et Thomas Berns, cette nouvelle gouvernamentalité numérique a des risques car elle conduit à des prises de décision automatique ou semi-automatique, anticipant les comportements, les goûts et les choix de chacun, grâce au *data mining* et aux techniques de profilage qui permettent d'individualiser les offres de services sans se préoccuper des intentions ni recueillir les préférences des

⁷⁷³ Par exemple : le lieu, la personne, la date, l'âge, le type d'événement.

⁷⁷⁴ EYNARD (J.), *Les données personnelles*, Paris, Éd. Michalon, 2013, p. 344.

⁷⁷⁵ BRASSEUR (C.), *Enjeux et usages du big data. Technologies, méthodes et mises en œuvre*, Paris, Lavoisier, 2013, 202 p.

personnes concernées⁷⁷⁶. Par conséquent si les *Big data* offrent des avantages à la fois sociétaux et économiques, il pose parmi tant d'autres, des questions en termes de protection de la vie privée et des données personnelles des citoyens⁷⁷⁷ notamment lorsqu'il est manipulé par les institutions étatiques (1), il est alors nécessaire de maintenir et protéger le principe de finalité de la collecte des données notamment par la création d'un Commissariat aux données personnelles (2).

1) La manipulation des données par l'État

440. Dans l'évolution de l'utilisation des *Big data* pour la sécurité nationale, les nouveaux spécialistes des masses de données doivent avoir des profils polyvalents et surtout bien connaître les législations et les jurisprudences nationales et internationales. En effet, certaines dispositions législatives peuvent entrer en friction avec l'utilisation de ces nouvelles données. Il s'agit notamment de normes relatives au droit de la vie privée. Il faut en particulier anticiper la création de logiciels et applications illégaux, des nullités procédurales et éviter des futurs procès ou condamnations contre l'État. Le principe de légalité doit régir les données à caractère personnel (**a**) et de plus il faut imposer au niveau national et international le respect du droit à l'oubli (**b**).

a. Le principe de légalité régissant les données à caractère personnel

441. Le cadre normatif applicable en France et en Europe à la collecte et aux usages des données personnelles a été pensé à une époque où les réseaux numériques n'étaient ni utilisés ni appréhendés par les individus de la même manière qu'aujourd'hui. Il est particulièrement frappant de constater que les normes constitutionnelles qui protègent les droits et libertés fondamentaux des individus ne mentionnent nulle part le droit de chacun au respect de sa

⁷⁷⁶ Antoinette Rouvroy et Thomas Berns, « *Le nouveau pouvoir statistique* », *Multitudes* n° 40, pp. 88-103, 2010 ; CNIL, Cahiers Innovation et prospective n° 1, « *La "dictature" des algorithmes : demain, tous calculés ?* », pp. 18-20.

⁷⁷⁷ Les données personnelles à protéger sont principalement les données bancaires, les adresses mails, les mots de passe, les dates d'anniversaires, les prénoms, les noms... Ils risquent d'être revendus sur le dark web, afin de réaliser des bénéfices ou de simplement nuire.

vie privée et à la protection de ses données personnelles. Ces droits ne sont inscrits ni dans la Constitution du 4 octobre 1958, ni dans son préambule⁷⁷⁸.

442. Le principe encadrant les données à caractère personnel est le principe de légalité, alors que pour les données qui ne sont pas des données identifiant les personnes c'est le principe de la liberté. Ce principe de légalité c'est surtout un principe issu du droit de l'Union européenne mais il commence à se généraliser dans les autres pays hors Union européenne. En matière de cyber criminalité internationale on trouve par exemple la Convention de Budapest de 2001⁷⁷⁹. On sait qu'avec internet la notion de limite géographique n'a plus de sens. En conséquence il faut réinventer des règles transnationales car la plupart des réglementations nationales sont limitées et parfois ils n'existent pas de réglementations liées à la gestion des droits relatifs au numérique.

443. Le transfert des données n'est pas neutre. Suivant effectivement le pays de l'origine de la donnée il y a des réglementations différentes et parfois il n'est pas possible de procéder à une exportation sans respecter des règles particulières, c'est le cas des flux transfrontaliers de données entre l'Union européenne et les autres pays⁷⁸⁰. Mais c'est aussi le cas de beaucoup de pays qui ont aujourd'hui des réglementations équivalentes à celle de l'Union européenne. C'est le cas par exemple des États-Unis dans le cadre du mécanisme *Safe harbor*, qui est un mécanisme d'adhésion où les sociétés américaines non seulement appliquent la loi locale américaine et s'engagent à respecter la réglementation de l'Union européenne⁷⁸¹. Par ce biais l'exportation des données personnelles de l'Union européenne vers les États-Unis peut se faire avec un niveau minimum de garanties, c'est le cas notamment de Google, IBM, Yahoo, Amazon⁷⁸².

⁷⁷⁸ Rapport « Numérique et libertés : un nouvel âge démocratique », Commission de réflexion et de propositions ad hoc sur le droit et les libertés à l'âge du numérique, Assemblée Nationale, Paris, publié le 9 octobre 2015, <http://www2.assemblee-nationale.fr/documents/notice/14/rapports/r3119/>

⁷⁷⁹ Convention de Budapest sur la cybercriminalité. Convention adoptée le 23 novembre 2001 par le Conseil de l'Europe, la convention sur la cybercriminalité, dite convention de Budapest, précise en 48 articles les résolutions prises au niveau européen pour un développement harmonieux des nouvelles technologies. Elle contient des dispositions visant à lutter de façon commune et conjuguée contre le crime dans le cyberspace.

⁷⁸⁰ SUNIER (P.-A.), *Modèle conceptuel de données*, Paris, Broché, 2016, p. 55-57.

⁷⁸¹ EYNARD (J.), *Les données personnelles*, Paris, Éd. Michalon, 2013, p. 428.

⁷⁸² GREFFE (P.), GREFFE (F.), *La publicité et la loi*, Paris, Lexis Nexis, Litec, 10^{ème} édition, 2004, 1230 p.

b. Nul ne peut détenir des données à l'infini : le droit à l'oubli

444. Des obligations de péremption. Depuis l'entrée en vigueur du RGPD, l'entreprises qui constituent ces grandes bases de données ne peuvent plus ne pas prendre en considération le fait que les données à caractère personnel sont soumises à des obligations de péremption. Nul ne peut détenir des données à l'infini ou au-delà d'une certaine période⁷⁸³. Le droit à l'effacement, souvent intitulé droit à l'oubli numérique⁷⁸⁴, est consacré dans plusieurs hypothèses, notamment : le retrait du consentement, l'opposition au traitement, un traitement illicite (RGDP, art. 17). Ce droit est aussi ouvert aux personnes qui étaient mineures au moment de la collecte des données. Les entreprises privées ou publiques, sauf l'État dans ses activités régaliennes, ne peuvent gérer les données que dans un certain temps qui se trouve par nature limité. La conservation de la donnée est un élément précaire, dont le droit à l'oubli en est le principe. Théoriquement la collecte des données ne doit pas excéder le temps nécessaire à l'atteinte des objectifs pour lesquels elles sont collectées. Passé ce délai, prévaut le « droit à l'oubli » ou l'obligation de destruction des données⁷⁸⁵. Se pose la question du droit à l'oubli des données utilisées pour la sécurité nationale. C'est un droit numérique fondamental que l'on retrouve dans la plupart des pays du monde à travers la notion de prescription ou la notion d'amnistie.

445. Chaque internaute doit pouvoir gérer son passé⁷⁸⁶. Le droit à l'oubli permet d'éviter d'avoir les informations de sa vie antérieure comme un casier privé pour sa vie dans le futur. C'est un droit fondamental qui n'est pas facile à combiner avec le droit à l'histoire et le droit à la liberté d'expression. Le Tribunal de grande instance de Paris avait été saisi en référé, du refus opposé par Google à une demande de déréférencement d'un lien. L'affaire est intéressante car, peu de juridictions se sont, pour le moment, prononcées sur les critères à prendre en compte pour apprécier les demandes de déréférencement. De plus, en ordonnant

⁷⁸³ SUNIER (P.-A.), *Modèle conceptuel de données*, Paris, Broché, 2016, p. 122.

⁷⁸⁴ AUGER (A.), « L'Union européenne et le droit à l'oubli sur Internet », *RDP*, 2016, p. 1841. *in* OBERDORFF (H.), « La République numérique : un nouvel espace pour de nouveaux droits ? », Paris, *RDP*, 2018, p. 665.

⁷⁸⁵ Conseil d'État, *Le Numérique et les droits fondamentaux, Étude annuelle*, Paris, 2014.

⁷⁸⁶ Le droit à l'oubli permet de ne pas avoir son passé comme son présent et futur.

le déréférencement au sujet d'un lien dirigeant vers un contenu accusant une personne d'agressions sexuelles à l'égard de mineurs, le TGI rejette les arguments de Google fondés non seulement sur la liberté d'expression, mais aussi sur la qualification de « lanceur d'alerte » de l'éditeur de ce contenu. En effet, le plaignant n'avait pas été condamné dans ladite affaire sexuelle avec mineur, et le tribunal a donc privilégié la sauvegarde de la réputation⁷⁸⁷.

446. Mettre un droit de péremption sur chacune des données, c'est permettre à chacun de retrouver de la liberté par rapport à son passé. Souvent dans les *Big data* les données ne sont pas soumises à péremption, et elles sont actualisées en temps réel, notamment par des systèmes de ramassage de données dans les réseaux sociaux. La plupart des personnes qui conçoivent des *Big data* cherchent d'abord à augmenter le nombre d'informations, ensuite à les utiliser avec les technologies de rapprochement et occultent la protection des droits fondamentaux. Cette façon de faire est totalement étrangère aux cadres juridiques, et est très souvent motivée par le fait que les entreprises commerciales qui mettent en place des *Big data*, ne savent pas à l'avance ce qu'ils vont pouvoir trouver et donc ne peuvent pas se limiter à l'avance dans la donnée. C'est le fait d'avoir des données non formatées ou très peu formatées qui leur permettra de créer une valeur informationnelle distincte de celle qu'ils pouvaient anticiper⁷⁸⁸.

447. Le droit à l'oubli à la lumière de la décision de la Cour de justice de l'Union Européenne du 13 mai 2014⁷⁸⁹. Cette décision est une décision fondamentale concernant les données personnelles car elle consacre le droit pour chacun d'entre nous d'être l'archiviste de son passé. Le droit à l'oubli c'est le fait de ne pas avoir son passé minant son futur. Le droit à l'oubli est essentiel pour que chaque citoyen puisse vivre normalement. Il est nécessaire de combiner le droit à l'oubli avec le droit à la liberté d'expression et le devoir de mémoire. Il faut préciser ce qu'on veut exprimer ici, en effet lorsqu'on nomme la liberté d'expression, il s'agit plus d'un *right to know*, d'un droit de savoir, d'un droit à l'histoire,

⁷⁸⁷ TGI Paris, ord. Réf., 13 mai 2016, *M. X/ Google France et Google Inc.* In « DEBET (A.), Mise en œuvre de l'arrêt *Google Spain* par les tribunaux français », Paris, *Comm. Com. Électr.*, septembre 2016, pp. 36-38.

⁷⁸⁸ BENSOUSSAN (A.), *Informatique et libertés*, Paris, Éd. Francis Lefebvre, 2012, 1096 p.

⁷⁸⁹ CJUE - 13 mai 2014, *Google Spain c. Agencia Española de Protección de Datos*, n° C-131/12.

du droit de garder cette information pour les générations futures. En rapport avec les dangers de l'oubli, le Prix Nobel de la Paix Elie Weisel a écrit :

« Le bourreau tue toujours deux fois, la seconde fois par l'oubli »⁷⁹⁰.

2) Le principe de finalité de la collecte des données

448. Comment concilier les libertés individuelles et les *Big data* ? Une des solutions est l'anonymisation. Leur utilisation semble poser moins de problèmes relatifs à la *privacy* avec une anonymisation qui suppose de détruire le lien entre l'information et l'identité⁷⁹¹. *A contrario* l'anonymisation des données est pour d'évidentes raisons, inutile aux objectifs de sécurité nationale. Étudier le droit applicable aux *Big data*, revient à étudier le droit à la manipulation des données qui permettent de déduire des informations implicites. Ce qu'on cherche à faire avec un *Big data* c'est trouver de la valeur informationnelle qui à la lecture directe de chacune des informations n'est pas apparente mais qui dans la combinaison de ces informations, permettra de faire apparaître des comportements ou des attitudes qui pourront devenir prédictives. Un des premiers principes que l'on retrouve dans les cadres relatifs aux données personnelles est le principe de finalité de la collecte⁷⁹². Ce principe de finalité de la collecte à l'exploitation asservit l'entreprise à une utilisation conforme à ce qu'a voulu l'individu lorsqu'il a donné son accord. Ce principe de finalité va réduire les possibilités d'utilisation de la donnée. Il y a le risque que le gérant du *Big data*, qui dispose des données, les utilise d'une façon non conforme à la finalité initialement établie.

449. Le droit est *infra moral*, *infra éthique* et *supra économique*. Le droit n'a de sens pour exister que par les valeurs qu'il défend. Lorsque ces valeurs ne sont plus partagées par une population en général, le droit est abandonné ou combattu. De la même manière, ce n'est pas parce qu'il existe un marché, qu'il faut tout permettre, le droit intervient pour réguler les

⁷⁹⁰ WEISEL (E.), *La nuit*, Les éditions de Minuit, Paris, 2007, p. 199.

⁷⁹¹ Avec le numérique les possibilités de croisement des données permettent de rapprocher des faits concernant une personne, qui donne un pouvoir certain à celui qui détient ces informations. Par exemple s'il s'agit d'un acteur économique dont les activités divergent de ceux du citoyen concerné, ce sont de nombreux de ses droits fondamentaux qui peuvent être remis en cause. DENIZEAU (C.) *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Vuibert 2^{de} édition, 2012, 324 p.

⁷⁹² Article 226-21 du Code pénal.

marchés surtout lorsque ceux-ci peuvent avoir des comportements contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Aujourd'hui on dispose d'un grand nombre d'informations qui permettent de suivre et de tracer une personne en mode instantané. Il doit y avoir un équilibre d'intérêts entre les droits du promoteur du *Big data* d'utiliser ces données et la nécessaire protection de l'individu et de ses libertés fondamentales. Cet équilibre doit être impérativement recherché dans une société démocratique⁷⁹³. Les droits des personnes sur les *data* sont des droits individuels qui leur permettent de continuer à suivre les données et de comprendre leur utilisation. Le droit de questionnement est un droit par lequel l'individu peut poser une question afin de savoir si un organisme privé ou public, possède ou non des informations nominatives le concernant. L'individu possède un droit d'accès, un droit de modification, un droit de rectification, un droit d'opposition et un droit d'information. Ainsi une entreprise qui crée un *Big data* doit organiser la possibilité pour l'individu de vérifier l'ensemble de ses données. Ces informations constituent des éléments de prédiction de ses comportements. Cette prédiction est aujourd'hui soumise à la loi « Informatique et liberté » susmentionnée. Les frictions seront toujours plus importantes concernant la confrontation États-Unis d'Amérique permettant la libre utilisation des *datas*, y compris nominatifs, et la tradition européenne qui est la limitation de l'utilisation des données personnelles. Il faut développer une stratégie multidisciplinaire pour apporter de nouvelles réponses aux dérives qui risquent de naître avec une large utilisation des *datas*. Selon Pauline Türk il ne faut pas faire preuve de naïveté ou feindre d'ignorer les risques de dérives dans l'utilisation des outils numériques. Ceux-ci peuvent aussi constituer des menaces pour les droits et libertés des citoyens : les conditions de collecte, de tri, de traitement, stockage, revente et exploitation de la masse des données personnelles des utilisateurs⁷⁹⁴. Il est nécessaire de renforcer la sécurité juridique et la coopération avec les géants du Web. *Big data* et droit est une confrontation entre deux régimes juridiques, les États-Unis d'Amérique et l'Europe. Les *datas* aux États-Unis sont laissées dans un cadre de « laisser faire », l'objectif est de développer cette technologie et toutes les utilisations possibles liées aux données et notamment les données personnelles.

⁷⁹³ MENDEL (T.), *Étude mondiale sur le respect de la vie privée sur l'internet et la liberté d'expression*, Collection Unesco sur la liberté de l'internet, 2013, p. 178.

⁷⁹⁴ TÜRK (P.), « La citoyenneté à l'ère du numérique », Paris, *RDP*, 2018, p.623.

450. La création d'un Commissariat aux données. Une solution permettant de répondre aux nombreuses questions liées aux données personnelles serait la création d'un « Commissariat aux données ». La France a exporté les droits fondamentaux de l'homme et aujourd'hui elle exporte les droits fondamentaux de l'homme numériques avec la loi Informatique, fichiers et libertés et la loi "pour une République numérique" du 7 octobre 2016. Reste que si chacun d'entre nous dispose d'un droit de questionnement, un droit d'accès, un droit de modification, un droit de rectification, un droit à l'oubli, etc. il faut encore savoir et réussir comment avoir accès à ces droits. Comment savoir que le *data base* situé à l'étranger respecte bien l'ensemble de ces obligations ou si telle entreprise américaine respecte le *Safe Harbor* malgré sa signature et donc sa participation à une convention sur les flux transfrontaliers.

451. Un Commissariat aux données personnelles pourra rendre effective l'existence et la protection des droits fondamentaux numériques. La nécessité d'un tiers garant apparaît aujourd'hui (un peu) à l'image du Commissaire aux comptes qui est le garant non pas de l'entreprise, mais pour le public par rapport à l'entreprise⁷⁹⁵. Le Commissaire aux comptes lorsqu'il intercepte des éléments susceptibles d'infractions a une obligation de communication au Ministère public. De la même manière, avec la création d'un Commissariat aux données personnelles, on pourrait savoir si les données à caractère nominatif de chaque individu se trouvant dans un *Big data* le sont en conformité au droit des personnes. Cependant concernant les données utilisées par les forces de l'ordre, elles devraient rester difficilement accessibles.

Section II : La médiatisation des informations liées au terrorisme

452. Le terrorisme contemporain est médiatique. Les journalistes ont une obligation d'information sur tout événement majeur, le côté dramatique et spectaculaire du terrorisme fascine une grande partie du public. Les terroristes actuels utilisent cette dynamique et effectuent des actes pour attirer le plus possible l'attention du monde. Le terrorisme ne doit pas affaiblir l'importance de la liberté d'information dans les médias numériques en tant

⁷⁹⁵ Notamment les fournisseurs, les actionnaires, les salariés que cette entreprise utilise.

qu'une des bases absolues des sociétés démocratiques⁷⁹⁶. Cette liberté comprend le droit du public à être informé des questions d'intérêt général, et les réponses données par les autorités publiques. L'opposition au terrorisme ne doit pas être l'excuse ou la « carte blanche » pour l'État afin de limiter la liberté de la presse mais d'une part les journalistes doivent éviter de « servir les intérêts des terroristes » par exemple par des glorifications posthumes (§ 1). Et d'autre part dans la poursuite de la protection de la liberté d'information, le Conseil constitutionnel a censuré la disposition, trop ambiguë, instaurant un délit de consultation habituelle des sites terroristes (§ 2).

§ 1. Le risque de glorification posthume des terroristes par les médias

453. La stratégie d'information concernant la divulgation de certaines informations sensibles pourrait être unique, mais les différents canaux d'information ont des conduites diverses. Une disposition législative obligeant l'anonymisation des terroristes dans les médias serait la meilleure voie pour ne pas glorifier et rendre des martyrs certains terroristes. Ce débat agite ponctuellement les rédactions après les attentats terroristes. Une autre solution, peut-être utopique, serait l'instauration « d'un pacte entre les médias » pour ne plus donner l'identité, ni les choix de vie des terroristes. Les terroristes, notamment à la suite d'attentats suicides, devraient mourir dans l'oubli le plus total et de façon anonyme. Pour eux, l'espoir de mourir en martyr serait alors éloigné et peut-être ceci les ferait réfléchir avant de commettre l'irréparable. Cependant dans un univers journalistique où la liberté est souveraine, un tel « pacte » est inimaginable. Les médias prennent donc des positions individuelles et divergentes. Le traitement médiatique du terrorisme est d'une importance cruciale dans la lutte contre le terrorisme (A), et il est nécessaire de parvenir à un juste équilibre des informations transmises (B).

A – Le traitement médiatique du terrorisme

454. L'attentat de l'été 2016 à Nice a relancé le débat sur leur traitement médiatique.

Un débat qui, pour la première fois, a été porté par les rédactions journalistiques elles-

⁷⁹⁶ AGOSTINELLI (X.), DEBBASCH (C.), BOYER (A.), CAPORAL, (S.), DROUT (G.), FERRAND (J.-P.), ISAR (H.), LASSALLE (J.-Y), MONDOU (C.), XAVIER (P.), VERGÉS (J.), *Droit des médias*, Paris, Éd. Dalloz Référence, 2002, pp. 500-501.

mêmes, donnant lieu à des prises de position éditoriales. Certains médias ont décidé de ne plus publier les photos avec les noms des auteurs des attentats⁷⁹⁷. Les rédactions *France Info* et *France Inter* se sont résolus à ne plus publier les images, le journal *Le Monde* a décidé de ne plus publier des photos ou vidéos qui pourraient avoir un effet de glorification posthume. La chaîne de télévision *BFM TV* a déclaré vouloir éviter une mise en avant involontaire et répétitive des attentats. *Europe 1* a décidé de ne plus diffuser les photos des terroristes sur leur site et ne pas citer les noms à l'antenne. *RFI* et *France 24* ont annoncé qu'ils ne diffuseront plus les photos et seront très attentifs à l'utilisation des noms des terroristes. La rédaction de *La Croix* a décidé de se limiter à publier le prénom et l'initial du nom et pas les photos.

455. D'autres médias ont choisi le cas par cas. Pour *Le Figaro*, la publication des identités relève du devoir d'information et celle des photos relève du cas par cas. Selon *Libération* : « publier les photos des terroristes et les glorifier, ce n'est pas la même chose ». Pour *France Télévisions* les décisions doivent se prendre au cas par cas et en toute responsabilité, tout en résistant à l'autocensure. *France télévisions* n'a pas été épargnée par les critiques à la suite de la diffusion d'un reportage qui a beaucoup choqué les téléspectateurs. Il s'agissait de l'interview d'un homme au côté du cadavre de sa femme dans l'édition spéciale du 14 juillet sur *France 2*. La direction de l'information a présenté ses excuses reconnaissant la transmission d'images brutales non vérifiées. Pour *TF1* « entre le matraquage d'un nom et d'une photo et un élément d'information, il faut choisir une voie médiane ». Ces positionnements éditoriaux ont suscité des vifs débats et des citoyens se sont emparés de la question, une pétition a été créé sur le site change.org pour demander aux médias la suppression de la divulgation de l'identité des terroristes. Des politiques se sont adressés au Conseil Supérieur de l'Audiovisuel en demandant l'élaboration d'un code de bonne conduite. La couverture des attentats a toujours suscité un débat dans les rédactions mais les journalistes doivent veiller à ne pas trop renoncer à informer le public en s'autocensurant.

⁷⁹⁷ AUGRY (M.-L.), Médiatrice des rédactions de France 3, émission « Votre Télé et Vous », Paris, France Télévision.

B – La nécessité d'un équilibre du traitement de l'actualité

456. Un sondage relatif à l'opinion des Français sur le traitement de l'actualité par les médias d'information⁷⁹⁸. Le sondage fait apparaître que dans l'ensemble, les Français ont un jugement qui généralement n'est pas satisfait quant à la capacité de traitement de l'information par les médias en 2015. Lorsqu'ils ont donné un avis sur les aspects du traitement de plusieurs sujets d'actualité par les médias d'information français en 2015, les Français interrogés ont exprimé la plupart du temps des positions insatisfaites ou négatives. La majorité des personnes sondées considèrent que les moyens utilisés par les médias d'information français ont été insuffisants. La réforme du collège est le thème qui cause le plus haut taux des réponses négatives, suivie par le débat sur l'identité nationale et le rétablissement du service militaire obligatoire. Plus de la moitié des personnes sondées estiment que le traitement de la laïcité et des religions en France a été insuffisamment et mal traité. Les réponses sont plus variées mais majoritairement négatives concernant le traitement de certains faits : l'évolution du chômage et la situation économique, la loi sur les moyens des renseignements sur internet dans la lutte contre le terrorisme, les perturbations de la « jungle de Calais », les réfugiés syriens et enfin la politique étrangère. Par conséquent selon le point de vue de la plupart des personnes interrogées, seuls deux sujets ont fait l'objet d'un traitement médiatique de bonne qualité : le terrorisme et les questions climatiques qui ont tous les deux bénéficié d'une grande couverture médiatique au cours de l'année 2015 sous l'effet des attentats du 13 novembre et de la COP 21 à Paris⁷⁹⁹. Si une majorité des interrogés estime de bonne qualité le traitement des informations relatives à la menace terroriste, sans doute sous l'effet du traitement de l'information après le 13 novembre, près de deux français interrogés sur trois estiment néanmoins que les médias ne les avaient pas assez informés sur la menace terroriste en France avant les attentats. Notons que cette opinion majoritairement critique est plus visible chez les sympathisants de droite plutôt que ceux de gauche de l'échiquier politique. Les trois quarts des votants à droite et au centre ainsi que 70% des votants pour le Front National pensent qu'ils n'avaient pas été suffisamment informés, contre une courte majorité des votants à gauche. Pour la majorité des personnes interrogées, le débat idéologique et politique dans les supports de diffusion de

⁷⁹⁸ Colloque « Terrorisme, Europe et immigration : les médias sont-ils à la hauteur des enjeux ? », 9 janvier 2016, amphithéâtre de l'IPAG, Paris.

⁷⁹⁹ *La Conférence of Parties 21*.

l'information n'est « ni plus, ni moins libre » qu'avant les attentats. Toutefois, lorsqu'elles perçoivent une évolution du débat intellectuel et politique tel qu'il a lieu aujourd'hui dans les moyens d'information français, les personnes estimant que celui-ci est « moins libre » qu'avant le 13 novembre 2015 s'avèrent sensiblement plus nombreuses que celles considérant qu'il est « plus libre ». Ce constat se vérifie dans toutes les branches politiques, quelle que soit la préférence exprimée par les personnes interrogées. Le sondage fait apparaître que la sensation d'un débat politique « plus restrictif » qu'avant les attentats du 13 novembre est nettement plus visible chez les sympathisants de la droite et du centre et surtout chez ceux du Front National par rapport à ceux de gauche.

§ 2. La limitation de la consultation des sites faisant l'apologie du terrorisme

457. Les sites avec des contenus potentiellement terroristes peuvent avoir plus facilement des répercussions sur certaines personnes. Les recruteurs de djihadistes ou de tout type de contestataires sont très actifs sur internet. Ils visent souvent les marginaux, les déçus de la société, les délinquants ou les jeunes qui sont, souvent, plus facilement influençables. Les embrigadements à travers internet ont été constatés notamment pour encourager à rejoindre les rangs des djihadistes en Syrie. Les sites terroristes servent à recruter des terroristes mais ils donnent aussi des informations sur les différents *modus operandi* : attaques au couteau ou avec un camion, et fabrication de bombes artisanales. Il a été prouvé que la consultation de ces sites est souvent une des premières étapes de « l'apprenti terroriste » dans la quête d'informations ou d'encouragements pour pouvoir ensuite passer à l'acte de façon encore plus déterminée. Pour le Gouvernement il était alors devenu nécessaire de limiter et de sanctionner la consultation des sites faisant l'apologie du terrorisme afin de prévenir en amont les passages à l'acte avec l'instauration du délit de consultation habituelle des sites terroristes, délit censuré par le Conseil constitutionnel (A), néanmoins reste bien présente la nécessité de répression des sites terroristes (B).

A – La censure du délit de consultation habituelle des sites terroristes

458. La neutralisation par le Conseil constitutionnel du délit de consultation habituelle des sites terroristes. Le délit de consultation habituelle des sites terroristes avait été inscrit à l'article 412-2-5-2 du Code pénal à la suite de l'adoption de la loi du 3 juin 2016 relative au crime organisé et à la lutte contre le terrorisme. L'article 412-2-5-2 disposait : « Le fait de consulter habituellement un service de communication au public en ligne mettant à disposition des messages, images ou représentations soit provoquant directement à la commission d'actes de terrorisme, soit faisant l'apologie de ces actes lorsque, à cette fin, ce service comporte des images ou représentations montrant la commission de tels actes consistant en des atteintes volontaires à la vie est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende. Le présent article n'est pas applicable lorsque la consultation est effectuée de bonne foi, résulte de l'exercice normal d'une profession ayant pour objet d'informer le public, intervient dans le cadre de recherches scientifiques ou est réalisée afin de servir de preuve en justice ». Une analyse attentive de ce texte permet de constater que la disposition contenait des termes ambigus susceptibles d'avoir plusieurs interprétations et elle supposait plusieurs vagues conditions cumulatives pour l'application de la sanction (1). Le Conseil constitutionnel le 10 février 2017 est venu déclarer l'inconstitutionnalité des dispositions de l'article 421-2-5-2 du Code pénal⁸⁰⁰. De plus, cette disposition disposait d'effectuer un différent traitement entre le support papier et celui numérique (2).

1) Des termes législatifs ambigus : la bonne foi

459. Bonne foi et intention de nuire. Ces deux notions sont antinomiques, mais il arrive fréquemment qu'un tiers subisse un préjudice réel alors que l'auteur, de bonne foi, n'a pas exécuté son geste dans le but de nuire. Les cas les plus caractéristiques et les plus fréquents sont l'homicide involontaire et les coups et blessures involontaires, réprimés par la loi pénale. Dans nos recherches concernant la loi du 3 juin 2016, on a pu observer qu'on est en présence de ce qu'on pourrait qualifier de « bonne foi intentionnelle » qui consiste par exemple en la volonté d'un chercheur-internaute, de faire des recherches sur le terrorisme

⁸⁰⁰ Cons. const. n° 2016-611 QPC du 10 février 2017, *Délit de consultation habituelle de sites terroristes*.

djihadiste, absolument sans vouloir commettre des attentats. Tout comme il était prévu dans l'esprit du législateur, concernant la loi du 3 juin 2016, la bonne foi vaut lorsque l'auteur n'a pas agi volontairement et seules sont éventuellement sanctionnées sa maladresse et sa négligence.

460. L'ambiguïté de l'exception de bonne foi. La loi du 3 juin 2016, renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, prévoyait l'exception de bonne foi dans la consultation des sites terroristes sur internet⁸⁰¹. La notion de bonne foi était susceptible d'être ambiguë. Il est difficile de deviner par avance les cas dans lesquels il est possible de visiter légalement un site. L'internaute pourrait faire valoir que cette consultation a été effectuée de bonne foi, ou bien résulter de l'exercice normal d'une profession ayant pour objet d'informer le public, tel un journaliste, un blogueur ou encore intervenir dans le cadre de recherches scientifiques ou être réalisée afin de servir de preuve en justice. L'expression « site terroriste » est aussi difficilement définissable et largement interprétable, cette expression peut permettre d'élargir la poursuite à la consultation habituelle de services de communication liés à par exemple des groupes contestataires, à des opposants politiques ou à des militants écologiques. On pense qu'il est important que des personnes et des groupes contestataires, même minoritaires, soient présents dans tout État démocratique. Dans ce cadre un internaute ne peut pas toujours deviner si un site peut être ou sera qualifié comme terroriste (ou non) avant de le consulter. Le Conseil constitutionnel a donc considéré que l'incrimination en cause faisait « peser une incertitude sur la licéité de la consultation de certains services de communication au public en ligne et, en conséquence, de l'usage d'internet pour rechercher des informations ». Aurelie Cappello souligne que : « la loi pour la sécurité publique a apporté deux modifications à cet égard. D'abord, il n'est plus question de bonne foi, mais de motif légitime »⁸⁰². Dès lors le Conseil constitutionnel a effectué un contrôle de la nécessité de la répression instituée par l'article 421-2-5-2 du Code pénal (a). Par conséquent il a fallu vérifier la légitimité de la répression en amont de tout passage à l'acte (b).

⁸⁰¹ Communiqué de presse, Cons. const. n° 2016-611 QPC du 10 février 2017, *Délit de consultation habituelle de sites terroristes*.

⁸⁰² CAPPELLO (A.), « L'abrogation du délit de consultation habituelle de sites terroristes par le Conseil constitutionnel », Paris, *Constitutions*, 2017, pp. 91-92.

a. La nécessité de la répression

461. C'est bien parce que le législateur veut que la lutte contre le terrorisme soit la plus efficace possible qu'il a créé l'infraction de l'article 421-2-5-2 du Code pénal qui permet de sanctionner un comportement pouvant favoriser un endoctrinement, prélude éventuel à la commission d'un acte de terrorisme⁸⁰³. Le curseur de la répression a donc été placé par le législateur très nettement en amont de tout passage à l'acte. Le Conseil constitutionnel dans son contrôle de proportionnalité visant à apprécier la nécessité des dispositions de l'article 421-2-5-2 du Code pénal intègre celles-ci à l'ensemble de la législation anti-terroriste où elles sont perçues comme l'élément d'un tout. Il y a par nature, en toute incrimination, une dimension préventive en ce que l'incrimination, par la menace de la peine qu'elle engendre est censée dissuader la commission de l'infraction. Comme le disait le Doyen Jean Carbonnier, « il n'est nullement insolite qu'avant toute inobservation les règles diffusent préventivement l'obéissance qu'elles demandent »⁸⁰⁴. La prévention des actes de terrorisme permet au Conseil constitutionnel d'ouvrir l'appréciation de la nécessité de l'atteinte portée à la liberté de communication par les dispositions de l'article 421-2-5-2 du Code pénal à diverses dispositions procédurales⁸⁰⁵. Le risque qui s'attache au contrôle de nécessité est de dériver en « contrôle d'opportunité » qui implique non seulement de déterminer la valeur sociale mais aussi le bien-fondé juridique protégé par une incrimination, mais également de savoir si l'atteinte à cette valeur est suffisamment grave pour légitimer la répression⁸⁰⁶.

b. La légitimité de la répression

462. L'article 421-2-5-2 du Code pénal n'a pas échappé à la justice constitutionnelle.

Le dispositif qui découle de cet article a été déclaré inconstitutionnel par la décision n° 2016-

⁸⁰³ LEPAGE (A.), « Délit de consultation habituelle de sites terroristes », Paris, *Comm. Com. Électr.*, avril 2017, pp. 35-37.

⁸⁰⁴ CARBONNIER (J.), *Sociologie juridique*, Paris, Armand Colin, coll. U, 1972, p.130, cité par Y. Mayaud, *Droit pénal général*, Paris, PUF, 5^{ème} édition, n°33, qui écrit par ailleurs que « l'incrimination débute par une volonté de prévention ».

⁸⁰⁵ *Ibidem*. Considérant n° 9, Cons. const. n° 2016-611 QPC du 10 février 2017, *Délit de consultation habituelle de sites terroristes*.

⁸⁰⁶ ROUSSEAU (F.), « Le principe de nécessité. Aux frontières du droit de punir », Paris, *Rev. Sc. Crim.* 2015, p. 257 et s.

611⁸⁰⁷. La répression doit, de fait, être constitutionnelle pour pouvoir être appliquée, et même en période d'état d'urgence. Aucune exception constitutionnelle n'est en effet prévue en cas d'état d'urgence. On a pu analyser la communication comme un réel droit à protéger en toute situation. La décision du Conseil constitutionnel réaffirme la frontière entre le constitutionnel de l'inconstitutionnel, du juste et de l'injuste. Il s'agit d'une réaffirmation de la confiance que les citoyens peuvent avoir dans la justice constitutionnelle, notamment concernant la nouveauté du contexte numérique. Le numérique nécessite une évolution de l'encadrement des moyens susceptibles d'être mis en œuvre par les forces de l'ordre qui vont de la fermeture ou du blocage de site internet à l'interception et la consultation des communications orales et écrites, mais ces pratiques doivent garantir les droits fondamentaux. L'exigence démocratique mérite d'être protégée en faisant du numérique un moyen de communication sans risque.

2) Une différence de traitement en Europe

463. Une incrimination unique en Europe. Les sanctions pour la consultation habituelle de sites internet risquaient de porter atteinte à la liberté de communication et d'opinion. La sanction n'a pas été jugée constitutionnelle conforme car pour être valide il faut qu'elle soit nécessaire et proportionnée. Cette loi se confrontait, une nouvelle fois, à l'avis négatif du Conseil d'État de 2012 qui estimait non conforme la possibilité de « menacer de prison des individus qui n'auraient commis ou tenté de commettre aucun acte pouvant laisser présumer qu'ils auraient cédé à cette incitation ou seraient susceptibles d'y céder ». Pour le Conseil d'État, il s'agissait d'une incrimination unique en Europe qui permettait : « d'appliquer des sanctions pénales, y compris privatives de liberté, à raison de la seule consultation de messages incitant au terrorisme, alors même que la personne concernée n'aurait commis ou tenté de commettre aucun acte pouvant laisser présumer qu'elle aurait cédé à cette incitation ou serait susceptible d'y céder »⁸⁰⁸.

464. L'inégalité de traitement avec la presse écrite. Il faut ajouter que la loi prévoyait qu'une personne qui prend connaissance de contenus de même type à travers la presse, la

⁸⁰⁷ Cons. const. n° 2016-611 QPC du 10 février 2017, *Délit de consultation habituelle de sites terroristes*.

⁸⁰⁸ Compte rendu de l'activité du Conseil d'État, rapport d'activité 2013, Sélection d'affaires marquantes de l'année, Prévention et lutte contre le terrorisme, Projet de loi relatif à la prévention et à la répression du terrorisme.

radio ou la télévision ne risquerait pas les mêmes peines. Cette différenciation pourrait être interprétée comme une atteinte au principe d'égalité. En effet, la répression ne concernait pas l'ensemble des communications, mais uniquement les communications au public en ligne. Le traitement discriminatoire en fonction du support est donc apparent. L'atteinte au principe d'égalité serait également constatée selon les citoyens. En effet, comme le souligne le journaliste Marc Rees : « un journaliste, un chercheur, un fonctionnaire de police ou un citoyen de bonne foi se révèle tout aussi susceptible de se radicaliser en voyant ces publications ou images »⁸⁰⁹. L'incrimination crée une présomption de culpabilité par la seule présence répétée d'une personne sur des adresses web déclarés comme incitant au terrorisme. Ceci malgré l'exception de bonne foi, il semble alors difficile de rapporter la preuve matérielle qu'une consultation habituelle a été faite par curiosité. « Se demander si l'incrimination portant atteinte à liberté d'expression et de communication est adaptée, consiste à s'interroger sur le point de savoir si elle permet bien d'atteindre l'objectif poursuivi, à savoir la lutte contre l'incitation et la provocation au terrorisme sur les services de communication au public en ligne. Ici encore, le Conseil constitutionnel a répondu par la négative⁸¹⁰.

B – La nécessaire répression de sites internet faisant l'apologie du terrorisme

465. La répression des communications potentiellement dangereuses. L'Office central de lutte contre la criminalité liée aux technologies de l'information et de la communication est le service de police qui a le droit de décider sans l'autorisation d'un magistrat la suppression d'un contenu ou la fermeture de tout un site faisant de l'apologie ou de la provocation au terrorisme⁸¹¹. L'article 706-2 du Code de procédure pénale dispose que cette demande doit être transmise à l'auteur du contenu ou à son hébergeur. Un tel blocage est demandé si un site reste actif 24 heures après la première demande de fermeture ou si la police n'a pas pu identifier l'auteur du site ou contacter son hébergeur. Cette demande est

⁸⁰⁹ REES (M.), « Le délit de consultation de sites terroristes à la porte du Conseil constitutionnel », nextinpact.com, 19/09/2016.

⁸¹⁰ CAPPELLO (A.), « L'abrogation du délit de consultation habituelle de sites terroristes par le Conseil constitutionnel », *Constitutions*, 2017, pp 91-93.

⁸¹¹ Article 706-23 du Code de procédure pénale.

adressée aux fournisseurs d'accès et on se situe alors en situation de blocage ou de fermeture administrative.

466. Le transfert de l'apologie du terrorisme de la liberté d'expression à la protection publique. L'apologie du terrorisme a quitté la matière du droit de la presse pour intégrer le Code pénal et le Code de procédure pénale, marquant la sortie de ce phénomène du champ de la liberté d'expression pour intégrer celui de la protection publique. Cette protection de la Nation contre les atteintes qui sont portées à sa sécurité, renforce l'ordre public de l'État en freinant le développement sans limites d'un ordre public protecteur des droits et libertés individuelles. Il apparaît ainsi qu'en matière d'ordre public, il s'est établi un équilibre instable, équilibre de notions, équilibre de droits, équilibre de valeurs protégés. Il revient au juge, gardien des droits et libertés individuelles le devoir d'assurer en fonction des circonstances, l'équilibre juste dans un contexte donné de l'évolution sociale grâce au levier qui lui fournit le contrôle de proportionnalité. Le Conseil constitutionnel, dans la décision du 10 février 2017 vient censurer le délit de consultation habituelle de sites internet terroristes parce que ces dispositions portaient une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression et de communication. Aujourd'hui le juge tient avec précaution entre ses mains la balance mouvante de la justice et tend à ne pas autoriser toute ambiguïté **(1)** notamment concernant les blocages des sites internet **(2)**.

1) Une notion ambiguë, l'apologie du terrorisme

467. Il n'y a pas de définition dans les dispositions législatives de l'apologie du terrorisme⁸¹². Le ministre de la Justice Jean-Jacques Urvoas avait publié une circulaire le 12 janvier 2015 qui précisait la notion d'apologie : « elle consiste à présenter ou commenter des actes de terrorisme en portant sur eux un jugement moral favorable »⁸¹³. Quant à la provocation, elle « doit être une incitation directe, non seulement par son esprit, mais également par ses termes, à commettre des faits matériellement déterminés ». Un acte de terrorisme serait celui effectué « intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ou collective » avec pour objectif « de troubler gravement l'ordre public par

⁸¹² Rapport annuel, Conseil constitutionnel, Paris, 2016.

⁸¹³ Circulaire politique pénale n° : CRIM-2916-06/E1/ 02.06.2016 Source site internet www.justice.gouv.fr

l'intimidation ou la terreur ». Cela concerne les atteintes volontaires à la vie et à l'intégrité de la personne, l'enlèvement et la séquestration ainsi que le détournement d'aéronefs, de navire ou de tout moyen de transport. Le blocage de sites internet faisant l'apologie du terrorisme était une des dispositions parmi les plus contestées de la loi anti-terrorisme de 2014⁸¹⁴. La possibilité donnée aux autorités de police d'ordonner, sans le contrôle du juge judiciaire, le blocage des sites internet, était très contestée. Dans un recours devant le Conseil d'État⁸¹⁵, les demandeurs contestaient le fait que l'État puisse communiquer aux fournisseurs d'accès à internet et aux moteurs de recherche une liste de sites à bloquer ou à déréférencer, sans qu'un magistrat administratif ou judiciaire ait confirmé antérieurement l'illégalité du site⁸¹⁶. Les demandeurs invoquaient le fait que la procédure était contraire à la liberté de communication, qu'elle portait une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression⁸¹⁷, et qu'elle était contraire au principe de la séparation des pouvoirs. Le recours contestait aussi le fait que les internautes qui allaient sur des sites bloqués étaient réorientés vers un site du ministère de l'Intérieur. Cette redirection permettait au ministère de l'Intérieur de connaître les adresses IP des internautes qui visitaient des sites présumés pédophiles ou terroristes, mais aussi d'espionner leurs correspondances. En effet, l'utilisation d'une redirection par *domain name system* peut avoir comme résultat que tout le trafic est réorienté, y compris celui destiné aux *servers* mails des sites bloqués. Le Conseil d'État a rejeté tous les arguments en se fondant notamment sur la Convention EDH

2) La validation des blocages des pages internet par le Conseil d'État

468. Pour le Conseil d'État, la Convention EDH n'impose pas que les mesures de blocage soient ordonnées par un magistrat. Le Conseil d'État énonce que : « si la disposition implique que le ministère de l'Intérieur sera nécessairement destinataire des données de connexion des internautes tentant d'accéder à un site bloqué, cette réorientation des internautes ne constitue qu'une modalité de mise en œuvre du dispositif de blocage prévu

⁸¹⁴ Loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme.

⁸¹⁵ Conseil d'État, 1 février 2016 - concernant le décret du 5 février 2015 sur le blocage de sites interne.

⁸¹⁶ Rapport Ambition Numérique, « Pour une politique française et européenne de la transition numérique », Conseil National du Numérique, Paris, 2015.

⁸¹⁷ Qui comprend aussi la liberté de recevoir des informations.

par la loi et n'implique pas une atteinte au secret des correspondances qui n'aurait pu être prévue par celle-ci »⁸¹⁸. Pour le Conseil d'État, ce n'est pas parce qu'une technique illégale est possible par le *modus operandi* choisi, qu'elle sera effectivement utilisée. En l'absence de preuve contraire, il n'y a ni interception des correspondances, ni conservation des adresses IP de qui cherche à visiter des sites bloqués. Le Conseil d'État estime qu'il « ne résulte pas des dispositions de la Convention EDH que les mesures de blocage et de déréférencement en cause ne puissent être ordonnées que par un juge ». Pour le juge européen, la loi et ses décrets d'application permettent un blocage « sans atteinte disproportionnée à la liberté d'expression », notamment parce qu'un recours est possible⁸¹⁹.

469. Des réelles questions sur l'efficacité des mesures de blocages. Un autre argument invoqué par les opposants à ce dispositif était l'inefficacité de la mesure, étant donné l'aisance avec laquelle une page web peut être clonée une fois qu'elle a été bloquée. On avait déjà observé le fait que dans le cas des sites pédopornographiques bloqués, de nouveaux sites similaires apparaissaient, avec de nouvelles adresses IP.

Chapitre second – L'utilisation de la sécurité publique pour la surveillance de masse

470. La sécurité publique est consubstantielle à l'État, c'est une des raisons premières de l'existence de l'État. En France elle est considérée comme un devoir de l'État qui est affirmé au niveau constitutionnel et législatif. L'article 2 de la Déclaration de 1789 dispose : « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression ». Et l'article L 111-1 du Code de la sécurité intérieure dispose que : « L'État a le devoir d'assurer la sécurité ». D'une part on retrouve dans la jurisprudence constitutionnelle l'idée que la sécurité⁸²⁰ constitue une mission de service public⁸²¹, en effet le Conseil constitutionnel rattache cette mission de service public à l'article 12 de la

⁸¹⁸ CE, 2^{ème}/ 7^{ème} SSR, 15/02/2016, 389140, Inédit au recueil Lebon.

⁸¹⁹ CHAMPEAU (G.), « Le Conseil d'État valide le blocage sans juge de sites Internet », 15 février 2016 numerama.com

⁸²⁰ Conférence « La sécurité en droit public », Aix en Provence, 3 - 4 mai 2016.

⁸²¹ Cons. const. n° 2011-625 DC du 10 mars 2011, *Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure*.

Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen⁸²². Et d'autre part on retrouve également dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel l'idée que la prévention des atteintes à la sécurité des personnes et des biens est une condition nécessaire à la sauvegarde de l'ensemble des droits et des principes de valeur constitutionnelle. Ce lien entre sécurité et État explique aussi que la sécurité soit perçue comme une condition de survie d'État. En effet, selon Thomas Hobbes : Un État dans lequel la sécurité n'est plus assurée ne serait plus un État⁸²³. Cela explique la tendance à la constitutionnalisation de pouvoirs d'exception, on donne à l'État la possibilité de recourir à des pouvoirs de crise pour lui permettre de se sauver lui-même.

471. Nombreuses sont les Constitutions dans lesquelles les pouvoirs de crise sont justifiés par les risques d'atteinte à la sécurité. En France les pouvoirs de crise sont constitutionnalisés, mais les articles 16 et 36 de la Constitution ne mentionnent pas la sécurité, et même le projet de loi constitutionnelle de *protection de la Nation* du 23 novembre 2015 n'intégrait pas cette notion de la sécurité pour justifier le recours à l'état d'urgence. Pendant la crise sanitaire liée au Coronavirus de 2020 ; l'importance des communications numériques a été soulignée à cause la période de confinement. On pourrait établir une distinction entre les pouvoirs de crise qui sont justifiés par la sécurité de l'État, (article 16 de la Constitution), et les pouvoirs de crise qui sont justifiés dans l'État, (article 36 de la Constitution). Ce lien entre sécurité et État se prolonge par le lien qui est établi entre sécurité et souveraineté. La sécurité est une prérogative régaliennne, c'est une des vraies caractéristiques de la souveraineté. On peut souligner l'impossibilité de transférer la sécurité au niveau *supra* national, sauf en cas de révision de la constitution, c'est en ce sens que c'est prononcé le Conseil constitutionnel à deux reprises : en 1991 lors de la ratification de l'Accord de Schengen⁸²⁴, où la suppression des contrôles aux frontières était dénoncée comme néfaste à la sauvegarde de l'ordre public, et donc comme étant un transfert de souveraineté incompatible avec la Constitution. Et puis la question s'est également posée

⁸²² Art. 12 Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen : « La garantie des droits de l'Homme et du Citoyen nécessite une force publique : cette force est donc instituée pour l'avantage de tous, et non pour l'utilité particulière de ceux auxquels elle est confiée ».

⁸²³ HOBBS (T.), *Léviathan*, Paris, Éditions Blaeu, 1668, p. 389.

⁸²⁴ Cons. const. n° 91-294 DC du 25 juillet 1991 - *Loi autorisant l'approbation de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes.*

lors du Traité établissant une constitution pour l'Europe, ce qui était contesté était la conformité à la Constitution de la clause générale de limitation des droits qui prévoit qu'on peut limiter des droits s'il y a un risque à des objectifs d'intérêt général reconnus par les pays de l'Union européenne. Le Conseil constitutionnel juge que ces objectifs d'intérêt général ne sont que des fonctions essentielles de l'État, « notamment celles qui ont pour objet assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public ou de sauvegarder la souveraineté nationale »⁸²⁵. Le Conseil constitutionnel en déduit que ni dans le contenu de ses articles, ni dans ses effets sur les conditions essentielles de l'exercice de la souveraineté nationale, le Traité établissant une constitution pour l'Europe ne nécessite de réviser la Constitution. Cette impossibilité de partager la sécurité se traduit au niveau national d'une part par l'exclusivité de la compétence étatique en la matière⁸²⁶ mais également par l'interdiction de privatisation de la sécurité. En droit constitutionnel, le mouvement de privatisation progressive de la sécurité ne doit pas être seulement analysé sous le prisme d'une analyse économique mais doit être interprété comme un signe de détachement de la sécurité par rapport à l'État. Ce détachement de l'État et de la sécurité se double d'une indétermination conceptuelle de la sécurité⁸²⁷.

472. La « désagrégation » de la notion de sécurité. En droit constitutionnel on sait qu'il existe une sorte de « désagrégation » de la notion de sécurité, on peut parler de la sécurité des personnes et des biens, de sécurité matérielle, de sécurité juridique, *quid* aujourd'hui de la sécurité sur internet. Dans cette perspective de la sécurité sur internet, on analysera l'impact de ces politiques d'urgence sur internet et sur les communications numériques en étudiant d'une part les critiques de l'utilisation de la surveillance de masse (**Section 1**), et d'autre part l'atténuation des garanties fournies aux citoyens quant à la protection de la sécurisation de l'accès à internet (**Section 2**).

⁸²⁵ Cons. const. n° 2007-567 DC du 20 décembre 2007, *Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne*.

⁸²⁶ C'est clairement affirmé par les articles 73 et 74 de la Constitution.

⁸²⁷ Le Conseil constitutionnel dans ses décisions n'a jamais défini ce qu'il entendait par ordre public.

Section 1 : Des critiques de l'utilisation de la surveillance de masse

473. La nécessité de s'adapter aux défis du temps. Après les nombreux attentats meurtriers en Europe le constat est accablant, ceux qui sont le plus touchés sont les civils. L'avenir semble donc être en faveur de l'instauration d'une plus forte protection de l'intérêt général et de la sécurité publique. Les forces de l'ordre qui avant les récents attentats terroristes étaient soumises à des fortes contraintes budgétaires, ont depuis retrouvé une sorte de légitimité tout en privilégiant la surveillance de masse qui en plus de son relatif coût réduit permet de contrôler une grande partie de la population. Un des risques majeurs pour l'État est de se retrouver contesté par la société civile dans ses méthodes de lutte contre les terroristes au regard des résultats⁸²⁸. L'observation des pratiques des forces de l'ordre montre que les institutions évoluent et qu'elles s'efforcent de répondre et de s'adapter aux défis du temps. À la suite de l'amplification de l'utilisation des dispositions issues de l'état d'urgence⁸²⁹, il a fallu veiller à que ces actes soient effectués uniquement contre le terrorisme afin, par exemple, de ne pas porter atteinte à la liberté d'expression et au droit à la vie privée (§ 1) notamment lorsqu'on est conscient que le Conseil constitutionnel peut décider le non-retour au *statu quo ex ante* à cause de conséquences trop dommageables pour la société (§ 2).

§ 1. L'atteinte aux droits fondamentaux par la surveillance de masse

474. La violation de la liberté d'expression et du droit à la vie privée. Un Gouvernement peu soucieux des grands principes démocratiques, pourrait, en l'état actuel des dispositions répressives, utiliser l'infraction « d'association de malfaiteurs terroristes » pour poursuivre des groupes sociaux, des syndicats, ou même des partis politiques. Les représentants du pouvoir politique et les forces de l'ordre bénéficient d'un grand nombre d'outils et d'une grande marge d'appréciation pour effectuer des surveillances de la façon qu'ils souhaitent. Malgré le fait que la surveillance des communications numériques soit le

⁸²⁸ GARCIN (P.), *Sécurité, insécurité*, Paris, Armand Colin, 2005, p.74.

⁸²⁹ L'état d'urgence autorise le préfet ou le ministre de l'Intérieur de : limiter ou interdire la circulation dans certains lieux, interdire certaines réunions publiques ou fermer provisoirement certains lieux publics, réquisitionner des personnes ou moyens privés, autoriser des perquisitions administratives, interdire de séjour certaines personnes, prononcer des assignations à résidence. État d'urgence et autres régimes d'exception Viepublique.fr

seul moyen d'obtenir ou de confirmer des informations relatives à des risques terroristes, il s'agit d'un potentiel glissement de la justice vers des politiques de surveillance de masse, ce qui inquiète les défenseurs des libertés notamment pendant les périodes d'état d'urgence. De plus, on est en présence de dispositions exorbitantes du droit commun ayant eu un impact limité dans la lutte contre le terrorisme (A). Par conséquent le Conseil constitutionnel est le rempart contre les surveillances arbitraires pour des raisons de sécurité publique (B).

A – L'impact limité des dispositions exorbitantes du droit commun dans la lutte contre le terrorisme

475. L'amélioration de la sécurité publique. Avec la décision du 19 février 2016 le Conseil constitutionnel avait déclaré inconstitutionnelle une disposition de la loi sur l'état d'urgence⁸³⁰ qui permettait aux forces de l'ordre de saisir toute information trouvée sur un ordinateur ou un *smartphone* au cours d'une perquisition sans autorisation judiciaire. Notons que la nouvelle loi 19 décembre 2016 réaffirme cette prérogative pour les forces de l'ordre mais pose des limites sur les informations pouvant être recueillies et impose l'autorisation par un tribunal administratif pour pouvoir les exploiter⁸³¹. En effet, la violation de l'espace privé d'une personne peut être grande, on peut alors se demander si les résultats de ces atteintes à la vie privée sont encourageants. La Commission d'enquête de l'Assemblée nationale relative aux moyens mis en œuvre par l'État pour lutter contre le terrorisme, a conclu le 5 juillet 2016 que l'état d'urgence avait eu un « impact limité » sur la sécurité⁸³². Le rapport de la Commission d'enquête a décrit les graves défaillances dans l'analyse des renseignements qui auraient pu prévenir les attaques. À la suite de l'attentat du 14 juillet 2016, la prolongation de l'état d'urgence et les nouvelles dispositions qui ont suivi ont été faites dans la précipitation. Les syndicats de la magistrature et de la police nationale ont souligné que les priorités devaient être le renfort des moyens humains et une meilleure coordination entre les services étatiques. Pour les syndicats ces renforts étaient plus

⁸³⁰ Loi n° 2015-1501 du 20 novembre 2015 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et renforçant l'efficacité de ses dispositions.

⁸³¹ Loi n° 2016-1767 du 19 décembre 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence.

⁸³² « France : prolongation de l'état d'urgence, menace pour les droits humains », [S. n.], Paris, 22 juillet 2016, <https://www.hrw.org/fr/news/2016/07/22/france-prolongation-de-letat-durgence-menace-pour-les-droits-humains>

importants que les dispositifs exorbitants de droit commun accordés aux services de l'État que constituent les dernières lois de surveillance de masse des communications numériques ou la durée prolongée de l'état d'urgence. L'état d'urgence est un régime provisoire d'exception (1) dans lequel on assiste à une accentuation des pouvoirs de l'autorité administrative (2)

1) Un régime provisoire d'exception

476. L'époque actuelle conduit à mettre à jour les méthodes permettant la protection de la sécurité publique : l'état d'urgence. Créé par la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 à la suite de la vague d'attentats perpétrés par le Front de Libération National algérien durant la Guerre d'Algérie, l'état d'urgence est un régime d'exception qui fait temporairement prévaloir l'urgence de rétablir la sécurité, gravement menacée, sur le régime de droit commun des libertés⁸³³. L'état d'urgence est déclaré par un décret du Président de la République délibéré en conseil des ministres « soit en cas de péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public, soit en cas d'évènements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique ». Il ne peut être prorogé au-delà de douze jours sans l'accord de la loi. Cet état d'urgence a été mis en place lors de la Guerre d'Algérie de 1958 à 1962 avant d'être oublié durant une trentaine d'années pour revenir en 1985 en Nouvelle Calédonie à la suite d'actes terroristes durant les manifestations indépendantistes, en 2005 en raison des émeutes dans les banlieues, puis, à la suite des attentats du 13 novembre à Paris, l'état d'urgence a été décrété puis prorogé à six reprises, jusqu'en novembre 2017, par le législateur. Le 31 octobre 2017 est finalement entrée en vigueur la loi du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme. Il s'agit en somme d'une mesure permettant d'assurer la sécurité des hommes, et plus précisément des citoyens présents sur le territoire français. La nécessité de la sécurité dans le droit commun (a) trouve une limite étatique dans la loi (b).

a. La nécessité de la sécurité dans le droit commun

⁸³³ VERPEAUX (M.), MONTALIVET (P.), ROBLOT-TROIZER (A.), VIDAL-NAQUET (A.), *Droit constitutionnel, Les grandes décisions de la jurisprudence*, Paris, PUF, 2011, p. 138.

477. Le droit commun exclut le droit d'exception, qui représente ce qui régit l'état d'exception, et qui est un droit mis en place par l'État, confronté à un état de crise exceptionnel qui déroge au droit commun puisqu'il ne peut maintenir son activité qu'en méconnaissance certaines règles légales appliquées habituellement. Ainsi, le droit commun est celui qui est appliqué en règle générale, celui qui régit de manière habituelle l'exercice de son activité par l'État. Il se rapproche par conséquent de la coutume, à ceci près qu'il est écrit. Il est celui qui est accepté par tous du fait de son caractère courant. Les citoyens ont appris à vivre avec lui et ainsi ne se posent plus de questions quant à son bien-fondé. Il est possible de citer par exemple toutes les règles légales des siècles précédents, prônant une distinction entre les droits des hommes et les droits des femmes, comme celui d'ouvrir un compte bancaire seul, de pouvoir exercer librement une activité professionnelle ou encore le droit de pouvoir disposer librement de son salaire. Ces règles légales n'étaient pas remises en question à l'époque de leur utilisation, ou bien seulement par une minorité de la population. Il est possible d'en faire de même avec l'état d'urgence. À force de prorogations de cet état depuis 2015, il est rentré dans l'inconscient collectif et s'y est ancré. Il est devenu un droit commun par l'utilisation répétée que le Gouvernement en a fait. Ainsi il est possible de dire que cet état d'urgence n'est un droit d'exception que de manière officielle, puisque de manière officieuse et de manière factuelle il est en fait présent dans notre quotidien depuis maintenant trois années. En ce sens, l'état d'urgence est déjà pleinement intégré dans notre droit commun. L'intégrer par la loi de renforcement de la sécurité intérieure et de la lutte contre le terrorisme constituerait donc même en un assouplissement du droit commun puisque plus flexible que la loi de 1955⁸³⁴. Il s'agit de trouver le juste équilibre, même en période d'état d'urgence, entre liberté et sécurité. La communication numérique peut certes être restreinte, mais elle doit bénéficier de garanties suffisantes notamment concernant la limitation temporelle, provisoire, de l'atteinte mise en place.

478. Le numérique nécessite un contrôle afin de prévenir des atteintes aux droits fondamentaux. L'état d'exception étant défini comme un droit mis en place par l'État, confronté à un état de crise exceptionnel qui déroge au droit commun puisqu'il ne peut maintenir son activité qu'en méconnaissance certaines règles légales, il pose le problème de l'état d'urgence comme un état d'exception. Il permet de remettre en question la définition

⁸³⁴ Loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence.

d'Agnès Roblot-Troizier qui le voit comme un « régime d'exception qui fait provisoirement prévaloir l'urgence de rétablir la sécurité, gravement menacée, sur le régime de droit commun des libertés ». En effet, cet état d'urgence ne méconnaît pas les règles légales ni le régime du droit commun : il est autorisé par une loi jugée constitutionnelle, la loi 55-385 du 3 avril 1955. Cet état d'urgence a pour fonction, selon cette définition citée précédemment, de rétablir la sécurité. Aussi, il n'est donc pas possible de se passer d'une telle règle tant que la sécurité n'est pas rétablie. Or, en France, la situation en 2019 au niveau du sentiment d'insécurité s'est dégradée. En effet, elle est classée au 55^{ème} rang mondial par le *Global Peace Index* (GPI) concernant le sentiment de sécurité ressenti par ses citoyens, ce rang ne cessant d'augmenter d'année en année considérant qu'elle était au 45^{ème} rang en 2015, et au 46^{ème} rang en 2016. L'inclusion de l'état d'urgence dans le droit commun ne constitue néanmoins pas une remise en cause de l'État de droit. C'est un système dans lequel l'arbitraire est évité par l'égalité entre tous les sujets de droit, qu'il s'agisse de personnes physiques ou morales.

479. La sécurité permet le développement de l'homme. Dans la *Théorie de la motivation humaine*, Abraham Maslow construit une représentation pyramidale des besoins humains en cinq niveaux⁸³⁵. A sa base, il place la faim, la soif, l'élimination, le sommeil, la respiration et la sexualité. Il place au deuxième échelon la sécurité. L'homme a en effet toujours cherché à réduire sa propre violence en créant des infrastructures sécurisantes qui lui permettent, comme présenté dans la théorie de Maslow, de vivre dans un environnement sans crise et sans anxiété, et en ceci la sécurité peut être considérée comme un progrès puisque c'est en évoluant sur cette pyramide que l'homme se construit⁸³⁶. La sécurité est capitale pour le développement de l'homme. Ainsi, selon cette même théorie, un homme qui a évolué dans un environnement non-sécurisé aura une tendance plus forte à se méfier des autres, à développer une anxiété malade et ainsi des réactions plus violentes vis-à-vis du monde extérieur. L'on peut donc considérer que c'est le rôle de l'État de contrôler la sécurité, puisque c'est sur lui que repose la société et qu'il s'agit d'un des besoins primaires de l'homme. Avec la loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme, l'État tente d'assurer la sécurité de la Nation, bouleversée par les récentes et répétées attaques terroristes depuis

⁸³⁵ MASLOW (A.), *Devenir le meilleur de soi-même*, Paris, Eyrolles, pp. 245-248.

⁸³⁶ NUTTIN (J.), *Théorie de la motivation humaine*, Paris, PUF, 1996, 384 p.

2015. Cette loi est cependant extrêmement controversée, que ce soit dans le milieu politique ou juridique. Ces clivages autour de cette loi et de l'état d'urgence en lui-même amènent la question de la sécurité et des libertés. On peut considérer qu'il y a un moment trop de sécurité et particulièrement celle provenant de cette loi entraîne paradoxalement des dérives au niveau de nos libertés.

b. Une limite au pouvoir étatique par la loi

480. Le principe de la légalité des délits et des peines, théorisé en 1764 par Cesare Beccaria, dans le livre *Des délits et des peines*, permet d'étudier la notion de sécurité juridique⁸³⁷. La sécurité juridique permet de connaître les peines que l'on encourt en commettant certains actes pénalement répréhensibles, et d'instaurer une limite au pouvoir étatique par la loi elle-même. Par conséquent, l'état d'urgence ne doit pas permettre à l'arbitraire de prendre le dessus sur la sécurité juridique et débrider le pouvoir étatique en rendant possibles des abus. Inclure l'état d'urgence sous la forme d'une loi, ici celle du renforcement de la sécurité intérieure et de la lutte contre le terrorisme, permet aux gouvernés de clairement connaître les lois auxquelles ils sont soumis. De plus, l'inclusion de cette loi dans le droit commun implique l'existence d'organes capables de contrôler son application, et le fait qu'elle soit remise en question par certains juristes au niveau de sa constitutionnalité montre que la hiérarchie des normes est respectée. Ainsi les trois critères qui forment l'État de droit et qui sont l'exigence de clarté des énoncés normatifs, en somme leur intelligibilité pour que les normes puissent être connues de tous, la présence d'organes veillant à la régularité dans l'application des normes et une hiérarchisation des normes qui corresponde à une hiérarchisation des valeurs de la société qui est régie par le système, sont réunis.

481. Le pouvoir politique au sein de l'État est défini comme l'autorité souveraine, et même un pouvoir décisionnel puisqu'il est celui qui régit le système en prenant des décisions le concernant. Il décide des politiques publiques et ses décisions peuvent changer d'un gouvernement à un autre. Ainsi, l'objectif de l'État est là : décider. Cependant on vit actuellement dans un pays libéral, or : le libéralisme est défini par le philosophe John Locke, comme une « doctrine politique visant à limiter les pouvoirs de l'État au regard des libertés

⁸³⁷ BECCARIA (C.), *Des délits et des peines*, Paris, Éd Flammarion, 2006, 187 p.

individuelles ». Ainsi le libéralisme doit trouver un équilibre entre le but premier de l'État et accorder plus de libertés aux individus. Certainement on peut faire un lien entre la baisse du sentiment de sécurité indiqué par le *Global Peace Indicator* et l'augmentation petit à petit des libertés. Il y a dans les débats publics actuels une contradiction entre le rejet de la domination politique et le besoin de cette même domination. L'État a toujours eu besoin d'exercer une domination politique afin de maintenir le système, la Nation en place, pour permettre la perdurance de l'État de droit. Ce dernier nécessite, comme démontré, d'être encadré par des structures dont l'état d'urgence fait partie. En ce sens, l'état d'urgence est une manière pour l'État de faire face à sa propre impuissance à l'époque du libéralisme qui s'est installé en nous faisant oublier que « la sécurité est la première des libertés »⁸³⁸.

482. La notion de terrorisme. La notion de terrorisme incite à se questionner sur le problème de la dissolution de l'état d'urgence dans le droit commun, elle provient du latin *terror* qui peut se traduire par « terreur ». Elle a été utilisée en premier lieu durant la Révolution française, et désignait autrefois la doctrine des partisans de la Terreur. Aujourd'hui elle désigne l'usage de la violence par une organisation pour atteindre ses objectifs. Actuellement, cet objectif est de faire pression sur l'État dans le cadre du Jihad par l'État Islamique. L'État, suivant cette définition, serait la cible des attaques terroristes, et donc sa population. Or, le rôle de l'État est de protéger ses citoyens. Ainsi, il doit prendre des mesures de protection, de sécurité, afin de se défendre. L'état d'urgence apparaît comme une réponse appropriée. Ce terrorisme étant devenu commun et habituel dans notre quotidien, il est donc compréhensible que le rôle sécuritaire de l'État envers les Français l'amène à avoir une réponse également quotidienne à ces actes en faisant rentrer l'état d'urgence d'une manière plus commune dans le droit.

2) L'accentuation des pouvoirs de l'autorité administrative avec le droit d'exception

483. Le droit d'exception est l'état d'urgence dans le droit commun. Cet état est caractérisé par une accentuation des pouvoirs de l'autorité administrative, principalement des pouvoirs de police, des restrictions de certaines libertés publiques ou individuelles pour des

⁸³⁸ Formule d'Alain Peyrefitte, ancien Garde des Sceaux, lors de l'examen du projet « Sécurité et Liberté ».

personnes considérées comme préjudiciables. Il s'agit à l'origine d'un état d'exception qui désigne une situation dans laquelle un État, en présence d'un péril grave, ne peut maintenir son activité qu'en méconnaissant les règles qui régissent normalement son système politique. Le dissoudre dans le droit commun signifierait donc modifier les règles juridiques applicables à toutes les situations. Cette loi concerne notamment les assignations individuelles, la fermeture de lieux de culte, la mise en place de périmètres de sécurité autour d'évènements susceptibles d'être la cible d'attaques terroristes, la perquisition à des fins de prévention du terrorisme, la radiation des fonctionnaires radicalisés, la vérification des données des passagers aériens et maritimes, ainsi que le contrôle aux frontières. L'état d'exception est une mesure nécessaire à l'État (a), dont l'objectif est le maintien de la sécurité (b).

a. L'exception dans le droit mesure nécessaire à l'État

484. Le numérique permet de nouvelles pratiques de renseignement pendant l'état d'urgence⁸³⁹. L'exception dans le droit commun est une possibilité indispensable à la sécurité. L'exception ne doit pas servir à protéger des intérêts particuliers ou des fins personnels. Un régime d'exception prévoit des mesures restrictives des libertés. Avoir recours à des mesures administratives et la prolongation de ces pratiques est une possibilité qui permet de déjouer de nombreux attentats. Les forces de renseignement permettent d'éviter des risques La loi sur le renforcement de la sécurité intérieure et de la lutte contre le terrorisme est une avancée dans l'État de droit. Le principal reproche qui pourrait être fait à la loi sur le renforcement de la sécurité intérieure et de la lutte contre le terrorisme est celui de méconnaître les principaux libertés et droits fondamentaux consacrés par la Déclaration de 1789. En effet, l'article 16 de cette Déclaration dispose que « toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution. ». Cependant, il est possible de constater que l'état d'urgence aide à la garantie des droits fondamentaux en ceci qu'il permet la libre circulation de ceux qui ne sont pas sous le coup d'une infraction pénale liée au terrorisme, puisqu'elle laisse les individus libres d'agir tant qu'ils ne commettent pas d'actions répréhensibles. Il a été reproché à cette loi le fait qu'elle remettait en cause la libre circulation des individus du fait de l'assignation à

⁸³⁹ CESONI (M.-L.), *Nouvelles pratiques de lutte contre le renseignement*, Paris, LGDJ, 2007, 354 p.

résidence. Or, cette assignation à résidence existait déjà avant la création de la loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme, et même avant l'état d'urgence⁸⁴⁰. Ce placement sous surveillance à résidence est même bien plus strict que la loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme puisque le périmètre des assignations à résidence s'étendra au minimum à la commune de la personne physique et au maximum au département de son lieu de résidence afin de lui permettre de conserver une vie familiale ainsi qu'une activité professionnelle. Et ceci ne concerne que les terroristes présumés. L'état d'urgence relève en effet d'une légalité extraordinaire qui se substitue provisoirement à une légalité ordinaire⁸⁴¹.

485. Droit à la vie privée et visites domiciliaires. Concernant le droit fondamental au respect de la vie privée consacré à l'article 8 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme ainsi qu'à l'article 9 du Code civil, les visites domiciliaires sont également soumises au contrôle du juge des libertés et de la détention et ne peuvent être effectuées sans son accord. En ceci l'on peut constater que le respect de la vie privée est primordial dans cette loi et que ce contrôle est effectué dans le but de prévenir les possibles abus du pouvoir exécutif. Le pouvoir judiciaire est un important moyen de défense des personnes physiques. Comme il n'est pas soumis au pouvoir exécutif, peu importent les lois qui passeront, son intérêt n'est pas politique et ainsi, même si le celui-ci se durcit, il pourra protéger les gouvernés et il restera le seul à pouvoir permettre une visite domiciliaire. Cette mesure répond à l'article 51 de la Convention d'application de l'accord de Schengen en étant plus adaptée que l'état d'urgence en lui-même, puisque les raisons qui poussent à la perquisition sont des motifs pénaux qui entraînent « une peine privative de liberté ou une mesure de sûreté ». Ainsi cela démontre que si l'état d'urgence doit être introduit dans le droit commun, il doit être adapté sous la forme proposée par la loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme. Il a de plus été dit que les citoyens, avec cette loi, étaient en devoir de déclarer leurs comptes sur des réseaux sociaux, s'ils en ont. Cependant cela n'est pas entièrement vrai dans le cadre des mesures individuelles de surveillance, uniquement la

⁸⁴⁰ Cette mesure résulte de l'article 132-26-1 du Code Pénal qui dispose que « lorsque la juridiction de jugement prononce une peine égale ou inférieure à deux ans d'emprisonnement, ou, pour une personne en état de récidive légale, une peine égale ou inférieure à un an, elle peut décider que la peine sera exécutée en tout ou partie sous le régime du placement sous surveillance électronique à l'égard du condamné » ainsi que de l'article 723-7 du Code de Procédure Pénale se référant à cet article.

⁸⁴¹ BEAUD (O.), GUERIN-BARGUES (C.), *L'état d'urgence : une étude constitutionnelle, historique et critique*, Issy-les-Moulineaux : Librairie générale de droit et de jurisprudence, Lextenso, 2018, p. 200.

personne physique surveillée doit fournir ses numéros de téléphone et identifiants dans le cadre de l'enquête comme prévu à l'article 4 de la loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme. Il y a également comme garantie de la protection des libertés des citoyens deux paramètres de contrôle parlementaire : une clause de revoyure des mesures de l'article 1 à l'article 4 de la loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme qui envisage leur étude en 2020 par le Parlement. Le second paramètre est l'examen chaque trimestre par le Parlement des dispositions de l'article 3 et de l'article 4 de la loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme. De plus, chacune des mesures pourra être contestée auprès du juge administratif.

b. L'objectif de maintien de la sécurité

486. La lutte contre le terrorisme. On observe une volonté du législateur d'éclairer l'esprit du texte de loi pour qu'il ne s'applique qu'à des fins de lutte contre le terrorisme puisqu'au commencement de chaque article, ce but est précisé. Par exemple, dans le premier article du chapitre premier, il est disposé « Art. L. 226-1. Afin d'assurer la sécurité d'un lieu ou d'un événement soumis à un risque d'actes de terrorisme à raison de sa nature et de l'ampleur de sa fréquentation, le représentant de l'État dans le département ou, à Paris, le préfet de police, peut instituer par arrêté motivé un périmètre de protection au sein duquel l'accès et la circulation des personnes sont réglementés. ». Ainsi, il y a là la volonté de prévenir les abus possibles qu'une telle loi pourrait engendrer en donnant les moyens à la justice d'interpréter en faveur de la protection des individus. Enfin, cela démontre que la séparation des pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire est maintenue, puisqu'il est laissé une liberté d'interprétation des textes par le législateur, et qu'il est obligatoire de saisir le juge des libertés et de la détention pour un certain nombre de mesure, notamment pour les visites domiciliaires. Par ailleurs, l'article 8 de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, l'un des plus critiqués en son principe puisqu'il dispose que « Le ministre de l'intérieur, pour l'ensemble du territoire où est institué l'état d'urgence, et le préfet, dans le département, peuvent ordonner la fermeture provisoire des salles de spectacles, débits de boissons et lieux de réunion de toute nature, en particulier des lieux de culte ». Cependant il est ajouté après ces propos que cela ne touche que ceux « au sein desquels sont tenus des propos constituant une provocation à la haine ou à la violence ou une provocation à la commission d'actes de terrorisme ou faisant l'apologie de tels actes ». Ainsi la question n'est plus celle de fermer des lieux de culte, mais pourrait être de savoir s'il est normal, ayant

connaissance de nos droits fondamentaux et des principes qui régissent notre République, de laisser prospérer des endroits au sein desquels des discours de haine ou de violence sont tenus. La liberté d'expression est un droit fondamental mais elle a des limites lorsque cela touche au respect de la liberté d'opinion, consacrée par la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, ou encore le droit à l'intégrité physique et morale disposé notamment à l'article 16-3 du Code civil. Cette loi ne va ainsi pas à l'encontre des textes constitutionnels ainsi que des lois qui régissent les droits fondamentaux.

487. Le choix de la sécurité. Carl Schmitt soutient dans son livre *Théologie politique* que le libéralisme constitue un effort pour « échapper à la décision ». Le libéralisme est en ce sens en opposition avec le pouvoir de l'État. Le libéralisme serait ainsi l'antithèse du choix. Pour lui, les libéraux ne choisissent donc pas entre deux thèses théologiques, fondées sur le savoir, mais de manière manichéenne et idéologique, entre le bien et le mal, la bonté et la méchanceté. C'est pour cela que le libéralisme ne peut prospérer que durant les périodes de calme et plus précisément de relative paix. Il n'est pas possible de voir le monde en deux couleurs lors de temps de guerre, il s'agit de tout prudemment nuancer et mesurer puisqu'il n'existe pas de bien, ni de mal, et qu'en temps de guerre il n'est pas possible de prendre uniquement des décisions pleines de bonté. Ainsi puisqu'ont été commis des « actes de guerres » par l'État Islamique, dénoncés par François Hollande en 2015, au lendemain des attentats, il n'est pas possible pour l'État de continuer à maintenir un libéralisme total, qui signifierait une totale liberté des individus, il lui faut prendre des mesures concernant la protection de notre sécurité.

488. « Ma liberté s'arrête où commence celle d'autrui ». Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État, affirmait que l'état d'urgence « ne peut être renouvelé indéfiniment » du fait de son régime dérogatoire. C'est pour cela qu'il est nécessaire de le faire entrer dans le droit commun sous l'égide de la loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme. Cette loi, du fait d'avoir été pensée non comme un droit d'exception mais un droit commun, est bien plus adaptée que le fait de proroger tous les six mois l'état d'urgence. Elle est plus stable, et ses conséquences sont plus certaines que celles de ce dernier. Elle a pour but de mieux se protéger de la menace terroriste en créant dans le droit commun une situation permanente de sécurité. Dans cette loi il est en effet nécessaire de sécuriser des lieux ou des événements étant le théâtre de troubles à l'ordre public, étant liés au terrorisme. Il ne peut y avoir de liberté d'aller et venir pour les individus, non pas que

cet empêchement au droit d'aller et venir provienne de l'État, mais plutôt lorsque cette liberté, accordée trop amplement à des personnes dangereuses et ayant pour intention de nuire, prive les tiers de leur liberté. Ainsi, le fameux adage provenant de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen « Ma liberté s'arrête où commence celle d'autrui », n'est que trop vrai. Lorsque des individus décident que leurs libertés n'ont pas de frontière, celles des autres en pâtit.

489. Les chiffres démontrent l'efficacité de l'état d'urgence. En effet, sur une période du 13 novembre 2015 au 30 juin 2017, selon des chiffres signifiés au Sénat, ainsi qu'à l'Assemblée Nationale à partir des copies d'actes transmis à la Commission des Lois par le ministère de l'Intérieur, il y a en tout 62 personnes assignées à résidence pour des faits de terrorisme, sur quelques 4500 perquisitions il y a au moins 749 armes saisies, 552 infractions constatées, 418 personnes interpellées, et 363 personnes mises en garde à vue⁸⁴². Selon ces mêmes chiffres, 52% des perquisitions ont concerné des personnes figurant déjà au fichier de traitement des signalements de la prévention et de la radicalisation à caractère terroriste. Cela démontre que ces fichiers sont justifiés, puisqu'ils entraînent des perquisitions qui elles-mêmes entraînent la saisie d'armes, dont des armes de guerre, et des interpellations. Cet état d'urgence n'est donc pas une mesure inutile, il permet des actions et des sanctions que le droit commun n'aurait pas permis. Cela permet donc un moyen d'agir plus efficace que le droit commun, et ainsi permet une plus grande sécurité, et une protection certaine contre le terrorisme. Cela permet également d'aller plus vite pour déjouer les attentats puisque le Ministre de l'Intérieur Gérard Collomb a donné le chiffre de 32 attentats déjoués depuis 2015, autrement dit, environ 4 fois plus que le nombre d'attentats perpétrés, et donc 4 fois plus de vies sauvées, si ça n'est plus. Cependant, les individus ont une forte tendance à se méfier de l'état d'urgence. Dans l'imaginaire collectif et notamment au vu de comme il est présenté dans les médias, on confond souvent l'état d'urgence avec l'état de siège, un autre état d'exception disposé à l'Article 36 de la Constitution du 4 octobre 1958. Dans celui-ci les compétences des autorités civiles sont transférées aux autorités militaires, les forces de police sont remplacées par l'armée et il y a une surveillance accrue de la population dans le cadre d'un péril imminent pour l'État. De plus, cela ne concerne que les états de guerre ouverte. C'est donc en ceci que l'état d'urgence diffère de l'état de siège puisqu'il n'y a pas

⁸⁴² https://wiki.laquadrature.net/%C3%89tat_urgence/Recensement

de transfert de compétences aux autorités militaires, les juridictions civiles demeurent ainsi que la police plutôt que l'armée, et il n'y a pas non plus de surveillance accrue de la population. On ne court pas le risque d'être surveillé à chacun de nos mouvements comme dans un roman de George Orwell car cette loi est réduite à la lutte contre le terrorisme et non un moyen de créer un État-police qui surveillerait ses citoyens sans raison valables, s'opposant à l'État de droit.

490. Le monde n'est pas une donnée immobile et immuable. Il est changeant et les menaces qui le touchent aussi. Francis Fukuyama, avec son essai *La Fin de l'histoire et le Dernier Homme*⁸⁴³ en 1992, au moment de la clôture de la Guerre Froide, avait espoir d'un monde où il n'y aurait plus d'histoire à proprement parler, puisque pour lui, les menaces qui avaient rythmé le XX^{ème} siècle avaient disparu, et ainsi les événements importants avec elles. Cependant, la suite lui donna malheureusement tort, puisque dès 2001 une nouvelle menace est apparue : la menace terroriste, symbolisée par les attaques du World Trade Center le 11 septembre. La menace a donc changé, puisqu'il ne s'agit plus d'un État qui attaque un autre État dans une guerre ouverte, à l'image du XX^{ème} siècle, mais d'une organisation qui attaque un État, en somme une guerre « fermée », sans vraiment avoir de connaissance d'opposant identifiable. Il y a donc quelque chose qui a changé dans le monde, et il s'agit de prendre des mesures pour contrer cette menace. L'État doit tendre vers le risque zéro pour protéger ses citoyens. Hobbes avait par ailleurs théorisé dans son *Léviathan* que les hommes ont un souhait commun : vivre en sécurité et pour cela construire un État qui leur permette de protéger leurs vies. On ne peut donc plus se contenter des lois du siècle dernier, les menaces sont plus pernicieuses, elles cherchent à s'attaquer directement à l'État, au cœur de celui-ci, en touchant non pas son armée mais ses citoyens, c'est une véritable guerre continue. Cependant, dans la situation actuelle où les terroristes cherchent précisément à réduire les libertés fondamentales, il peut sembler paradoxal qu'on les restreigne, sans privilégier d'autres voies moins coercitives.

491. La nécessité d'un cadre légal. Selon Michel Foucault dans *Sécurité, territoire, population*⁸⁴⁴, il y a une distinction à faire entre discipline et sécurité. En effet, il voit le

⁸⁴³ FUKUYAMA (F.), *La Fin de l'histoire et le Dernier Homme*, Paris, Éd. Flammarion, 1992, 450 p.

⁸⁴⁴ FOUCAULT (M.), *Sécurité, territoire, population*, Paris, Éditeur Le Seuil, 2004, 448 p.

pouvoir sécuritaire comme « un mode d'action qui n'agit pas directement et immédiatement sur les autres, mais qui agit sur leur action propre. ». Ainsi, la sécurité est vue par Michel Foucault comme l'État essayant d'aménager sa structure en fonction d'évènements imprévus qu'il va essayer de déterminer dans un cadre légal, « multivalent et transformable », comme avec la loi de renforcement de la sécurité intérieure et de la lutte contre le terrorisme qui essaye d'inscrire dans un cadre légal et déterminé les évènements aléatoires que sont les attentats terroristes, pour tenter de mieux protéger la population. Au contraire, il pense que la discipline « entoure les corps, les pénètre, les travaille, s'applique à leur surface ». Aussi, un État ne saurait créer des normes qu'en fonction d'évènements puisque dans ce cas-là, l'individu et son corps ne sont pas à l'origine absolue de l'action. En somme, nonobstant le fait qu'il n'y ait d'attentat terroriste, l'état d'urgence aurait tout de même été mis en place dans un État disciplinaire. On peut donc en conclure que d'après les concepts soulignés par Michel Foucault, l'état d'urgence dans le droit commun relève d'un État de sécurité et non disciplinaire, qui cherche uniquement la sécurité de sa population face aux menaces extérieures et imprévisibles. Michel Foucault dans *Sécurité, territoire, population* affirme que « la normalisation sécuritaire est le résultat d'un jeu entre les normalités. Dans la société de sécurité c'est le normal qui est premier et la norme qui s'en déduit ». On peut donc comprendre que les actes terroristes étant de plus en plus fréquents depuis 2015, ils peuvent être considérés comme le normal. Aussi, du point de vue de la sécurité, il est logique de construire une norme légale autour pour s'en protéger. Le normal précède la norme et c'est ce qui se déroule avec la création de la loi du 30 octobre 2017 relative au renforcement de la sécurité intérieure et de la lutte contre le terrorisme. Il semble primordial de refuser un élargissement progressif excessif et continu du pouvoir administratif⁸⁴⁵. En conséquence l'abandon du projet de la loi constitutionnelle *protection de la nation* a été unanimement félicité par les associations de défense des libertés fondamentales.

492. L'état d'urgence ne constitue pas un danger pour nos libertés à condition que les mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence soient prises dans le respect de la Loi

⁸⁴⁵ L'exercice de la liberté de la presse ne peut être qu'éventuellement « mis en difficulté » dans le cas de l'état d'urgence. Là encore il faut rechercher la conciliation, conciliation de la sécurité exigée dans le cas de l'état d'urgence avec la liberté d'expression de la presse et la liberté d'expression des journalistes. La loi de 1955 et sa modification intervenue en 2015, permet au Ministre de l'intérieur d'interrompre des services de communication en ligne, mais d'interrompre aussi toute une série d'activités de presse s'il y a des risques par rapport à l'ordre public.

constitutionnelle du 21 novembre 2016 et des droits fondamentaux. Le rôle du Conseil constitutionnel est alors primordial dans la protection et la garantie des droits fondamentaux. La lutte contre la menace djihadiste sur le territoire français risque de durer longtemps, il devient alors légitime de se demander si on doit accepter de vivre dans un état d'exception judiciaire quasi permanent. Le Gouvernement doit être capable de réagir par des dispositifs sécuritaires respectueux des libertés fondamentales, par un état de droit fort qui ne distribue pas, sans garanties, aux forces de l'ordre et aux institutions étatiques des pouvoirs normalement attribués uniquement à la justice.

B – Le Conseil constitutionnel rempart contre les surveillances arbitraires pour des raisons de sécurité publique

493. La violation de droits fondamentaux. La QPC est un progrès incontestable pour le juge et pour le citoyen dans l'objectif de la protection des droits fondamentaux constitutionnellement garantis. La QPC permet au Conseil constitutionnel non seulement de parfaire son contrôle, mais également de créer des protections constitutionnelles *a posteriori* lors de l'application *in concreto* de la loi. Le Conseil constitutionnel peut contrer le pouvoir parfois jugé arbitraire des autorités chargées d'appliquer la loi. De plus, certaines dispositions législatives ne se révèlent dangereuses, et éventuellement inconstitutionnelles, qu'après leur entrée en vigueur. Et elles peuvent notamment être susceptibles d'être une source de violation des droits fondamentaux constitutionnels. Dès lors le Conseil constitutionnel peut sanctionner le législateur pour le non-épuiement de sa compétence législative (1). Et afin de garantir les droits des citoyens, le juge des référés doit vérifier toute perquisition et surveillance administrative (2).

1) La sanction constitutionnelle pour non-épuiement de la compétence législative par le Parlement

494. Les garanties fondamentales pour l'exercice des libertés publiques. Le 23 juillet 2015 le Conseil constitutionnel a jugé que le parlement n'avait pas épuisé sa compétence législative concernant la loi relative au renseignement⁸⁴⁶. Le juge constitutionnel a considéré

⁸⁴⁶ Cons. const. n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015, *Loi relative au renseignement*.

que certaines dispositions de cette loi contrevenaient à l'article 34 de la Constitution : « le législateur n'ayant pas déterminé les règles conférant aux citoyens les garanties fondamentales pour l'exercice des libertés publiques ». Dans cette décision le Conseil constitutionnel n'a pas critiqué les choix retenus sur le fond par le parlement, en effet il n'a pas dit que ces choix contrevenaient aux droits fondamentaux, mais il a considéré que le législateur ne pouvait pas s'en remettre au gouvernement par décret en Conseil d'État le soin de préciser le régime de la collecte de renseignements concernant d'autres pays que la France. Pour le Conseil constitutionnel une attribution législative non précisée ou inconstitutionnellement définie par le législateur peut successivement devenir entre les mains des autorités chargées d'appliquer la loi une compétence susceptible d'être le point de départ de l'arbitraire. « L'épuisement de la compétence devient en soi une garantie contre l'arbitraire. L'épuisement de la compétence législative ne prouve pas la neutralisation du risque de l'arbitraire »⁸⁴⁷. Le Conseil constitutionnel effectue une distinction entre l'incompétence négative et la violation d'une liberté constitutionnelle. Son raisonnement part du postulat qui est celui de l'identification de la compétence législative à la protection d'un droit ou d'une liberté. *A fortiori* le Conseil constitutionnel persiste dans l'affirmation du principe de légalité comme élément de la sécurité juridique.

495. Pour prévenir l'arbitraire, le texte de loi doit être exhaustif. Le Conseil constitutionnel doit continuer à neutraliser la possibilité du pouvoir arbitraire des autorités chargées d'appliquer la loi. Son contrôle porte, non pas uniquement sur la conformité de la compétence législative, qui en soi n'est pas une garantie contre l'arbitraire, mais sur l'exhaustivité du texte de loi. Lors du contrôle *a priori* la distinction entre l'épuisement de la compétence législative et l'application de la disposition est peu apte à connaître la mise en pratique, elle a comme seul objet l'identification de l'exercice et la protection des droits. Précédemment à l'instauration de la procédure QPC le juge constitutionnel ne pouvait que difficilement prévoir *in abstracto* l'usage que les autorités chargées d'appliquer la loi allaient faire de celle-ci. Depuis la réforme constitutionnelle de 2008 le Conseil constitutionnel contrôle les nouvelles compétences attribuées en matière de lutte contre le terrorisme. Le passage d'une société pouvant pratiquer des écoutes judiciaires afin de lutter contre le crime,

⁸⁴⁷ RRAPI (P.), (Lauréate du prix Louis FAVOREU) « L'incompétence négative » dans la QPC : de la double négation à la double incompréhension », Paris, *Les Nouv. Cahiers du Cons. const.*, Déc. n° 34 - janvier 2012, p. 40.

à celle des écoutes administratives étatiques pour éviter toute menace terroriste est, dans une société démocratique, un mouvement dangereux car susceptible d'être arbitraire, car la notion d'activité terroriste est très large et adaptable à de nombreuses situations. Depuis la décision du Conseil constitutionnel du 23 septembre 2016 le magistrat administratif a un rôle important dans le cadre de l'état d'urgence car c'est lui qui doit statuer sur toutes les demandes préalables des perquisitions et des surveillances effectuées par les forces de l'ordre. Il doit déterminer et juger de la nécessité du dispositif par l'examen des motifs de la mise en œuvre des mesures de l'état d'urgence. Le magistrat administratif devient un « filtre » de la mise en place de l'état d'urgence. Certains dispositifs peuvent porter atteinte aux droits fondamentaux constitutionnels, mais ceux-ci doivent être motivés et proportionnés avec l'objectif à atteindre. Les actes intrusifs doivent être motivés auprès du magistrat administratif qui vérifie la mise en place de l'état d'urgence par la vérification des éléments prouvant la nécessité de prévenir le trouble à l'ordre public.

2) Le contrôle du juge des référés

496. La loi du 21 juillet 2016 prorogeant l'application de la loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et « portant mesures de renforcement de la lutte antiterroriste », a défini le cadre légal des perquisitions effectuées sous le régime de l'état d'urgence. Cette loi a octroyé une nouvelle compétence aux juges des référés de la juridiction administrative⁸⁴⁸. Dès lors, les juges des référés sont compétents pour autoriser l'exploitation des éléments informatiques saisis lors des perquisitions effectuées dans le cadre de l'état d'urgence. La demande d'autorisation obligatoire et préalable à l'exploitation des données doit être déposée par le préfet de département, dès la fin de la perquisition. Si le magistrat des référés refuse cette autorisation, les données copiées sont détruites et les supports saisis doivent être en principe restitués à leur propriétaire. Cependant lorsque cette autorisation n'est pas accordée en première instance, l'autorité administrative peut interjeter appel de la décision auprès du juge des référés du Conseil d'État sous 48 heures. Les données et les appareils numériques saisis sont conservés, et le juge des référés du Conseil d'État doit statuer dans un délai de 48 heures. La magistrature et la justice ont un important rôle contre les surveillances arbitraires étatiques, dans la protection des libertés fondamentales et dans la

⁸⁴⁸ Loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et portant mesures de renforcement de la lutte antiterroriste.

lutte contre l'insécurité et le terrorisme. C'est elle, la justice qui décide d'appliquer la loi et donc de poursuivre des auteurs d'infractions. Dès lors, le magistrat doit, lorsqu'il décide de porter atteinte à des droits fondamentaux justifier le motif de ses actes.

§ 2. La justification de l'atteinte aux droits fondamentaux

497. La sécurité, la santé publique, l'environnement. Tout ce qui relève de la protection de l'intérêt général permet lors d'un contrôle de proportionnalité de justifier une atteinte à des droits fondamentaux. C'est en utilisant cette méthode que le Conseil constitutionnel a concilié l'ensemble des droits fondamentaux constitutionnels entre eux et par rapport à l'intérêt général. *A contrario*, le Conseil constitutionnel a censuré la loi contre le terrorisme en 2017, elle ne garantissait pas suffisamment les droits fondamentaux. La justice constitutionnelle semble donc proportionnellement équilibrée en matière de protection des droits fondamentaux. Mais la justification de l'atteinte pour des motifs de sécurité posera toujours plus de questions techniques au Conseil constitutionnel lors des contrôles de constitutionnalité et de proportionnalité des lois touchant à certains droits fondamentaux au motif de la lutte contre le terrorisme ou à la restriction des libertés pour l'état d'urgence sanitaire lié au Covid-19.

498. Les trois critères de contrôle de constitutionnalité. On constate que le Conseil constitutionnel exige pour les lois relatives aux surveillances des communications numériques des garanties spécifiques par des autorités indépendantes. La décision du 10 février 2017 confirme l'utilisation de trois critères de contrôle de constitutionnalité⁸⁴⁹, notamment qu'une loi encadrant la liberté de communication doit respecter la nécessité, la proportionnalité et l'adaptation des incriminations⁸⁵⁰. Toute surveillance ne doit pas être arbitraire, le fait d'une seule personne et elle ne doit pas être dépourvue de réels motifs d'intérêt général. Notons que la notion d'intérêt général, permet une grande interprétation par le pouvoir en place, pouvant donc porter atteinte aux libertés individuelles et collectives. En effet, la notion d'intérêt général pourrait, ne pas être seulement utilisée pour faire respecter la sécurité publique et l'ordre public (A) notamment lorsqu'aucune autorité

⁸⁴⁹ Le Conseil constitutionnel avait déjà détaillé ces trois critères de nécessité, de proportionnalité et d'adaptabilité dans la décision *Hadopi*. Cons. const. n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, *Hadopi 1*.

⁸⁵⁰ Cons. const. n° 2016-611 QPC du 10 février 2017, *Délit de consultation habituelle de sites terroristes*.

judiciaire n'est législativement prévue pour encadrer les surveillances administratives des communications (B).

A – Le maintien de la sécurité publique et de l'ordre public

499. La sauvegarde de l'ordre public. L'article 10 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen fait référence à l'ordre public : « Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi ». Dans la jurisprudence constitutionnelle la notion d'ordre public inclut la sécurité des personnes et des biens, la protection des personnes, et parfois mais pas systématiquement, la lutte contre la fraude et la recherche des auteurs d'infractions⁸⁵¹. On pourrait faire le parallèle avec le droit administratif, la « trilogie » : sécurité, tranquillité, salubrité. Néanmoins on sait qu'en droit administratif cette notion d'ordre public est elle-même extensible notamment pour le respect des exigences minimales de la vie en société⁸⁵². En droit constitutionnel la notion de sécurité publique revêt un statut « hésitant », le Conseil constitutionnel a commencé par juger que la sécurité des personnes et des biens est un principe à valeur constitutionnelle⁸⁵³, ensuite il a affirmé que la sécurité publique est un objectif de valeur constitutionnelle⁸⁵⁴ et parfois il juge que la sécurité est une exigence de valeur constitutionnelle. La qualification qui semble s'imposer en l'occurrence est « objectif de valeur constitutionnelle » car la doctrine définit l'objectif de valeur constitutionnelle comme un but assigné par la Constitution au législateur pour rendre plus effectifs des droits et des principes de valeur constitutionnelle. Ce principe se double d'une compétence exclusive du législateur pour assurer la conciliation de l'objectif de valeur constitutionnelle et l'exercice des droits et des libertés. Dans cette approche, la qualification d'objectif de valeur constitutionnelle est assez rassurante car la sécurité c'est ce qui permet de garantir et de renforcer les autres droits.

⁸⁵¹ Cons. const.. n° 2013-679 DC du 4 décembre 2013, *Loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière*.

⁸⁵² Cons. const.. n° 2010-613 DC du 7 octobre 2010, *Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*

⁸⁵³ Cons. const.. n° 80-127 DC du 20 janvier 1981, cons. 62 ; n° 2008-562 DC du 21 février 2008, cons. 13.

⁸⁵⁴ Cons. const.. n° 82-141 DC du 27 juillet 1982, et Cons. const., n° 85-187 DC du 25 janvier 1985. In NATOLI (F.) « Sécurité et ordre public deux notions à relation variable », *RDH*, novembre 2017, pp. 5-7.

500. Internet est devenu un moyen essentiel au maintien de l'ordre et de la sécurité.

Outre-Atlantique les smartphones deviennent des sortes de « vigies » de l'ordre par exemple par l'utilisation d'*Android* les habitants de Boston et de New York peuvent photographier des anomalies observées sur la voie publique et prévenir les services municipaux de police au point que la sécurité publique ne puisse plus être détachée de la sécurité numérique. Le recours à la sécurité publique permet quasi systématiquement de valider des lois sécuritaires (1), en effet, la sécurité est la première des libertés (2).

1) Le motif : une impérieuse nécessité**501. La notion de sécurité remplit une fonction de limitation des autres droits et libertés.**

Limitation qui se fait sous le contrôle du juge constitutionnel, il s'agit d'un contrôle qui est restreint, c'est-à-dire que le juge constitutionnel vérifie qu'il n'y a pas d'atteinte manifestement déséquilibrée entre les droits et libertés et la sécurité des personnes et des biens. Quand on analyse la jurisprudence constitutionnelle, on s'aperçoit que la référence à la sécurité remplit, au-delà de cette fonction de limitation, « une fonction de validation quasi systématique ». En effet, le recours à la sécurité permet, dès lors que la finalité poursuivie par le législateur est vérifiée par le Conseil constitutionnel, de valider quasi systématiquement toutes les lois qui se voient justifiées par cette impérieuse nécessité.

502. La conciliation entre deux exigences antinomiques.

En effet, selon Pauline Gervier : « le champ de protection et de limitation constitutionnelle des droits et libertés est délicat à identifier ». Ce constat se vérifie dans le cas de la France, où la Constitution ne contient pas de catalogue précis de droits fondamentaux et, plus généralement, dans les cas où est posé un principe de « liste ouverte » des droits fondamentaux »⁸⁵⁵. Dans ces hypothèses il revient au juge constitutionnel de définir les contours des droits garantis, notamment en rapport avec les limites des droits d'autrui et l'ordre public. Cette tâche est d'autant plus périlleuse lorsque l'examen porte sur la conciliation entre deux exigences antinomiques, c'est à cette occasion que le juge approfondit le contrôle du contenu des

⁸⁵⁵ GERVIER (P.), *La limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public*, Paris, Lextenso éditions, 2014, p. 467.

droits⁸⁵⁶. Pour Constance Grewe, cette démarche consiste, à partir du texte de proclamation et de l'engagement législatif, à délimiter le champ d'application *ratione materiae* à déterminer ce qui relève du droit fondamental. Il s'agit ainsi de se demander dans quelle mesure le contrôle de constitutionnalité des mesures relatives aux exigences de l'ordre public engendre une redéfinition du champ de protection constitutionnelle des droits fondamentaux⁸⁵⁷.

2) La sécurité : un droit fondamental

503. La sécurité permet un meilleur exercice des libertés. On peut se demander s'il faut faire de la sécurité une exigence à protéger en-soi ou un véritable droit fondamental constitutionnel. La tendance qu'on a constatée est celle de faire de la sécurité un droit subjectif : « un droit à », un droit qui serait consacré au niveau constitutionnel. Il y a des formules qui sont célèbres, notamment celle énoncée par le garde de Sceaux Alain Peyrefitte en 1980 : « La sécurité est la première des libertés ». Cette formule s'est affirmée dans le discours politique et dispose d'une traduction législative reprise à l'article L 111-1 du Code de sécurité intérieure. On s'aperçoit que la tentation est vive de trouver à la sécurité un fondement constitutionnel. On pourrait imaginer que l'article 2 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, à travers la sûreté constitue le fondement juridique au droit à la sécurité⁸⁵⁸. On pourrait rattacher ce droit à la sécurité à d'autres principes constitutionnels, par exemple au principe de dignité de la personne humaine ou au principe de la protection de la santé ou à la liberté d'aller et venir. On pourrait même être tentés de rattacher ce droit à la sécurité à la garantie des droits. Cette garantie des droits est inscrite dans l'article 16 de la Déclaration de 1789⁸⁵⁹, elle constitue le fondement de la sécurité juridique et elle est visée également par l'article 12 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen sur la force publique. La volonté de faire du droit à la sécurité un droit fondamental est une tentation qui

⁸⁵⁶ RIVERO (J.), « Rapport de synthèse », in FAVOREU (L.), *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Economica, 1982, Aix-Marseille, pp. 517-529.

⁸⁵⁷ GREWE (C.) in GERVIER (P.), *La limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public*, Lextenso éditions, 2014, pp. 314-316.

⁸⁵⁸ Article 2 de la Déclaration de 1789 : « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression ».

⁸⁵⁹ Article 16 de la Déclaration de 1789 : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ».

pour le moment embut à la jurisprudence du juge administratif. Dans un référé-liberté de 2001 le Conseil d'État refuse de voir dans le droit à la sécurité une liberté fondamentale au sens du référé-liberté. Cette position est également celle du juge constitutionnel qui a refusé dans une QPC de faire de la sécurité, un droit ou une liberté au sens que la constitution garantit à l'article 61-1⁸⁶⁰. On peut se demander quels seraient les apports si on effectuait un raisonnement en « droit à la sécurité ». En termes d'obligations notamment ce droit à la sécurité serait un droit subjectif qui serait susceptible d'être revendiqué par les individus, et pour le bénéficiaire créerait une permission à laquelle répondent des obligations correspondantes de la part des destinataires. La reconnaissance d'un droit à la sécurité conduirait à des obligations négatives, de ne pas faire, pesant sur les pouvoirs publics et cela permettrait de contrôler les ingérences de l'État dans l'exercice de ce droit à la sécurité. La deuxième facette qu'on trouve ce sont des obligations positives, la sécurité serait reconnue comme une créance qui serait exigible envers les pouvoirs publics. Dans cette logique on pourrait se poser la question de savoir si le droit à la sécurité aurait un effet vertical dans les relations entre particulier et État, ou pourrait également avoir un effet horizontal, c'est-à-dire concernant les relations entre particuliers.

B – L'encadrement de la surveillance par l'autorité judiciaire

504. La surveillance est légitime lorsqu'elle est encadrée par l'autorité judiciaire. La surveillance de masse pourrait être analysée comme une « présomption de culpabilité généralisée », et elle priverait tous les citoyens des droits fondamentaux constitutionnels. Le droit numérique devrait inclure de nouvelles garanties afin de rendre les NTIC plus sûrs et difficilement accessibles par les institutions étatiques, sauf en cas de motifs légitimes et justifiés. Pour être autorisée, le contrôle des communications doit bénéficier d'une autorisation judiciaire préalable (1) pouvant donner accès à la consultation des smartphones personnels (2).

1) La nécessité d'une autorisation judiciaire préalable

⁸⁶⁰ Conférence « La sécurité en droit public », Ariane VIDAL-NAQUET, Aix en Provence, 3-4 mai 2016.

L'autorisation judiciaire préalable. Cette autorisation est donnée seulement quand il est impossible de détecter une activité criminelle ou terroriste par l'intermédiaire de moyens moins intrusifs. Pour que le contrôle soit appliqué, les textes légaux exigent qu'il permette de continuer une enquête sur un crime ou un délit très grave. En plus de ces formes de contrôle légal, pour différents intérêts ou stratégies, peuvent se produire des contrôles illégaux, faits par des *hackers*⁸⁶¹, ou par des personnes non autorisées privées ou publiques. Les *hackers* sont très dangereux car il s'agit souvent de personnes très qualifiées ou expérimentées qui réussissent à dépasser les systèmes de protection, à obtenir des informations et ensuite à demander des rançons ou à dévoiler des secrets personnels ou professionnels. En principe, il y a violation du secret de la correspondance lorsqu'une tierce personne prend connaissance, sans le consentement préalable de l'émetteur, d'une correspondance privée. Dans ce cas il faudra distinguer si la tierce personne a commis cet acte dans un intérêt personnel ou pour des fins d'intérêt général. Le nécessaire maintien de l'ordre public et la protection de la sécurité publique peuvent justifier l'atteinte à ce droit et la violation des secrets contenus dans un smartphone aux États-Unis et donc conduire à déverrouiller ce dernier. On verra qu'au vu de la nouveauté des NTIC, certaines pratiques, ne sont pas encore encadrées et protégées par les droits fondamentaux français.

2) L'accessibilité aux smartphones

505. Plusieurs nouvelles questions juridiques se posent sur l'accessibilité des smartphones par les autorités publiques pour des raisons d'intérêt général. Des interrogations spécifiques concernent les technologies *Touch ID* et *Finger Scanner* proposées respectivement par les fabricants Apple et Samsung sur leurs nouveaux modèles de *smartphones*. Aux États-Unis, une juridiction peut par exemple exiger d'un propriétaire d'un iPhone protégé par le système *Touch Id* de poser son doigt sur le bouton d'accueil doté d'un lecteur d'empreinte digitale afin de le déverrouiller et de rendre accessible sa

⁸⁶¹ Les *hackers* sont généralement (et vulgairement appelés) pirates du web. Ils commettent essentiellement des intrusions illégales dans d'autres systèmes informatiques afin d'en tirer un bénéfice.

consultation par les autorités⁸⁶². Aux États-Unis cette décision doit être obtenue dans le cadre d'un mandat de perquisition, ce mandat permet aux forces de l'ordre en charge d'une enquête d'accéder à un iPhone qui pourrait contenir des informations importantes pour la suite de l'enquête. Un exemple récent est lié à l'iPhone de l'un des terroristes et poseur de bombes à Boston le 15 avril 2013. La société Apple, malgré la gravité des faits, avait refusé de débloquer le smartphone du terroriste mais cette technologie biométrique n'est pas couverte par le 5^{ème} amendement de la Constitution américaine. Cela a comme conséquence que les forces de l'ordre peuvent obliger un individu à poser son doigt sur le lecteur *Touch ID* pour déverrouiller son propre iPhone lors d'une enquête, alors qu'ils n'ont pas le droit de forcer ce même individu à utiliser son mot de passe, qui, lui, est protégé par la Constitution américaine.

506. L'accès au smartphone d'une personne a plusieurs conséquences sur sa vie privée. Ainsi, ici encore, les droits fondamentaux intéressant le numérique bénéficieraient une mise à jour. En France, au regard de la loi du 6 janvier 1978 modifiée par la loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel du 6 août 2004, le citoyen doit pouvoir contrôler ses données d'identification. La gravité des faits peut justifier l'atteinte aux droits fondamentaux. Le déverrouillage des smartphones et les manipulations à des fins sécuritaires sont effectuées uniquement si l'enquête est susceptible d'évoluer vers une mise en examen pour des faits très graves ou terroristes. Le fait de forcer une personne en garde-à-vue à utiliser une partie de son corps, en l'espèce une empreinte digitale pour débloquer un appareil numérique, n'est pas un acte anodin, et il pourrait même être interprété comme une agression physique. L'individu à travers le déverrouillage authentifie un contenu ou des informations dont il est le seul à avoir accès. De plus ces informations pourraient être utilisées contre lui. Les spécialistes des forces de l'ordre des NTIC, peuvent (avec des logiciels spécifiques) et sans l'autorisation de la personne concernée s'introduire dans les données d'un smartphone, tel un iPhone verrouillé par *Touch ID*. L'utilisation de ces preuves risqueraient d'être jugées irrecevables lors d'un procès. Ce constat montre les dérives possibles que les institutions étatiques peuvent commettre. Dès lors certaines professions, comme les avocats et les journalistes devraient

⁸⁶² Le déverrouillage de l'iPhone est possible en posant son doigt et donc ses empreintes digitales, sur le bouton d'accueil principal. L'iPhone permet aussi de choisir un déverrouillage uniquement à travers le traditionnel mot de passe.

bénéficiaire d'une protection constitutionnelle accrue. Comme on le verra dans la prochaine section, il s'agira d'étudier le contrôle par l'autorité judiciaire de ces nouvelles pratiques et qui paraît être, par son indépendance, la solution à ces nouvelles technologies du XXI^{ème} siècle.

Section 2 : L'atténuation des garanties juridiques pour la sécurisation des communications numériques

507. Les surveillances des communications et des données numériques. Après la censure constitutionnelle, l'article 11 de la loi de 1955 sur l'état d'urgence, a été modifié⁸⁶³. Il dispose désormais que : « Si la perquisition révèle l'existence d'éléments, notamment informatiques, relatifs à la menace que constitue le comportement de la personne concernée, les données contenues dans tout système informatique ou équipement terminal présent sur les lieux de la perquisition, peuvent être saisies, soit par leur copie, soit par la saisie de leur support »⁸⁶⁴. Le droit européen, et notamment l'article 15 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, autorise les gouvernements à limiter certains droits et libertés pendant l'état d'urgence, notamment la liberté d'expression et de circulation, mais uniquement lorsque la situation exceptionnelle l'exige. La Cour EDH impose aux États de s'assurer que toutes ces mesures sont strictement proportionnelles à l'objectif poursuivi, que les pouvoirs de l'état d'urgence ne sont pas utilisés de manière discriminatoire ou arbitraire, et qu'ils ne visent pas des personnes en raison de leur origine ethnique, religieuse ou sociale. La France a instauré de nouvelles mesures administratives visant le renforcement de la lutte antiterroriste (§ 1), tout en étant conscients de l'efficacité partielle des mesures de surveillance des communications numériques à cause de l'existence du *dark web* (§ 2).

⁸⁶³ Cons. const., n° 2016-536 QPC du 19 février 2016. *Ligue des droits de l'homme (Perquisitions et saisies administratives dans le cadre de l'état d'urgence)*.

⁸⁶⁴ Loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et portant mesures de renforcement de la lutte antiterroriste.

§ 1. Des mesures visant le renforcement de la lutte antiterroriste

508. La loi antiterroriste du 21 juillet 2016, accentue les surveillances administratives. La loi du 21 juillet 2016 qui s'intitule « Loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et portant mesures de renforcement de la lutte antiterroriste », cette loi modifie les dispositions concernant les perquisitions et surveillances administratives. Ainsi que son titre l'indique, elle ne se limite pas à la prorogation de l'état d'urgence, mais vise à modifier le Code pénal et la procédure pénale française. Cette réforme illustre le recours aux exceptions à l'État de droit et les difficultés de conciliation liées aux droits et libertés fondamentaux qui peuvent en découler (A), il s'agit d'une réforme qui est similaire au Patriot act américain, alors même que cette réforme s'est démontrée inefficace en pratique (B).

A – Les exceptions issues de la loi relative à prolongation de l'état d'urgence

L'utilisation du terme « exception » est présent dans la jurisprudence administrative et constitutionnelle française. Les arrêts *Heyriès*⁸⁶⁵ et *Dame Dol et Laurent*⁸⁶⁶ ont consacré par exemple les circonstances exceptionnelles devant le juge administratif. Dans la décision n° 2010-31 QPC relative à la *Garde à vue en matière de terrorisme*, le juge constitutionnel précise que celle-ci « ne peut être mise en œuvre qu'à titre exceptionnel pour protéger la sécurité des personnes et des biens contre une menace terroriste imminente et précisément identifiée »⁸⁶⁷. Après l'attentat commis le 14 juillet 2016 à Nice, le Parlement français a adopté une loi relative à la prolongation de l'état d'urgence qui non seulement a prolongé l'état d'urgence en France, mais qui a aussi étendu les pouvoirs déjà élargis des forces de l'ordre en matière de perquisitions, saisies de matériels numériques⁸⁶⁸, surveillances et mises en détention. Cette loi exceptionnelle, durcit plusieurs dispositions liées au terrorisme au sein du Code pénal français sans qu'un délai suffisant n'ait été laissé pour permettre un

⁸⁶⁵ CE, 28 juin 1918, *Heyriès*, Rec. Lebon, p. 651.

⁸⁶⁶ CE, 28 février 1919, *Dame Dol et Laurent*, Rec. Lebon, p. 208.

⁸⁶⁷ Cons. const. n° 2010-31 QPC du 22 septembre 2010, *M. Bulent et autres*, Garde à vue terrorisme, JO du 23 septembre 2010, p. 17290, Recueil, p 237.

⁸⁶⁸ Cons. const. n° 2016-600 QPC du 2 décembre 2016, *M. Raïme A. [Perquisitions administratives dans le cadre de l'état d'urgence III]*.

véritable examen de la part du Parlement. La nouvelle loi relative à l'état d'urgence donne aux forces de l'ordre le pouvoir d'effectuer des perquisitions et des surveillances sans l'autorisation d'un juge, une mesure que les membres du Parlement avaient retirée du texte lors de la précédente prorogation. Désormais elle étend le pouvoir de saisine de tout appareil numérique (1) en autorisant la puissance publique à effectuer immédiatement des perquisitions de « suivi » si sont découvertes au cours d'une perquisition des informations concernant un autre lieu fréquenté par la personne visée par cette perquisition. Le Conseil constitutionnel veille à la prééminence de la proportionnalité par rapport à l'objectif sécuritaire à atteindre (2).

1) L'autorisation élargie de saisine de tout appareil numérique

509. La nouvelle loi permet à la police de saisir les données contenues dans tout appareil numérique. C'est cette disposition que le Conseil constitutionnel avait censuré de la loi relative à l'état d'urgence de novembre 2015, en la déclarant inconstitutionnelle. En réponse à l'attaque du 14 juillet 2016, la loi a permis aux représentants des institutions étatiques⁸⁶⁹, d'interdire les manifestations pour lesquelles la sécurité ne pourrait pas être garantie. Elle étend également la liste des lieux de rassemblement que les autorités locales peuvent fermer sans autorisation judiciaire pour inclure « en particulier des lieux de culte au sein desquels sont tenus des propos constituant une provocation à la haine ou à la violence ou une provocation à la commission d'actes de terrorisme ou faisant l'apologie de tels actes ».

510. Des mesures inquiétantes au regard des droits fondamentaux. La France disposait avant même la nouvelle loi relative à l'état d'urgence, d'un arsenal de lois anti-terrorisme permettant aux autorités d'enquêter, de placer en détention et de poursuivre des suspects en justice, nombre de ces textes contiennent d'ailleurs des formulations très vagues. La nouvelle loi sur l'état d'urgence introduit de nouvelles mesures anti-terrorisme qui peuvent sembler inquiétantes au regard des droits fondamentaux, ayant abouti à des modifications dans le Code pénal et dans le Code de la sécurité intérieure, qui resteront en vigueur un fois l'état d'urgence terminé, mais le gardien de la loi est intervenu afin de déterminer des limites. Le droit pénal est gouverné par des principes directeurs : la sécurité

⁸⁶⁹ Voir en ce sens notamment le Maire et le Préfet.

juridique. Parmi ces principes directeurs, la sécurité juridique est un principe cardinal du droit pénal français⁸⁷⁰. La sécurité juridique doit être interprétée comme une valeur essentielle de protection des citoyens. La décision d'introduire des changements permanents dans le droit pénal français sans prendre le temps nécessaire pour un essentiel débat et examen approfondi au sein du Parlement est très problématique. La pression causée par les attentats commis par des étrangers ou des binationaux a mis le Gouvernement dans une situation délicate à propos par exemple de la déchéance de la nationalité française, réforme qui *in fine* a été abandonnée à la suite de l'intervention du Président de la République François Hollande⁸⁷¹.

2) La limite imposée par le Conseil constitutionnel : la proportionnalité par rapport à l'objectif

511. La loi anti-terroriste accentue la protection des citoyens. La menace terroriste actuelle paraît être tellement présente que l'intérêt général et la protection de la sécurité publique semblent devoir primer et malgré les traditionnelles garanties relatives notamment au nécessaire respect des textes constitutionnels. Le Conseil constitutionnel lors de son contrôle de la loi fonde ses raisonnements en grande partie sur le respect par la loi de la proportionnalité par rapport à l'objectif sécuritaire à atteindre et la protection des droits et libertés fondamentaux. Ces propos peuvent s'appuyer sur l'inconstitutionnalité des dispositions reformulant le dispositif de surveillance et de contrôle des communications⁸⁷² dont l'inconstitutionnalité et la violation du respect de la vie privée a été mise en évidence par Olivier Le Bot : « La disposition interfère sans conteste avec le droit au respect de la vie privée. Concernant la nécessité de la restriction, le Conseil constitutionnel relève que la disposition contestée autorise la mise en œuvre d'une interception de sécurité " aux seules fins de défense des intérêts nationaux ". Ce faisant, il souligne que la nécessité de la

⁸⁷⁰ Le principe de sécurité juridique est ainsi défini par le Conseil d'État dans son rapport public de 2006 : « le principe de sécurité juridique implique que les citoyens soient, sans que cela appelle de leur part des efforts insurmontables, en mesure de déterminer ce qui est permis et ce qui est défendu par le droit applicable. Pour parvenir à ce résultat, les normes édictées doivent être claires et intelligibles, et ne pas être soumises, dans le temps, à des variations trop fréquentes, ni surtout imprévisibles ».

⁸⁷¹ Le mercredi 30 mars 2016, le Président de la République François Hollande a décidé de clore le débat constitutionnel, et a abandonné la réforme.

⁸⁷² Dispositions visant à surveiller et à contrôler les communications. Il s'agit de celles qui figuraient à l'article L 811-5 du Code de la sécurité intérieure.

restriction met en œuvre « les exigences constitutionnelles inhérentes à la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la nation »⁸⁷³. Le but poursuivi par le législateur apparaît ainsi légitime ». Pour autant, l'exigence de proportionnalité de la restriction fait défaut en l'absence de tout encadrement de celle-ci. La disposition en cause n'interdit pas que les mesures qu'elle autorise puissent être utilisées « à des fins plus larges » que la mise en œuvre des seules exigences constitutionnelles inhérentes à la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la nation. La loi ne définit pas « la nature » des mesures de surveillance et de contrôle que les pouvoirs publics sont autorisés à prendre. Et surtout, les dispositions en cause « ne soumettent le recours à ces mesures à aucune condition de fond ni de procédure et n'encadrent leur mise en œuvre d'aucune garantie⁸⁷⁴. Olivier Le Bot met en relief la manière inconstitutionnelle dont est formulée cette loi : « Pas de conditions, pas d'autorisation préalable, pas de contrôle juridictionnel : cette disposition représentait le paradis pour les services de renseignement. On est loin, très loin des standards contemporains en matière de respect de la vie privée ». On peut moduler la garantie des droits en fonction de la nécessité de la société, et sous l'effet des attentats terroristes, l'attitude jurisprudentielle du Conseil constitutionnel a été en faveur de la protection de la sécurité⁸⁷⁵. La réforme pénale⁸⁷⁶ est intervenue malgré le fait qu'aux États-Unis des dispositions similaires avaient déjà été adoptées sans pour autant aboutir à d'efficaces résultats. En tout état de cause, et malgré cette comparaison de cadres juridiques, un point commun intéressant rapproche ces systèmes, la volonté de la loi anti-terroriste d'accentuer la protection des citoyens, priorité qui reste l'un des objectifs principaux de l'État.

⁸⁷³ LE BOT (O.), « L'oubli d'intégrer les communications hertziennes dans le droit commun du renseignement », Paris, *Constitutions*, 2016, pp. 653-655.

⁸⁷⁴ « Pour être conformes à la Constitution, les atteintes à ce droit doivent être justifiées par un motif d'intérêt général et mises en œuvre de manière adéquate et proportionnée à cet objectif ». in LE BOT (O.), « L'oubli d'intégrer les communications hertziennes dans le droit commun du renseignement », Paris, *Constitutions*, 2016, pp. 653-655.

⁸⁷⁵ V. par ex. Cons. const., n° 2016-600 QPC du 2 décembre 2016, *M. Raïme A. [Perquisitions administratives dans le cadre de l'état d'urgence III]*.

⁸⁷⁶ Loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et portant mesures de renforcement de la lutte antiterroriste.

B – Le manque d’efficience du Patriot act et des surveillances des communications numériques américaines

512. Le *Patriot act* a fondé l’état d’urgence américain. Dans les études comparatives concernant les États-Unis, on constate que la lutte contre le terrorisme à travers la surveillance numérique demeure être : ni simple, ni particulièrement productive. Le *Patriot Act* américain mis en place en 2001, a permis une surveillance de la population américaine par son administration. Cette surveillance s'est ensuite propagée de façon secrète et illégale grâce aux programmes de surveillance de la NSA dévoilés par Edouard Snowden. Malgré ces technologies de surveillance des communications numériques et d’écoutes téléphoniques, plusieurs attentats sur le sol américain n’ont pas pu être déjoués. Un des points faibles de ces surveillances est la grande quantité de volumes de datas à traiter. L’immensité des données récoltées s’avère être défavorable pour les services de renseignement, mais au-delà des aspects et conséquences techniques, les terroristes sont en phase avec les technologies de surveillance, et semblent trouver les moyens pour contourner leur utilisation autant qu’ils le peuvent pour ne pas être espionnés, par exemple avec l’utilisation d’applications permettant des communications cryptées ou du *dark web*.

513. Des excès infructueux pour prévenir et empêcher les actions hostiles aux intérêts fondamentaux de la France et assurer ainsi la sécurité nationale. Toutes les questions relatives à la réelle efficacité des nouvelles technologies de surveillances administratives de masse ne devraient pas faire oublier le principal problème : « le prix que payent » nos droits fondamentaux lorsqu’ils sont remis en cause. Il faut considérer aussi que ce large panel de dispositions a été mis en place dans l’urgence et sans un large débat démocratique. Sur le sol français, certains graves attentats, dont notamment les plus sanglants du 13 novembre 2015 au Bataclan à Paris et de la Promenade des anglais le 14 juillet 2016 à Nice, n’ont pas pu être déjoués alors que la loi renseignement et ses outils de surveillance prédictive étaient déjà en vigueur et en place. Malheureusement pour les victimes, postérieurement à ces attaques les enquêtes ont démontré que les terroristes n’avaient pas utilisé les communications numériques pour la préparation de leurs projets meurtriers. Dès lors se pose la question de déterminer si les atteintes aux droits fondamentaux peuvent réellement être justifiées. En effet, malgré les précisions et limites apportées, à la suite des censures du Conseil constitutionnel aux dispositifs et les garanties complémentaires entourant la mise en œuvre,

la loi renseignement ouvre la possibilité à une récolte massive et à un traitement généralisé d'informations personnelles et privées. Ce type de moyens, dont l'inefficacité a été démontrée dans les États qui l'ont mis en place, ne sont, en l'état actuel, ni susceptibles d'un encadrement précis, ni une assurance absolue contre les attaques et attentats terroristes.

§ 2. L'efficacité partielle des mesures de surveillance des communications numériques sur le dark web en période d'état d'urgence

514. Les dispositions encadrant limites du régime de l'état d'urgence sont régulièrement repoussées. Les perquisitions administratives qui avaient été écartées en 2015 par le Conseil constitutionnel⁸⁷⁷, sont désormais autorisées⁸⁷⁸. Elles permettent d'exploiter les données et les communications numériques saisies sur tout appareil numérique et d'enclencher des procédures judiciaires. L'état d'urgence est une réponse momentanément justifiée, mais elle ne peut évidemment pas être la seule. Il faut aussi se donner les moyens d'améliorer en qualité et en quantité les moyens humains des services de renseignement afin de parvenir à éradiquer les racines djihadistes qui voit des dizaines d'hommes et femmes radicalisés rejoindre les rangs de l'organisation terroriste ISIS ou agir, comme dans l'attentat de *Nice*, en « loups solitaires ».

515. Le contournement de l'état d'urgence à travers le *dark web* est flagrant. L'instauration de l'état d'urgence permet de contrôler les communications qui ne sont pas cryptées et qui ne sont pas effectués à travers le *dark web*. L'utilisation du *dark web* permet en effet d'échapper à toute surveillance de la part des forces de l'ordre. Le contrôle du *dark web* est unanimement retenu par tous les spécialistes du numérique, comme impossible car les communications effectuées à travers le *dark web* sont anonymes et ne laissent aucune trace IP rendant impossible la localisation de leurs auteurs⁸⁷⁹. Ainsi, il s'agit en amont de se poser les questions relatives à « l'internet caché » et l'exception de l'état d'urgence. Se pose

⁸⁷⁷ Cons. const., n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015, *Loi relative au renseignement*.

⁸⁷⁸ Cons. const., n° 2016-600 QPC du 2 décembre 2016, *M. Raïme A. [Perquisitions administratives dans le cadre de l'état d'urgence III]*.

⁸⁷⁹ Notons que l'anonymat a déjà eu de graves conséquences dans le passé, l'envoi des lettres anonymes a permis la délation sous l'occupation pendant le Seconde Guerre mondiale. En France plus de 3 millions de lettres anonymes ont été envoyées dénonçant les voisins, les concurrents ou même des membres de la famille.

la question de l'intérêt de l'exception de l'état d'urgence en matière numérique alors que les services de renseignement sont conscients de ne pas pouvoir avoir accès à de nombreuses communications secrètes effectuées à travers cet « internet caché ». Le régime instauré par l'état d'urgence est un régime d'exception qui a des limites et des garanties (A) et auquel échappe la difficile limitation et contrôle du *dark web* (B).

A – Limites et garanties du régime d'exception

516. L'encadrement de l'exception de l'état d'urgence. La notion d'exception est consacrée par un certain nombre d'adages juridiques, tels « l'exception confirme la règle quant aux cas non exceptés », *exceptio probat regulam in casibus non exceptis*, ou « l'exception est d'interprétation stricte » *exceptio est strictissimae* ce qui témoigne, au-delà des exemples normatifs, d'une présence de l'exception dans la logique même du raisonnement juridique. L'état d'exception représente des situations où le droit commun est suspendu, ce qui peut se produire à des cas distincts, tels que l'état d'urgence et l'état de guerre. La période d'état d'urgence est par définition un état temporaire. Il existe, néanmoins, même en période d'état d'urgence, un état de droit qui ne disparaît pas : tout une série de contrôles continuent à fonctionner comme le démontre la décision du Conseil constitutionnel le 19 février 2016⁸⁸⁰ à l'occasion d'une QPC déclenchée par la Ligue des droits de l'homme sur la loi modifiée de 1955⁸⁸¹. Dans cette décision le Conseil constitutionnel juge qu'il faut faire une conciliation entre les libertés, en l'occurrence la liberté d'expression et la sauvegarde de l'ordre public. D'autres contrôles sont possibles comme l'intervention de la Commission des droits de l'homme dans son avis du 18 février 2016⁸⁸², c'est aussi le rôle de la Commission parlementaire en charge du suivi de la mise en œuvre de l'état d'urgence, mais c'est aussi la vigilance citoyenne sur les réseaux sociaux qui peut s'exercer, de nombreuses manifestations sur la voie publique se sont déroulées pendant l'état d'urgence.

⁸⁸⁰ Cons. const.. n° 2016-536 QPC du 19 février 2016. *Ligue des droits de l'homme (Perquisitions et saisies administratives dans le cadre de l'état d'urgence)*.

⁸⁸¹ Loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence

⁸⁸² Avis du 18 février 2016 sur le suivi de l'état d'urgence, Commission nationale consultative des droits de l'homme, *JO* 26/02/2016.

517. Le risque de transformer la démocratie en une société surveillée. Compte-tenu des risques qu'un régime d'état d'urgence fait peser sur les droits fondamentaux et sur les démocraties, ce régime exceptionnel doit être strictement limité et encadré. La Constitution française prévoit ainsi, dans son article 16 alinéa 1, la possibilité pour le Président de la République de disposer de pouvoirs exceptionnels permettant la mise en suspens du droit commun (1) avec des politiques d'exception possibles pour les communications numériques (2).

1) La mise en suspens du droit commun

518. L'état d'urgence présente la spécificité d'être une « mise entre parenthèses » du droit commun prévue par le droit du pays qui l'applique. Actuellement, en France l'instauration de l'état d'urgence a été rendu nécessaire à cause des événements liés au terrorisme notamment djihadiste. Les origines de la création de l'état d'urgence remontent au droit et à la civilisation romaine notamment avec la possible mise en place de politiques d'exception. Sa provenance vient du latin *urgens* qui signifie la nécessité d'agir vite. En droit romain l'état d'urgence désignait un régime exceptionnel mis en place par un Gouvernement en cas d'atteinte grave à l'ordre public, de troubles graves ou de calamités nationales. En droit romain le *justitium* était une notion qui équivalait à la déclaration de l'état d'urgence, il entraînait, si ce n'est la suspension du droit⁸⁸³, du moins l'interruption du cours normal de la *jurisdictio*. Il était déclaré afin de rendre rapide la mobilisation des soldats et des citoyens, et entraînait la suspension de toutes les fonctions habituelles. Le *justitium* avait pour effet un arrêt temporaire de certaines fonctions publiques pour cibler et déplacer toutes les forces sur un autre objectif retenu comme prioritaire. Au XXI^{ème} siècle l'exceptionnalité numérique de l'état d'urgence, notamment quant à son encadrement et à sa durée doit être maintenu. Avec les NTIC, l'état d'urgence paraît ne plus avoir les mêmes résultats concrets et la même force d'impact immédiate. Une des causes de cette insuffisance est le *dark web*, qui est une véritable zone virtuelle de non-droit. Les attentats qui ont frappé les capitales européennes ont changé les logiques sécuritaires et conduisent vers une mise à jour contemporaine au XXI^{ème} siècle du droit. En tout état de cause le défi sécuritaire est international, dès lors il faut être dans l'exigence du respect et de l'exécution des décisions transfrontalières.

⁸⁸³ Dans le sens qu'elle se distingue de la dictature.

L'encadrement d'internet doit permettre de réaliser les priorités de protection de la sécurité et des droits fondamentaux. Les sites et les communications numériques abjectes doivent être punis. Le domaine des droits fondamentaux numériques est actuellement pris en considération uniquement sur le plan législatif, ce qui paraît insuffisant à cause des motifs précédemment énoncés. Les hommes et femmes politiques de droite et de gauche doivent continuer à travailler conjointement pour élaborer une stratégie globale notamment lorsqu'on est conscients du fait que lorsqu'on voudra constitutionnaliser le droit numérique et donc réviser la Constitution il sera nécessaire d'obtenir un vote à la majorité des trois cinquièmes des suffrages exprimés des deux chambres du Parlement réunies en Congrès à Versailles ou procéder par la voie référendaire. La période actuelle semble propice à une telle révision, en effet la maîtrise et l'utilisation des médias télévisuels et numériques ont conduit à la réussite d'une révolution politique avec l'élection présidentielle d'Emmanuel Macron et du parti *La République En Marche* en 2017.

2) Des politiques d'exception pour la communication numérique

519. L'exception et la règle sont placées dans une relation d'opposition ou de contradiction qu'on peut qualifier « d'antinomie »⁸⁸⁴. La notion d'état d'urgence englobe des politiques d'exception exécutées à travers le droit, ou lorsque la définition de situation d'urgence s'applique à des situations permanentes résultant de l'évolution de la société. Les cadres constitutionnels qui déterminent la validité de l'état d'urgence doivent prendre en considération que ce régime doit être compatible avec le respect des droits fondamentaux et un mode de gouvernement démocratique. L'état d'urgence doit être décidé pour des durées courtes, afin de pouvoir mobiliser en urgence des ressources de l'État sans que leurs actions ne soient entravées par les législations et longueurs administratives. Notre réflexion juridique vise principalement à soumettre l'état d'urgence à des conditions normatives spécifiques : la légalité et la constitutionnalité, la temporalité, la menace exceptionnelle, et la proportionnalité.

520. **État d'urgence et droits fondamentaux numériques.** Se pose la question de la rencontre et l'intégration des droits fondamentaux au droit numérique, *quid* de la

⁸⁸⁴ PERELMAN (C.), *Les antinomies en droit*, Paris, Éd. Dialectica, 1964, vol. 18, 230 p.

qualification des droits et libertés fondamentaux. Il faut rentrer dans le détail de l'objet de la recherche, en effet à partir du moment où l'homme utilise le numérique il est nécessaire de changer le droit qui lui est applicable. C'est une situation qui nécessite la prise en considération en apportant un regard juridique nouveau. La violence et la puissance possible par le numérique doit être encadrée. Il s'agit d'interpréter et d'imaginer. Le difficile lien entre les droits fondamentaux est établi par plusieurs motifs et intérêts individuels et généraux. Cette thèse est un projet expérimental pour le futur car en réalité aujourd'hui certaines idées peuvent paraître difficilement réalisables tellement la nouveauté numérique est actuelle. Une des justifications possibles à ce constat alarmant est le fait qu'on n'a pas encore le recul et l'expertise adaptée. De plus, il est pour l'heure impossible de limiter les communications dans le *dark web*.

B – L'impossible limitation des communications avec le dark web

521. La législation antiterrorisme est impuissante contre le *dark web* à cause de la non-indexation des sites internet et de l'anonymat. Dans la logique de l'état d'urgence, les institutions étatiques doivent trouver les moyens pour interdire l'accès au *dark web* également utilisé par les terroristes, même si cette interdiction paraît matériellement impossible à mettre en place et à faire respecter notamment à cause de la nature transfrontalière et complètement anonyme de ce réseau. Par conséquent il est très compliqué de constater les infractions et de le sanctionner. Les perturbateurs de la vie en société utilisent des technologies ultra modernes pour transmettre leurs idées maléfiques et rassembler de nouveaux adhérents. Il paraît alors inutile de restreindre ou surveiller les libertés fondamentales des citoyens si certains de ces nouveaux moyens de communication numérique échappent à la forte surveillance de masse issue de l'établissement de l'état d'urgence.

1) L'absence de limitation du dark web

522. L'échappatoire des communications par le *darkweb* est possible par l'utilisation du logiciel *Tor*. On peut mettre en opposition le *dark web* au « web en clair ». Le « web en clair » indexe les sites internet par les moteurs de recherche et par conséquent il est facilement visible et accessible par un internaute. Le « web en clair » ne représente qu'une

minime partie de tout ce à quoi on a accès par une connexion internet. Le *dark web* est une sorte de voie échappatoire, de l'ère du numérique, à la surveillance d'État. Parce qu'il n'est pas indexé, le *dark web* n'est pas facile d'accès pour les particuliers et les institutions d'État. Cependant de nombreux outils et tutos accessibles sur le « web en clair » aident les apprentis à trouver ce qu'ils cherchent sur le *dark web*. Le *dark web* est une partie du réseau internet public, mais pour y accéder et le consulter il est nécessaire d'utiliser des *softwares* spécifiques. Le *dark web* réussit à échapper à toute surveillance de la part des forces de l'ordre, il est donc sans limites. Lorsqu'on accède au *dark web*, on peut y trouver des articles journalistiques, des livres, des images, des vidéos, mais aussi de nombreux contenus illégaux (armes, drogues...). Par conséquent on peut souligner le fait que sur le *dark web*, on peut trouver tout type d'internaute. Malgré ce qu'on pourrait imaginer, il n'est pas réservé qu'aux personnes souhaitant enfreindre la loi, même si on appelle *dark web* les pages du web cachées du réseau public du Web. Un des grands avantages du *dark web* et qu'on va étudier est qu'il réussit à garantir l'anonymat total de ses utilisateurs par une technologie de plusieurs relais et de périphériques, le VPN⁸⁸⁵.

523. *Tor* est l'application la plus utilisée pour accéder au *dark web*. *Tor* permet d'anonymiser les origines des connexions. Le logiciel et le réseau *Tor* a été à l'origine fondé pour que les opposants politiques, les militants écologiques et certains journalistes puissent éviter la censure et la répression dans les États dictatoriaux et liberticides. *Tor* renferme beaucoup d'informations, notamment dérivantes d'États où les droits de l'homme ne sont pas respectés. Le problème naît du fait que ce réseau et l'anonymat absolu permettent aussi de trouver des contenus illicites : drogues, armes à feu, pédopornographie, réseaux sociaux et matériel encourageant le djihadisme... Une solution utilisée pour remédier aux problèmes posés par le *dark web* qui reste actuellement impossible en France, serait le blocage absolu de tout accès aux communications numériques sur un territoire. Ce type d'action étatique de blocage absolu des communications a été par exemple utilisée pour calmer le peuple à la suite de l'élection présidentielle gabonaise en août 2016. En effet, à la suite du scandale de soupçons de trucage de l'élection présidentielle, le Président sortant gabonais Ali Bongo Ondimba ne voulant pas quitter le pouvoir et sa place malgré les forts soupçons de triche et à cause de la croissance de la révolte populaire a ordonné aux FAI gabonais la suspension

⁸⁸⁵ Le Virtual private network.

de tout accès à internet. L'accès à internet était utilisé par les citoyens-internautes gabonais, parfois de façon anonyme, afin d'informer la presse nationale et internationale de l'évolution dramatique de la situation. De plus, internet permettait l'organisation de rassemblements et manifestations contestataires qui, avec la suspension de l'accès à internet, se sont progressivement et rapidement arrêtées. Il faut souligner que la communauté internationale ne s'est que légèrement impliquée dans cette situation et a été impuissante face à cette violation de droits, permettant ainsi le maintien au pouvoir d'un dictateur.

2) L'anonymat dans les communications sur le dark web

524. L'utilisation de pseudonymes. L'utilisation de pseudonymes est une pratique courante devenue un réflexe pour de nombreux internautes lorsqu'ils effectuent des communications sur internet⁸⁸⁶. Une grande majorité des internautes se présentent sous un pseudonyme au moment d'écrire des mots publics en ligne afin de se sentir plus en sécurité ou moins espionnés. Il ne s'agit pas forcément de la volonté de se cacher, mais plutôt de protéger sa vie privée et de choisir son identité en ligne afin d'exercer sa liberté d'expression sans encourir des sanctions⁸⁸⁷. Néanmoins, dans certains cas l'utilisation des pseudonymes est effectivement liée à la volonté de se cacher derrière l'utilisation d'un *nickname* pour éviter des conséquences judiciaires pour avoir par exemple diffamé ou harcelé une ou plusieurs personnes. Les réseaux sociaux, comme Twitter, Instagram, Facebook, tentent d'imposer à tous leurs utilisateurs d'utiliser leur vraie identité lors de l'utilisation de leurs plateformes. Si l'anonymat permis par le pseudonyme facilite et permet certains abus, que le droit réprime en tant que tels, il permet aussi à chaque internaute de s'exprimer sans inquiétudes ou sans risquer de mettre en danger sa situation personnelle ou professionnelle.

525. L'anonymat permet d'échanger des communications sur des forums, sur des réseaux sociaux, tout en protégeant sa vie privée. À cet égard, les associations de protection de l'enfance et la CNIL conseillent en particulier aux enfants et aux adolescents

⁸⁸⁶ Le terme *nickname* (traduction en langue anglaise) est aussi utilisé.

⁸⁸⁷ Sont constitutifs d'un trouble manifestement illicite les faits d'usurpation d'identité, conformément à l'article 226-4-1 du Code pénal, lorsqu'un individu crée un site dont le nom de domaine consistait à reprendre les nom et prénom d'une personne aux fins de vengeance contre son ascendant. In CAPRIOLI (É), « Une usurpation d'identité sanctionnée en référé », Paris, *Revue mensuelle LexisNexis Comm. Com. Électr.*, décembre 2016, pp. 41-43.

de ne pas utiliser leur véritable identité sur les réseaux sociaux. À l'ère du numérique l'anonymat est pour certaines internautes une méthode indispensable à l'exercice de la liberté d'expression et du droit à l'information mais aussi à la protection de la vie privée. On verra d'une part l'utilisation de l'identité numérique, pour ensuite analyser comment parvenir à la maîtriser. Afin de permettre le maintien de l'utilisation des pseudonymes tout en garantissant la lutte contre les abus et de pallier aux risques accrus de cybercriminalité, des propositions de solutions ont tenté de voir le jour et de devenir obligatoires en France. La signature numérique et par corrélation l'identité numérique sont des moyens efficaces, néanmoins elles exposent les citoyens à des risques de piratage, de vol et d'usurpation d'identité. Internet est apparu propice à l'usurpation d'identité, il avait été initialement projeté d'incriminer l'usurpation d'identité seulement lorsqu'elle était numérique. Une telle restriction pourtant ne se justifiait nullement en droit⁸⁸⁸. C'est ainsi que la loi du 14 mars 2011⁸⁸⁹ a incriminé sans exclusivité l'usurpation d'identité. En droit l'incrimination est donc totalement indifférente à internet, et ce à un double regard : le fait que l'usurpation d'identité soit commise sur internet n'est pas un élément constitutif de l'infraction et il n'en constitue pas davantage une circonstance aggravante⁸⁹⁰. Si, en droit, le recours à internet n'est donc pas nécessaire à la caractérisation de cette infraction, il n'en demeure pas moins qu'en fait celle-ci trouve un terrain propice sur internet, en particulier dans les réseaux sociaux⁸⁹¹. Certains systèmes actuels d'authentification reposent sur des concepts qui ont démontré leurs faiblesses technologiques et qui contiennent des failles exploitables par les *hackers*. Il faudrait encourager l'introduction d'un titre d'identité pour les technologies numériques, notamment si dans le futur les risques de piratages seront réduits à leur plus bas niveau. L'obligation d'utilisation de la signature numérique pourrait être une solution aux problèmes liés à l'impossible traçabilité des adresses IP par les utilisateurs du *dark web*.

526. L'identité numérique découle de notre activité en ligne. Maîtriser son identité numérique permettrait, par exemple, aux internautes de ne pas confondre son interlocuteur

⁸⁸⁸ LEPAGE (A.), « Usurpation d'identité caractérisée par la création d'un faux site internet », Paris, *Revue mensuelle LexisNexis Comm. Com. Élect.*, janvier 2017, pp. 46-47.

⁸⁸⁹ Loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure.

⁸⁹⁰ Les dispositions de l'alinéa 2 de l'article 226-4-1 énonçant que « cette infraction est punie des mêmes peines lorsqu'elle est commise sur un réseau de communication au public en ligne ».

⁸⁹¹ Par exemple avec la création d'un faux profil Facebook.

avec quelqu'un d'autre, de mieux l'identifier, et de mieux comprendre les remarques, commentaires ou publications émis. De plus, si notre identité est clairement établie, il sera plus facile de faire des liens entre nos activités et la pertinence de ce qu'on publie. Quand on désire intégrer un nouveau réseau, un groupe ou un collectif sur le web, notre identité peut devenir un atout ou un inconvénient pour notre intégration. Les autres personnes, membres de ces ensembles n'auront pas besoin de cerner qui on est et elles pourront se concentrer sur ce qui concerne la finalité du groupe ou du collectif. Pareillement, aujourd'hui, lorsqu'on est sur un réseau ou sur le web il est plus facile de répartir le travail si les autres personnes peuvent se fier aux données nous concernant. Lorsqu'on respecte les principes de confidentialité de base on commence à mieux maîtriser notre identité numérique. Pour autant, l'encadrement législatif de l'identité numérique pourrait être une conséquence *sine qua non* de l'évolution des NTIC et du numérique.

Conclusion du titre second

527. Une liberté à l'image d'une « boîte de Pandore ». La liberté d'expression et de communication, liberté protéiforme et fonctionnelle implique l'exercice de nombreux droits fondamentaux. Certains sont des nouveaux droits numériques, ils nécessitent une protection de rang constitutionnel et une limitation contre les abus des citoyens et des institutions étatiques. Les utilisations des nouvelles technologies d'information et de communication, ont fait l'objet d'un encadrement par le législateur, le contrôle des lois instaurant des pratiques de surveillance des communications et de ces nouveaux dispositifs, effectué par le Conseil constitutionnel a été essentiel pour garantir la protection des droits fondamentaux constitutionnels et notamment la liberté d'expression et de communication. L'exemple de la décision du 23 juillet 2015 censurant une partie de la loi relative au renseignement de 2015 et la décision QPC du 23 septembre 2016 relative aux perquisitions administratives dans le cadre de l'état d'urgence II du Conseil constitutionnel sont la preuve de sa jurisprudence garante des droits fondamentaux. Par conséquent, on a mis en exergue l'existence d'un droit répressif avec des mesures limitant les libertés, mais de façon justifiée et proportionnée. En effet, l'État de droit profite pleinement des nouvelles formes de communication et d'engagement nées avec les technologies numériques. On a souligné l'importance de la nécessité de consacrer au rang constitutionnel la prééminence de la liberté de communication numérique sans pour autant en faire une liberté absolue, en effet elle doit pouvoir recevoir des aménagements dans le cadre légal. Dans tout État harmonieusement organisé, la société doit pouvoir disposer d'un droit de répression se traduisant par des mesures attentatoires aux libertés, de façon justifiée et proportionnée. Il paraît paradoxal qu'à l'ère de l'information, un des plus grands défis en matière de sécurité soit « l'inconnu ». En effet, aucun gouvernement ou organisation ne peut connaître la totalité des menaces qui existent dans le monde réel et dans le cyber espace. Les méthodes employées par les criminels sont toujours plus sophistiquées, au même titre que les appareils, les produits et les services. À titre d'exemple, un grand nombre de smartphones sont sujets aux actes de piraterie, et ces smartphones sont utilisés par une grande partie de la population.

528. La délicate mission de conciliation des normes effectuée par le Conseil constitutionnel. Une des questions à laquelle on a tenté de répondre dans cette recherche, et

qui est liée à la situation particulièrement dramatique causée par le terrorisme en France, a été de déterminer précisément où placer le « curseur » entre d'une part la surveillance étatique de masse des citoyens afin de garantir la nécessaire protection de la sécurité de la vie en société et d'autre part le maintien du droit à la vie privée. Partant chronologiquement de l'analyse de la civilisation occidentale et notamment des droits précurseurs romains on a tenté de démontrer qu'il s'agit d'un débat millénaire qui imbrique la liberté et la sécurité, et qui à notre époque se pose par rapport aux nouvelles technologies d'information et de communication issues du numérique. Un des points cruciaux de cette étude a été de constater qu'au XXI^{ème} siècle, il revient au Conseil constitutionnel d'assurer un équilibre difficile notamment dans la régulation de la liberté de communication sur internet⁸⁹².

529. Le Conseil constitutionnel est le gardien des libertés à l'ère du numérique. Le Conseil constitutionnel a à plusieurs reprises, souligné l'importance qu'il attache à la liberté d'expression et de communication. La question de la conciliation de la libre communication avec l'ordre public nécessite indiscutablement une réflexion liée aux menaces actuelles. En effet, les dangers liés au terrorisme pèsent sur la vie en société, une surveillance renforcée des communications est indispensable, parfois par exemple conduisant à la violation du secret professionnel de l'avocat. L'adoption de la loi sur le renseignement instaurant une quasi surveillance de masse, et la déclaration de conformité par le Conseil constitutionnel mettent en lumière une conception des libertés non extensives du Conseil constitutionnel qui ne semble pas nouvelle. La justice constitutionnelle en utilisant le contrôle de proportionnalité des lois ne pose pas l'interdiction de limites mais préfère encadrer l'exercice d'une liberté, en l'espèce la liberté de communication, par des conditions strictes et précises entraînant, en cas de mauvais usage, sa violation. *A contrario* de la logique sécuritaire⁸⁹³, on a insisté sur le fait que l'accès à internet est devenu une composante de la liberté de communication et d'expression numérique au sens de la jurisprudence constitutionnelle⁸⁹⁴. Pour le Conseil constitutionnel cette liberté implique aujourd'hui à l'ère du numérique, eu égard au développement d'internet et à son importance pour la participation à la Vie

⁸⁹² Le régime juridique des techniques de renseignement a été mieux précisé depuis la loi relative au renseignement et la décision du Conseil constitutionnel du 23 juillet 2015.

⁸⁹³ Pour une partie de la doctrine, minoritaire, la restriction des libertés à cause de la sécurité serait excessivement liberticide.

⁸⁹⁴ Voir en ce sens : Cons. const., n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, *Hadopi 1*.

démocratique et à l'expression des idées et des opinions, la liberté d'accès aux services de communication en ligne. Par conséquent elle mériterait une reconnaissance en tant que droit d'accès à internet de rang constitutionnel. Ce point essentiel est un des enjeux et le fil d'Ariane de la recherche ici effectuée.

530. On a observé l'absence du « citoyen numérique » dans la constitution. Le doyen Vedel disait qu'on constate que le pouvoir législatif et exécutif sont soudés, et cette analyse est toujours d'actualité⁸⁹⁵. Le citoyen reste aux portes de la sphère de production des politiques publiques, et du domaine de la production des normes. Le citoyen est qu'électeur. L'élection n'est plus le seul instrument par lequel se réalise l'espoir démocratique. Si on veut faire une révolution constitutionnelle : il faudrait transformer le citoyen de mineur constitutionnel à majeur constitutionnel, et un faire un acteur de la création des politiques publiques avec les possibilités ouvertes par la communication numérique⁸⁹⁶. Il est nécessaire d'introduire le citoyen dans la démocratie numérique. La Constitution repose sur deux piliers : la représentation et la réclamation. "Ce citoyen vigilant » n'a pas de moyens pour agir⁸⁹⁷. Il faudrait permettre aux citoyens de réclamer et d'intervenir. Le citoyen vigilant n'a pas d'outils pour intervenir. Il faudrait donner aux citoyens le pouvoir d'exercer une vigilance, par exemple avec un statut constitutionnel du lanceur d'alerte civique, un droit de pétition, il est nécessaire d'attribuer un pouvoir d'initiative parlementaire au citoyen. Il faut imaginer les institutions permettant au citoyen de rentrer dans le processus de création des politiques publiques.

⁸⁹⁵ VEDEL (G), *La Continuité en France de 1789 à 1989*, in *Association française des constitutionnalistes, Journées d'études des 16-17 mars 1989*, Aix-en-Provence, PUAM - Economica, 1990, p. 153.

⁸⁹⁶ ROUSSEAU (D.), *Sur le Conseil constitutionnel : la doctrine Badinter et la Démocratie*, Paris, Paroiss, éd. Descartes & Cie, 1997, p. 35.

⁸⁹⁷ ALAIN (Émile Chartrier), *Le citoyen contre les pouvoirs*, Paris, Collection ressources, 1926, p.156.

Conclusion de la seconde partie

531. L'importance que l'œuvre des Sages de la rue de Montpensier a dans la constitutionnalisation du droit intéressant le numérique. L'amplification des informations personnelles (*datas*) présentes sur internet avec l'évolution des communications numériques nécessite de consolider l'effectivité du droit au respect de la vie privée et à la protection des données personnelles⁸⁹⁸ afin de fonder des nouveaux droits fondamentaux constitutionnels numériques garantis par une Charte incluse dans les normes de référence du Conseil constitutionnel⁸⁹⁹. Les progrès juridiques et techniques sont engendrés par l'évolution des savoirs, des moyens et par l'opportunité économique de leur réalisation. L'État participe assez largement à cette dynamique juridique et technologique, mais il est pratiquement obligé de partager ses aides entre les divers secteurs de la recherche, de suivre les choix des citoyens et des hommes politiques. La dynamique numérique moderne échappe largement aux choix politiques alors qu'elle absorbe une part des financements et pourrait déterminer les structures sociales futures⁹⁰⁰.

532. La coexistence des droits fondamentaux : la dignité humaine et la liberté de religion. On a choisi d'étudier un principe fondamental et une liberté fondamentale qui

⁸⁹⁸ Successivement à l'arrêt *Costeja* les demandes de déréférencement ont augmenté et atteignent les organes de presse en ligne. La Cour de cassation, saisie de la question fondamentale de l'équilibre entre liberté de la presse et protection des données à caractère personnel, à l'occasion de trancher clairement en faveur de la première, écartant un droit d'opposition exercé contre la diffusion d'archives journalistiques en ligne lorsque celui-ci n'est pas fondé sur l'inexactitude des faits, Cass. 1^{er} Civ., 12 mai 2016, n°15-17.729, *M. Stéphane et Pascal X. c/ Les Échos* : Jurisdata n° 2016-008910 in DEBET (A.), METALLINOS (N.), « Droit d'opposition et liberté de la presse », *Comm. Com. Électr.*, juillet-août 2016, pp. 35-38.

⁸⁹⁹ V. la possible révision constitutionnelle permise par l'article 89 de la Constitution, et accessoirement par l'article 11.

⁹⁰⁰ PENOUIL (M.) « La démocratie, le mythe idéologique et les réalités dans le monde contemporain », in *La constitution et les valeurs*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 548-552.

peuvent être en friction avec la liberté d'expression et de communication sur internet. Ainsi on a choisi d'étudier le respect de la dignité humaine et la liberté de religion. Cependant on est conscients que d'autres droits et libertés fondamentaux, ainsi que des nouvelles questions et défis sont primordiaux et sont renouvelés par le numérique. Certaines nouvelles pratiques liées à internet et au numérique ont considérablement augmenté les atteintes à la personne, à la dignité humaine. La liberté de communication sur internet n'est pas sans limites, elle contient des dangers, et elle implique le respect de la dignité humaine. S'il est vrai que dans le contexte français le droit d'accès à l'internet a été reconnu sur la base du droit à la libre expression, il est vrai aussi que le droit d'accès à l'internet n'est pas seulement un moyen d'exercer la liberté d'expression et il comprend le droit de pratiquer librement la religion.

533. Le droit à la déconnexion d'internet comme prolongement du respect de la dignité humaine. L'étude ici présentée est en relation avec la liberté de communication et à l'accès à internet, mais dans un souci d'exhaustivité du traitement du sujet de recherche, on a également (*a contrario*) étudié le droit à la déconnexion d'internet. Tout comme le droit à l'accès à internet, le droit à la déconnexion devrait devenir un droit fondamental constitutionnel. Il s'agit d'affirmer qu'aucun salarié ne puisse se voir reproché par un employeur de ne pas avoir été connecté à internet en dehors de ses heures de travail. Il pourrait être nécessaire de mettre en œuvre un droit à la déconnexion, protecteur de l'ensemble des citoyens. Les personnes travaillant avec les communications numériques, *digital natives*⁹⁰¹ ont un rapport au temps différent, c'est la réactivité, l'immédiateté et la spontanéité qui comptent, et pouvoir se connecter régulièrement est un gage d'effectivité pour eux. Le droit à la déconnexion semble nécessiter d'être traité au cas par cas, par exemple dans une charte ou dans un accord d'entreprise. Pour Bruno Meetling, ce qui importe c'est de sensibiliser les employés et les employeurs aux risques de la consultation excessive de leurs messageries professionnelles, de la nécessité de se réserver des périodes sans mails, de façon à respecter le droit au repos quotidien et hebdomadaire des salariés⁹⁰². Il ne s'agit pas là de critiquer le recours au numérique dans les échanges professionnels dans nos sociétés modernes, mais il y a véritablement des dérives. Certains salariés ne se déconnectent jamais, ils passent une grande partie de leur quotidien dans le numérique. La reconnaissance

⁹⁰¹ Personnes nées entre la fin des années 1980 et le début des années 1990.

⁹⁰² Bruno Meetling est l'auteur du rapport « Transformation numérique et vie au travail » effectué dans le cadre de la réforme du droit du travail en septembre 2015 au Ministère du travail.

constitutionnelle du droit à la déconnexion serait une avancée dans la protection des droits et des libertés car elle permettrait au citoyen de se protéger du numérique. Tout comme il existe le droit de se taire, il faudrait instaurer un droit à ne pas être sollicité sans cesse par les communications numériques.

534. L'importance du droit à la déconnexion a été accentué par la crise sanitaire liée à la Covid-19. La loi travail a ajouté le droit à la déconnexion à la liste des sujets qui doivent être abordés dans le cadre de la négociation annuelle sur l'égalité professionnelle et la qualité de vie au travail⁹⁰³. Ainsi les entreprises doivent engager des négociations sur le droit à la déconnexion de leurs salariés. À défaut d'accords négociés sur le sujet, une charte devra être élaborée pour définir les modalités d'exercice de ce droit. Cette loi précise que la négociation portant sur ce droit doit aborder la mise en place de dispositifs de régulation des outils numériques. Ces dispositifs doivent permettre de respecter des temps de repos et d'assurer le respect de la vie personnelle et familiale du salarié. Le travail « nomade » permis par les NTIC a rendu poreuse la frontière entre la vie professionnelle et la vie personnelle du salarié. Le droit à la déconnexion devrait prévoir que les mails envoyés aux salariés sur ses horaires de repos ne soient réceptionnés par lui qu'à son retour au travail. Cependant, actuellement aucune norme, ni de rang législatif, ni de rang constitutionnel ne prévoit de sanction en cas de non-respect du droit à la déconnexion. La « fondamentalisation », la consécration constitutionnelle du droit à la déconnexion et l'utilisation raisonnable dans le cadre du travail des outils numériques devraient permettre la conciliation de la vie familiale et professionnelle et être une priorité afin d'éviter de nombreux risques psycho-sociaux.

535. Un raisonnement par analogie avec la Charte de l'environnement. Au vu des analyses qui précèdent, l'importance de l'intégration dans le bloc de constitutionnalité de droits et principes fondamentaux numériques semble évidente⁹⁰⁴. Le processus de constitutionnalisation trouve des exemples récents, on a souligné les similitudes formelles entre l'évolution du droit numérique et le droit de l'environnement, notamment avec la

⁹⁰³ Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

⁹⁰⁴ Cf. *supra* en ce sens notamment : le droit au libre accès à internet, le droit à la liberté d'expression et de communication sur internet, le droit à l'oubli numérique, le droit à l'information, le principe de neutralité d'internet, le principe de transparence du web, le principe de loyauté et de neutralité des plateformes numériques, le droit à la protection et à la modification des données, le droit à l'autodétermination concernant les données à caractère personnel, le droit à la déconnexion pour les salariés...

Charte de l'environnement intégrée en 2005 dans le bloc de constitutionnalité⁹⁰⁵. Ainsi, la protection de l'environnement dans lequel vivent les êtres humains et les animaux est une priorité qui a été reconnue au rang constitutionnel. Suivant cette logique de protection, une typologie similaire de principes pourrait être établi en faveur des communications numériques sur internet⁹⁰⁶.

536. Le *statu quo* de la situation actuelle. Plusieurs raisons peuvent être avancées pour expliquer la situation actuelle. Sous le prétexte de la complexité de la combinaison du « double sujet numérique et juridique », on pourrait avoir tendance à se placer juridiquement dans le *statu quo* et contingent. Un tel comportement se traduirait par un signal extérieur d'impasse qui pourrait se traduire par des situations violentes dans le futur. Cette thèse se structure avec des éléments qui permettent de déterminer les enjeux sociétaux et juridiques du numérique. Ce cap à surmonter devrait se développer en fortes actions politiques et juridiques. La France doit continuer à maintenir le *leadership* de la protection des droits fondamentaux. Le renouveau des normes de référence du Conseil constitutionnel et du bloc de constitutionnalité permettra d'affirmer de nouvelles ambitions compatibles avec la moderne trajectoire numérique de la société. À cause de son caractère avant-gardiste l'encadrement constitutionnel des droits fondamentaux numériques et le rôle de la France dans ce (nouveau) domaine doivent être exemplaires. Toutefois on ne peut pas méconnaître l'impact terriblement dévastateur que les actes de terrorisme aient pu avoir sur l'opinion publique française. Le recours à l'état d'urgence a eu pour vocation de donner les outils nécessaires aux forces de l'ordre afin de prévenir et de garantir la sécurité publique. L'environnement numérique a été mis à contribution pour concourir à cette mission régaliennne. C'est le nouveau rôle des géants d'internet qui s'esquisse peu à peu, à mi-chemin entre « gendarmes 2.0 » et garants de la liberté d'expression et de communication sur internet. Dès lors, d'une certaine manière la question du renouveau juridique des normes fondamentales constitutionnelles de référence ayant trait au numérique est devenue en quelque sorte secondaire.

⁹⁰⁵ Loi constitutionnelle n° 2005-205 relative à la Charte de l'environnement.

⁹⁰⁶ Les trois grands principes énoncés dans la Charte : le principe de prévention, le principe de précaution, et le principe pollueur-payeur, sont devenus très importants dans l'ordre juridique français.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

Conclusion générale

537. Le droit constitutionnel, un droit en évolution avec le numérique⁹⁰⁷. La volonté est grande d'établir en quelque sorte le carnet de voyage de l'étudiant en droit constitutionnel, qui, ayant abordé ce monde virtuel où s'entrecroisent et coexistent les droits et les libertés fondamentaux, dresse un bilan de son expédition. Il s'agit alors pour lui de reconsidérer les fondations et les valeurs de sa spécialité, à la lumière de ce qu'il vient de découvrir. L'avancée actuelle du droit constitutionnel sur la communication numérique n'est point une révolution, juste une simple évolution en cours. Après le passage de l'oral à l'écrit, la nouvelle forme de communication est le numérique. On est à la conjonction de plusieurs éléments en mutation profonde. On peut considérer que deux pôles existent pour internet, la liberté et la sécurité⁹⁰⁸. Ils mériteraient un équilibre parfait. Dans cet objectif, la thèse ici présentée est développée vers la nécessité d'introduire plusieurs nouvelles normes de référence constitutionnelles, et notamment de nouveaux droits fondamentaux numériques. Une voie à privilégier serait l'intégration d'une nouvelle Charte constitutionnelle de droits fondamentaux numériques parmi les normes de référence du Conseil constitutionnel. Une future Charte de droits fondamentaux numériques pourrait permettre l'essor de nombreux nouveaux principes relatifs aux droits fondamentaux numériques et porterait au rang constitutionnel des normes, qui (pour certaines) existent déjà au niveau législatif, mais qui acquerraient ainsi une plus grande force juridique. Pour autant, tout grand principe peut nécessiter d'une intervention à vocation interprétative. L'interprétation effectuée par le juge constitutionnel permettrait de clarifier des situations. Dès lors, les nouvelles normes issues

⁹⁰⁷ Notamment grâce à la jurisprudence du Conseil constitutionnel avec le contrôle des lois *a priori* et *a posteriori*.

⁹⁰⁸ Le droit constitutionnel a un double objectif, il doit réussir à trouver un équilibre liberté – sécurité, mais il doit aussi faire face aux menaces liées à l'interventionnisme de l'État.

de la Charte des droits fondamentaux numériques seraient laissées à la libre interprétation du Conseil constitutionnel. Cette plus haute protection constitutionnelle serait bénéfique à toutes les personnes potentiellement utilisatrices du numérique et d'internet. Tout au long des développements notre volonté a été grande et constante afin d'augmenter, par la recherche, les droits protecteurs des personnes.

538. La défense d'un environnement favorable pour le débat public. Certains concepts, porteurs de valeurs universelles, ont pour beaucoup trouvé leur genèse dans des violations des droits de l'homme qui ont parfois pour origine des faits tragiques tels que l'assassinat d'un journaliste⁹⁰⁹. Les nouveaux médias numériques, dont les réseaux sociaux en font partie, ont révolutionné par leur évolution, le processus de la chaîne de l'information, à savoir : la production, le contenu et l'utilisation. Le droit de communiquer sur internet est un droit qui remplit une fonction pratique, il permet à tout citoyen d'être un « émetteur ». Ce droit d'émettre, de communiquer avec internet est pour le citoyen plus facilement applicable qu'avant avec la presse, la radio ou la télévision, pour des raisons de praticité et d'accessibilité matérielle et technique. Cependant, le droit fondamental numérique n'est pas mentionné dans les dispositions des Constitutions et des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme. Cette nouvelle typologie de droits fondamentaux n'est pas vraiment prise en considération par les normes fondamentales. Dès lors, la décision fondatrice du Conseil constitutionnel de 2009, reconnaissant le droit d'accès à internet est une grande avancée. Mais celle-ci gagnerait à être amplifiée et érigée au plus haut rang de la hiérarchie des normes nationales et internationales. Il s'agit d'une situation qui paraît être en pleine évolution et potentiellement changeante. En effet, même si les Constitutions nationales et les traités internationaux ne consacrent pas encore explicitement un tel droit d'accès à internet, la Cour EDH le fait concernant les sites internet notamment depuis l'arrêt du 18 décembre 2012, *Ahmet Yildirim c. Turquie*⁹¹⁰. Aujourd'hui la communication numérique désigne notamment les mails, les sites internet d'information et les réseaux sociaux tels que Facebook, Instagram, WhatsApp, Twitter, Google+... Au XXI^{ème} siècle la possibilité de communication et

⁹⁰⁹ ANDREOTTI (O.) *Le journalisme à l'épreuve, Menaces, enjeux et perspectives*, Éditeur Conseil de l'Europe, 2016, pp. 5-6. Mis en ligne sur Cairn.info le 11/01/2019 <https://doi.org/10.3917/europ.andr.2016.01.0005>

⁹¹⁰ Les juges de la Cour EDH ont sanctionné la mesure prise par les autorités turques, qui, voulant restreindre l'accès à un seul site hébergé par les services de Google, ont finalement bloqué le domaine tout entier. Cour EDH, 2^e Sect., 18 décembre 2012, *Ahmet Yildirim c. Turquie* (déf.), n° 3111/10.

d'information semble infinie grâce aux sites internet. La communication des idées et des opinions englobe une multitude de thèmes : l'histoire, la technologie, l'art, la religion, les innovations, l'information, la libre communication entre acteurs de l'e-commerce...

539. Ce qu'une loi peut faire, une loi peut le défaire. Michaël Bardin affirme que lorsqu'on est juriste et plus spécialement constitutionnaliste, les éléments de base de notre réflexion sont la protection des droits et libertés fondamentaux. Les libertés dans les démocraties par définition progressent et ne régressent pas. Toute régression de liberté est problématique. Ce qu'une loi peut faire, une loi peut le défaire, il est possible de constitutionnaliser lorsqu'on veut être certain de la protection d'une liberté, et de l'insérer dans la Constitution. La constitutionnalisation permet d'être sûrs que si un jour une loi y porte atteinte, on saura qu'on est sortis de notre cadre démocratique⁹¹¹. Par exemple, il faudrait renforcer l'arsenal juridique sur la non-évolution des finalités concernant la reconnaissance faciale, car on ne sait pas ce qu'un gouvernement pourra vouloir en faire un jour. Dans la transformation numérique de l'État, en vingt ans d'excellentes évolutions ont été réalisées pour une meilleure compréhension du numérique. On observe que le citoyen reste méfiant à l'égard des données transmises à l'État, pour autant, il l'est beaucoup moins à l'égard de celles transmises aux sociétés de type GAFAM. Une des problématiques actuelles soulevées par Michaël Bardin est qu'aujourd'hui Google connaît mieux les citoyens Français que l'administration française elle-même⁹¹². On observe que l'être humain crée l'intelligence artificielle à travers les données qu'il communique et partage sur internet. Ces données permettent l'agrandissement du *Big Data*. Par conséquent on a tenté de mettre en exergue le fait que le numérique et internet nécessitent une constante adaptation juridique notamment en soulignant l'importance de la protection constitutionnelle de nouveaux droits fondamentaux numériques.

540. Le droit français à l'autodétermination informationnelle trouve une partie de ses idées du droit dégagé par la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne⁹¹³.

⁹¹¹ Mission d'information sur l'identité numérique : Mme Bénédicte Bévière-Boyer et M. Michaël Bardin, Paris, Assemblée nationale, 3 décembre 2019.

⁹¹² *Ibidem*.

⁹¹³ La Cour a créé le concept en 1983, « selbstbestimmungsrecht », lors de la décision sur la loi relative au recensement de la population. Source Senat.fr

L'autodétermination informationnelle permet de donner à l'individu les moyens de demeurer libre de conduire son existence, dans une société où le numérique prend une place croissante, qui l'amène à laisser, de plus en plus souvent, traces de ses données personnelles⁹¹⁴. On pense que le droit à la protection des données personnelles doit rester inaliénable et non négociable. La loi pour une République numérique affirme que : « Toute personne dispose du droit de décider et de contrôler les usages qui sont faits des données à caractère personnel la concernant »⁹¹⁵. Par ailleurs, on a observé l'avis de la CNCDH de 2018 de soutenir la pleine consécration, en droit français, du droit à l'autodétermination informationnelle reconnu par le Conseil d'État⁹¹⁶. Cette aspiration au contrôle de ses données, que l'idée de leur patrimonialisation essaie de saisir, est garantie mais avec une plus grande souplesse par la notion d'autonomie informationnelle et personnelle. La portée exacte du principe d'autonomie est consacrée par la loi du 7 octobre 2016 qui dispose que : « *toute personne dispose du droit de décider et de contrôler les usages qui sont faits des données personnelles la concernant* »⁹¹⁷. La sécurité est la première des libertés. La protection de la sécurité numérique devrait être un droit fondamental dérivant du numérique car on est qu'au début de plusieurs évolutions juridiques numériques. On s'est demandé si la sécurité est une exigence à protéger en-soi ou s'il faut en faire un véritable droit fondamental constitutionnel. La tendance est celle de faire de la sécurité un droit subjectif : « un droit à », un droit qui serait consacré au niveau constitutionnel. Des formules sont célèbres, notamment celle énoncée par le garde de Sceaux Alain Peyrefitte en 1980 : « La sécurité est la première des libertés ». Cette formule s'est affirmée dans les discours politiques. On s'aperçoit que la tentation est vive de trouver à la sécurité 2.0 un fondement constitutionnel. L'article 2 de la Déclaration de 1789, à travers la sûreté, constitue le fondement juridique au droit à la

⁹¹⁴ La cour constitutionnelle allemande a reconnu ce droit, dans un arrêt du 15 décembre 1983. CNCDH, Avis « Protection de la vie privée à l'ère numérique », Paris, 22 mai 2018, 44 p.

⁹¹⁵ Article 54 de la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique.

⁹¹⁶ Le Conseil d'État précise qu'« alors que le droit à la protection des données peut être perçu comme un concept défensif, le droit à l'autodétermination lui donne un contenu positif : il ne s'agit plus seulement de protéger le droit au respect de la vie privée, mais d'affirmer la primauté de la personne qui doit être en mesure d'exercer sa liberté (...) En ce sens, le droit à l'autodétermination répond d'avantage à l'aspiration croissante des individus à l'autonomie de la décision ». Étude annuelle du Conseil d'État, « Le numérique et les droits fondamentaux », 2014, pp. 267-268.

⁹¹⁷ Article 54, alinéa 2 de la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique.

sécurité⁹¹⁸. De plus, il serait possible de rattacher ce droit à la sécurité à d'autres principes constitutionnels, par exemple au principe de dignité de la personne humaine ou au principe de la protection de la santé ou à la liberté d'aller et venir. On pourrait même être tentés de rattacher ce droit à la sécurité à la garantie des droits. Cette garantie des droits est inscrite dans l'article 16 de la Déclaration de 1789⁹¹⁹, et elle constitue le fondement de la sécurité juridique et elle est visée également par l'article 12 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen sur la force publique. La volonté de faire du droit à la sécurité sur internet un droit fondamental est une tentation qui pour le moment dépend de la jurisprudence du juge constitutionnel⁹²⁰. On a pu démontrer que dans la situation actuelle de menace et de lutte contre le terrorisme, les droits fondamentaux sont limités, par voie législative, pour des motifs sécuritaires. Par conséquent et en toute hypothèse le contrôle de proportionnalité des lois, opéré par le Conseil constitutionnel est un facteur de sécurité juridique. La consécration textuelle du contrôle de proportionnalité pourrait intervenir tant au stade de l'atteinte au(x) droit(s) que dans la mise en œuvre des sanctions. Cette consécration de la proportionnalité de l'atteinte au(x) droit(s) permettrait de systématiser le recours au contrôle de la proportionnalité et de marquer les valeurs supérieures portées par les droits et libertés fondamentaux constitutionnels⁹²¹.

541. La limitation, par la voie législative, de la liberté de communication numérique.

À cause des menaces terroristes, la réaction législative s'est dirigée dans le sens d'une limitation de la liberté de communication numérique en faveur de la protection de la sécurité publique. Face à une problématique aussi importante, en tenant compte des questions liées au terrorisme, le juge constitutionnel est, pour le moment, assez mal « outillé » pour résister à la volonté tenace du législateur de toujours plus durcir la législation nationale. Il lui est difficile de résister à cette logique constante de restriction. Le juge constitutionnel pourrait céder toujours plus de droits et libertés fondamentaux face à des exigences protectrices et

⁹¹⁸ Article 2 de la Déclaration de 1789 : « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression ».

⁹¹⁹ Article 16 de la Déclaration de 1789 : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ».

⁹²⁰ Conférence : « La sécurité en droit public », Ariane VIDAL-NAQUET, Faculté de droit d'Aix en Provence, 3 - 4 mai 2016.

⁹²¹ *Ibidem*.

sécuritaires. L'encadrement strict de la liberté d'expression et de communication risque de causer un véritable conflit entre le droit national et le droit européen⁹²². Il s'agit là d'une vision pessimiste, mais la logique des droits devrait l'emporter sur la logique de surveillance de masse lorsque la France sortira de cette période sombre, qu'on a qualifié de « brouillard » qui est la menace terroriste. La réalité virtuelle ne doit pas dépasser le droit. Le danger serait que face à l'épreuve, se produise un repli sur soi sans garanties constitutionnelles ou que certaines pratiques issues des réformes législatives soient instrumentalisées et détournées de leur objectif principal qui est la lutte contre le terrorisme. Le droit à la liberté d'expression est nécessairement encadré par les règles qui s'imposent à cette liberté, ne serait-ce que pour éviter que cette liberté soit « autodétruite ». La liberté d'expression suppose qu'on ne détruise pas la liberté d'expression et par conséquent il faut l'encadrer. On peut trouver dans les dispositions notamment d'ordre pénal des restrictions, par exemple c'est le cas de la répression de la provocation de la haine raciale, c'est le cas de la répression de l'injure et de la diffamation, de l'atteinte à la vie privée d'autrui. C'est la nécessité pour les fonctionnaires d'avoir une obligation de réserve dans leurs rapports avec les administrés.

542. La valorisation du rôle du citoyen dans la démocratie avec le numérique.

Comme l'expose Pauline Türk, la démocratie numérique se prête difficilement à une théorisation, en tant que modèle distinct des notions juridiques de démocratie directe ou représentative. Elle se résume, pour l'instant, à un ensemble de démarches qui valorisent le rôle du e-citoyen, appelé à être plus actif dans la construction du projet commun, dans la gestion des affaires publiques, en se saisissant de nouveaux moyens qui lui sont proposés. Dans la dimension numérique, le citoyen a des compétences nouvelles à acquérir et un rôle nouveau à jouer. Le citoyen est appelé à s'informer et à faire circuler l'information ; il est invité à avoir un avis et à le donner, à participer au débat et à être force de proposition afin de contribuer concrètement à la réalisation de certaines politiques⁹²³. On a vu que parmi les grands risques qui incombent sur l'utilisation d'internet, la manipulation par les autorités de la libre communication est une des plus importantes. On estime qu'aujourd'hui le plus grand rempart contre ces agissements serait la protection constitutionnelle des droits fondamentaux dérivant du numérique et d'internet. Ces manipulations des communications et des

⁹²² OBERDORFF (H.), « La liberté d'expression », Paris, interview vidéo, Éd. Lextenso, 21 juillet 2015.

⁹²³ TÜRK (P.), « La citoyenneté à l'ère du numérique », *RDP*, 2018, p. 623.

informations existent dans de nombreux États. Dans ces cas, on a constaté l'utilisation par les citoyens-internautes d'un nouveau type d'internet, le *dark web* qui leur permet de naviguer de façon anonyme et cryptée afin d'éviter toute répercussion liée aux espionnages privés ou publics.

543. La censure partielle le 18 juin 2020 par le Conseil constitutionnel de loi dite « Avia » contre la haine sur internet, contre l'homophobie, le racisme, le sexisme⁹²⁴. Les atteintes à la liberté d'expression par la voie législative sont nécessaires pour garantir le respect des personnes⁹²⁵. Le Conseil constitutionnel avec sa décision du 18 juin 2020 est venu préciser que les opérateurs internet ne peuvent pas être les censeurs de la liberté d'expression. Sur internet il est possible de porter atteinte à une ou plusieurs personnes, et il ne faut pas courir le risque d'aggraver le nombre des cas de censure de la part des réseaux sociaux. Le détenteur d'une connexion à Internet, par laquelle des atteintes aux droits d'auteur ont été commises au moyen d'un partage de fichiers, ne peut pas s'exonérer de sa responsabilité en désignant simplement un membre de sa famille qui avait la possibilité d'accéder à cette connexion⁹²⁶. L'exploitant du moteur de recherche devrait prendre, si nécessaire, des mesures. Le Conseil des droits de l'homme de l'ONU a incité les États à promouvoir la protection et l'exercice des droits fondamentaux sur internet. Au niveau national, d'une part il faudrait accompagner constitutionnellement le développement d'internet en faveur des droits fondamentaux et de la démocratie, et d'autre part, il faudrait éviter à tout prix la marginalisation numérique des citoyens fragiles notamment à cause du susmentionné *digital divide*. Le numérique est une réelle opportunité au service de l'Homme, de l'individu, du collectif, et de l'État. La transformation numérique et l'adaptation juridique sont un chantier ouvert devant nous, il permet le développement économique et social, et il possède une double dimension tant législative que constitutionnelle. De plus, le numérique dépasse l'envergure nationale et est transfrontalier. Le caractère transfrontalier des conditions générales d'utilisation des sites internet est un des caractères marquants de ce nouveau mode de communication. Pour prendre en considération les réglementations venant des grands acteurs privés d'internet en raison du caractère intrinsèquement transnational du

⁹²⁴ Cons. const.. n° 2020-801 du 18 juin 2020, *loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet*.

⁹²⁵ *Loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet, 2020*.

⁹²⁶ CJUE, 18 octobre 2018, aff. C-149/17, *Bastei Lübbe GmbH & Co. KG/Michael Strotzer*.

numérique notre approche étudie des catégories de dispositions qui vont au-delà du droit positif et du droit jurisprudentiel : les conditions générales d'utilisation. Il s'agit de réglementations qui, tout en ne produisant pas des normes juridiques proprement dites, sont revêtues d'une efficacité incontestable, car les usagers d'internet sont obligés de se conformer aux conditions générales d'utilisation provenant de Google, de Facebook, de Twitter, etc., y compris (et peut-être surtout) lorsqu'ils exercent leur droit à la libre communication. Au fil des développements, On a voulu effectuer une démonstration qui porte sur la constitutionnalisation des droits fondamentaux du numérique. En effet on a fait le constat que la seule constitutionnalisation du droit à la libre communication numérique en particulier n'est pas suffisante. Trop de dangers pour la vie démocratie et pour la vie privée liée aux activités numériques pourraient persister. On est partis du constat selon lequel le Conseil constitutionnel a reconnu le droit à l'accès à internet et la progression du raisonnement et on a essayé d'élaborer les grandes lignes de celle qui pourrait être une future composante du Bloc de constitutionnalité. Une des particularités de l'étude est l'évolution constante du numérique. Cette particularité tend à rendre difficile une présentation complète des droits fondamentaux numériques susceptibles d'être constitutionnalisés. Une certaine subjectivité dans le choix de ces droits a été nécessaire. Cependant il a fallu retenir des droits majeurs comme la neutralité d'internet et la prééminence de la sécurité publique, très sensible avec le risque du terrorisme. Il s'agit d'un domaine nouveau qui implique l'essor d'un droit nouveau. Vue du prisme des droits fondamentaux constitutionnels, la situation actuelle de la communication numérique est dans une certaine précarité et le phénomène du numérique, des réseaux sociaux et leur important flux de communications, permet de se rendre compte que les réponses juridiques ne doivent pas être que nationales, elles doivent aussi être internationales. Face à cette mondialisation, une réaction nationale forte telle la constitutionnalisation de droits et principes fondamentaux numériques est nécessaire⁹²⁷.

544. La distanciation sociale n'a pas été synonyme de déconnexion sociale pendant la période de confinement à cause de la pandémie de Covid-19. L'état d'urgence sanitaire à cause de la pandémie de Covid-19 a mis en exergue l'importance de l'accès à internet et des communications numériques en cas de crise. L'accès à internet a permis à la population

⁹²⁷ Cf. notamment : le droit au libre accès à internet, le droit à la liberté d'expression et de communication sur internet, le droit à l'oubli numérique, le droit à l'information, le principe de neutralité d'internet, le principe de transparence du web, le principe de loyauté et de neutralité des plateformes numériques, le droit à la protection et à la modification des données, le droit à l'autodétermination concernant les données à caractère personnel...

d'être informée immédiatement sur les évolutions de la situation à travers la consultation des médias qui utilisent préférentiellement ou exclusivement internet et des réseaux sociaux. Il a permis aux personnes malades ou à mobilité réduite d'être parfois le seul lien avec le monde extérieur. Ainsi on a assisté à l'émergence généralisée au sein des différentes couches de la population de l'utilisation du *e-learning*, du télétravail, du *streaming*, du *smart working*, etc. Les communications numériques ont encore plus qu'en période normale, permis l'accessibilité aux cours pour de nombreux étudiants de tout âge, le suivi par les enseignants et parfois même la réalisation du contrôle continu et des examens. Ce droit à l'accès à internet s'est démontré véritablement essentiel. Protéger le libre accès à internet et le renforcer est essentiel car on continue à découvrir son importance et ses nouvelles fonctionnalités. Avec internet on est confrontés à des questions très techniques, où les mutations de la société appellent des choix politiques et juridiques *quasi* immédiats. Le risque de *tracking*, le traçage numérique pourrait modifier notre société *post* confinement. Il s'agit d'une technologie déjà mise en place dans d'autres États et notamment à Singapour, en Corée du Sud, en Italie etc.

545. La « fondamentalisation » de nouveaux droits émergents à l'ère numérique est un sujet qui intéresse les constitutionnalistes au XXI^{ème} siècle. Les droits fondamentaux préexistants, renouvelés dans leur contenu ou leurs modes d'exercice nécessitent de nouvelles approches normatives. Tel est le cas de la liberté d'expression et de la libre communication au sens de la Déclaration de 1789. La question de savoir si la « libre communication numérique » en constitue un prolongement, un renouvellement, ou bien constitue un nouveau droit fondamental qu'il conviendrait de consacrer comme tel, et éventuellement d'encadrer spécifiquement, a mérité attention. C'est bien l'un des enjeux de notre thèse, qui s'appuie notamment sur la décision du Conseil constitutionnel de 2009 reconnaissant une valeur constitutionnelle au droit d'accès à internet pour s'interroger sur les enjeux et perspectives de cette étape jurisprudentielle, et plus généralement sur les pistes à suivre pour compléter le corpus juridique. En définitive, le sujet de thèse est très ambitieux et il a fallu se concentrer sur certains aspects, en en négligeant d'autres qui auraient requis une attention supplémentaire. Notre projet impliquait un effort prospectif, d'autant que la jurisprudence constitutionnelle française est relativement pauvre, en comparaison des apports de certaines cours constitutionnelles étrangères. Le « bloc de constitutionnalité », en France, comprend peu de dispositions exploitables, et l'on rappelle le refus, en 2009, de constitutionnaliser le droit à la protection des données personnelles, ou, en 2018, d'adosser

à la Constitution de 1958 une Charte du numérique⁹²⁸, comparable à la Charte de l'environnement, malgré des propositions et débats en ce sens. En définitive, on constate quotidiennement l'importance de la libre communication et la « fondamentalisation », de nouveaux droits émergents à l'ère numérique. Le droit d'accès à internet continuera à avoir sa place dans la jurisprudence constitutionnelle. Si la méthode de la protection qui lui est accordée peut être discutée, nul ne remet plus en cause sa réalité et sa nécessité, ce qui est déjà le signe d'une progression pour un droit méritant sa consécration. En posant un point final, l'étude s'inscrit déjà dans le passé mais laisse possible l'exploration de nouveaux bouleversements qui affecteront demain l'état des rapports existants entre le droit constitutionnel et internet...

⁹²⁸ À la suite de la mission dont ils avaient été chargés : travailler sur les droits et libertés des citoyens à l'ère du numérique, la députée Paula Forteza (LREM), le sénateur Christophe-André Frassa (LR) ainsi que 17 autres élus avaient proposé une Charte numérique à adosser à la Constitution. Le Président de la République Emmanuel Macron souhaitait une révision constitutionnelle à ce sujet.

Index

(Les chiffres renvoient aux numéros des pages)

A

Algorithme 122, 123, 124, 125, 318

Application

chiffrement..... 101, 174

cryptée..... 307, 309

illégale..... 320, 337, 369

Instagram..... 117, 377, 392

messagerie instantanée54, 101, 106, 157, 308

mobile 249, 274

Telegram 307, 309

Twitter..... 86, 109, 160, 307, 313, 377

Uber..... 101

WhatsApp 101, 392

Avocat..... 179, 180, 181, 182

B

Barack Obama..... 157, 175, 309

Big data..... 101, 324, 325

anonymisation des données..... 324

croisement des données..... 324

data analytics..... 317

PredPol..... 318

principe de finalité 324

Bongo Ondimba..... 376

Bonne foi213, 331, 334

Bulles de filtres 118, 122, 124, 226

C

Charte de l'environnement 35, 56, 130, 388

CNIL25, 173, 253, 254, 377

Conditions générales d'utilisation101, 102, 398

Conseil constitutionnel

bloc de constitutionnalité71, 147, 166, 204, 273, 388

contrôle adéquat..... 167

contrôle approfondi 64

contrôle de la nécessité..... 332

contrôle de proportionnalité60, 63, 67, 127, 168, 242, 268, 332, 358, 374, 395

objectif de valeur constitutionnelle 359

QPC 181

Cour de justice de l'UE168, 173, 182, 209, 323, 472

Cour EDH12, 54, 182, 183, 203, 208, 218, 244, 365, 392

D

Démocratie..... 100, 105, 159

Désinformation..... 197

Diffamation..... 79, 159

Digital divide	31, 116, 130
Donald Trump	108
Droit à l'oubli	194, 320, 322
Droit au respect de la vie privée	179
confidentialité.....	179, 205, 226
paramètres de confidentialité.....	186
secret des correspondances.....	178, 183, 201, 216
Droit d'accès	
à internet.....	131, 188, 194, 275, 336, 376, 383
au numérique.....	110, 112, 116, 130, 131, 194, 252
Droit romain	290, 373

E

E-commerce	160, 174, 316
Emoji	311, 440
Espion	21, 397
État d'urgence	366, 367, 371, 372, 375
État de droit	30, 40, 55, 73, 74, 78, 104, 237
État espion	18, 202, 203, 307, 337
État islamique	20, 371
État Islamique	284
États	
Algerie.....	261
Allemagne.....	250, 271
Corée du Nord.....	266
Estonie.....	119
États-Unis d'Amérique.....	175, 250, 309, 317, 321, 325
France.....	290
Gabon.....	376
Grèce.....	250

Italie.....	290
Libye.....	261
Mali.....	261
Royaume-Uni.....	182
Russie.....	250, 308
Suisse.....	119
Syrie.....	203, 330

Exception

de bonne foi.....	331
-------------------	-----

F

Fake news	87, 162, 210
Football leaks	210

G

GAFAM

Amazon.....	160, 174, 316, 321
Apple.....	174, 307, 363
Facebook.....	109, 160, 184, 307, 313, 377, 392
Google.....	160, 174, 307, 308, 321

Gouvernement	73, 107, 139, 174, 214, 265, 373, 374
---------------------------	---------------------------------------

H

Hacker	26, 376, 378
HADOPI 1	8, 30, 65, 108, 136, 146
HADOPI 2	117, 131, 193, 209
Hashtag	191, 192

I

Identité	46
Injure	159
Intérêt général	62, 63, 66, 81, 85, 211, 212, 217, 218, 251
Internaute	

enfant.....	254
Internet	31
accès à.....	32
blog	106, 210
chat-rooms.....	287
cloud.....	282, 319
cookies	195
cyber criminalité	317, 321
déréférencement.....	337
hyperlink	209
indexation.....	375
open data.....	319
open space	156
page internet.....	376
plateformes.....	202
streaming.....	153, 158, 287
Internet caché	
dark web.....	371
Dark web.....	21, 26, 249, 375, 378, 397
Tor.....	255, 376
Interruption volontaire de la grossesse	127, 279, 291
Intuitu personae	26, 192, 211, 295, 327, 377, 378
Investigation	210
Iphone	363, 364
déverrouiller.....	363
Touch ID	363, 364
J	
Journaliste	206, 209, 211, 217
Juge	167, 183
administratif	336, 357
allemand.....	271
américain.....	32

constitutionnel	4, 356
des libertés et de la détention.....	14
européen	337
judiciaire.....	336

L

Laïcité	274, 285, 286, 288, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 329
----------------	--

Lanceur d’alerte	211, 217
-------------------------------	----------

Législation américaine

Freedom Act.....	175
Patriot Act.....	174, 369
Safe Harbor.....	321, 326

Liberté

artistique	190
d’expression.....	159
d’information.....	159, 190, 206, 226, 326
de conscience.....	287
de la presse	205
de religion.....	190, 288, 294
de réunion	271
syndicale.....	190

Lobbying	260
-----------------------	-----

Lumières	58
----------------	----

M

Manifester

manifestation	75
---------------------	----

Mark Zuckerberg	175
------------------------------	-----

Médias	93, 106, 304
---------------------	--------------

BFM TV	328
censure.....	308
Mediapart.....	210
numériques	106, 286

Microsoft.....174, 307

N

Nations Unies.....250

Neutralité

d'internet.....152, 157, 159

religieuse.....292

Nickname191, 377

NSA.....369

NTIC.....85, 103, 129, 130, 274, 286, 364

Numérique190

O

Ordre public166, 306, 315, 324, 336, 357, 382

P

Pédopornographie.....250

Pharos.....240

Piratage26, 120, 378

Pluralisme90, 91, 242

des opinions159

des religions.....273

Principe

d'égalité161, 270, 294, 334

de dignité252, 301

de loyauté.....35, 194, 387, 399

de neutralité137, 152, 160, 161, 194

de transparence32, 121, 150, 151

Printemps arabe.....86

Prism315

R

Référendum

procédures référendaires258

référendum76, 84, 258

référendum numérique83

Religion.....277, 289

athéisme.....285

Bouddhiste.....284, 291

Chrétienne284, 290

Juive192, 290

Musulmane.....275

religion 2.0286

Renseignement

intérieur18, 202

loi63, 166, 168, 205, 382

services.....305

services de167, 308, 309

techniques.....63

US.....174

S

Samsung

Finger Scanner363

Secret professionnel.....180, 181, 203

Smartphone.....260, 274, 275

Snowden.....18, 33, 174, 203

Spam152

Surveillance

de masse33

étatique40

politique de.....307

T

Technologie biométrique.....364

Téléchargement illégal30

Télécommunications 51, 116, 137, 160, 178, 201

Terrorisme 313, 317, 326

apologie.. 27, 192, 330, 331, 335, 336, 367

attentats 363

djihad..... 277

menace 329

menace terroriste..... 306, 310

Tracking 399

V

Vie privée 377

anonymat..... 21, 27, 327, 397

anonymisation 324

conditions générales d'utilisation 104

droit à l'oubli numérique 322, 323, 326

droit du respect de la vie privée..... 314

intimité..... 312

pseudonyme 26, 377, 378

usurpation d'identité..... 26, 378

Villes

Boston..... 317

Nice..... 20, 366, 371

Paris 56, 85, 191, 317, 370

San Bernardino 101

Vote électronique 119

Bibliographie

Cette bibliographie ne prétend pas être exhaustive. Certaines références citées dans les notes de bas de page de cette thèse n'y sont pas reprises. Ces références sont classées par ordre alphabétique, pour un même auteur le classement est réalisé par ordre chronologique.

I. OUVRAGES

AGOSTINELLI (X.), *La protection civile de la vie privée*, Aix en Provence, Librairie de l'Université d'Aix en Provence Éditeur, 1994, 456 p.

AGOSTINELLI (X.), DEBBASCH (C.), BOYER (A.), CAPORAL, (S.), DROUT (G.), FERRAND (J.-P.), ISAR (H.), LASSALLE (J.-Y), MONDOU (C.), XAVIER (P.), VERGÉS (J.), *Droit des médias*, Paris, Éd. Dalloz Référence, 2002, 470 p.

ALAIN, *Souvenirs sans égards : Suivi de Traité outils et Dix leçons d'astronomie*, Éditions Aubier, 2010, 339 p.

ARISTOTE, *Politique*, Paris, Éd. Flammarion, (entre 335 et 323 av. J. C.), 2015, 589 p.

ARISTOTE, *Rhétorique, Tome 1, Livre 1*, Paris, Broché, (entre 329 et 323 av. J. C.), 2003, 218 p.

AUBIN (E.), *Droit de l'aide et de l'action sociale*, Paris, Gualino éditeur, 524 p.

AUGIER (M.), *La société numérique*, Paris, L'harmattan, 2016, 252 p.

BADOUARD (R.), *Le désenchantement de l'internet : désinformation, rumeur et propagande*, Paris, Broché, 2017, 179 p.

BAUDREZ (M.), DI MANNO (T.), *La communicabilité entre les systèmes juridiques, Liber Amicorum Jean-Claude Escarras*, Bruxelles, Études coordonnées, Éd. Juridiques Bruylant, 2005, 980 p.

BECK (U.), *Pouvoir et contre-pouvoir à l'ère de la mondialisation*, Paris, Éd. Flammarion, 2004, 105 p.

BECCARIA (C.), *Des délits et des peines*, Paris, Éd Flammarion, 2006, 187 p.

BEIGNIER (B.), LAMY (B.), DREYER (E.) ; *Traité de droit de la presse et des médias*, Paris, LexisNexis Litec, édition 2009, 590 p.

BENEDEK (W.), KETTEMANN (C.), *Liberté d'expression et internet*, Paris, Éd. du Conseil de l'Europe, 2015, 188 p.

BENSOUSSAN (A.), *Informatique et libertés*, Paris, Éd. Francis Lefebvre, 2012, 1096 p.

BERGEL (J-L) *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz 5^{ème}, 2012, 1008 p.

BIOY (X.), *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Paris, LGDJ, 4^{ème} éd., 2016, 1006 p.

BON (P.), *La Constitution et les valeurs*, Paris, Dalloz, 2005, 592 p.

BONICHOT (J-C), CASSIA (P), POUJADE (B) *Les grands arrêts du contentieux administratif*, Paris, Dalloz, 4^{ème} édition, 2014, 824 p.

BRASSEUR (C.), *Enjeux et usages du Big data. Technologies, méthodes et mises en*

œuvre, Paris, Lavoisier, 2013, 30 p.

BURNHAM (J.), *L'ère des organisateurs*, Paris, Éd. Persée, 1947, 586 p.

CABRILLAC (R.), *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, éd. Dalloz, 2014, 426 p.

CADILHON (F.), CHASSAIGNE (P.), SUIRE (É.), *Censure et autorités publiques, de l'époque moderne à nos jours*, Bruxelles, Éd. Juridiques Internationales, 2015, 360 p.

CAMUS (A.), *Carnets Tome I*, Paris, Folio, 1962, 240 p.

CAMUS (A.), *La Peste*, Paris, Gallimard, 1972, 288 p.

CARAYOL (V.), SOUBIALE (N.), FELIO (C.) BOUDOKANE (F.), *La laisse électronique : les cadres débordés par les TIC*, Éditeur Maisons des sciences de l'homme d'Aquitaine, 2016, 120 p.

CARBONNIER (J.), *Sociologie juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, coll. U., 2016, 416 p.

CARTIER (E.), *La QPC, le procès et ses juges, impact sur le procès et l'architecture juridictionnelle*, Paris, Dalloz, 2013, 544 p.

CASTETS-RENARD (C.) *Droit de l'internet : droit français et européen*, Paris, Lextenso édition, 2014, 486 p.

CASSIN (R.), *Amicorum discipulorumque liber*, Paris, Éd. Pedone, 1972, 384 p.

CASSIN (R.), *Les Hommes partis de rien, le réveil de la France abattue (1940-1941)*, Paris, Plon, 1974, 491 p.

CARBONNIER (J.), *Sociologie juridique*, coll. Paris, Thémis-Quadrige, PUF 27^{ème}

édition, 2004, 399 p.

CARCASSONNE (G.), GUILLAUME (M.), *La Constitution*, Paris, éditions Seuil, 2016, 480 p.

CATALA (P.), *Droit et l'informatique – L'hermine et la puce*, Paris, éditions Masson, 1992, 242 p.

CERDA-GUZMAN (C.) *Cours de droit constitutionnel et des institutions de la V^{ème} République*, Paris, Guarlino, Lextenso éd., ère édition 2016, 524 p.

CHAGNOLLAUD (D.), *Droit constitutionnel contemporain*, Paris, Dalloz, 6^{ème} édition, 2014, 668 p.

CHALTIEL (F.), *Les lanceurs d'alerte*, Paris Dalloz, 2018, 138 p.

CHANTEBOUT (B.) *Droit constitutionnel*, Paris, 30^{ème} édition Sirey, 2015, 612 p.

CHAPUS (R.) *Droit du contentieux administratif*, Paris, Lextenso éd., 13^{ème} édition, 2008, 1540 p.

CHEVALLIER (J.), *L'État post-moderne*, Paris, 2^{ème} éd., LGDJ, 2004, 558 p.

COHENDET (M.-A.), *Droit constitutionnel*, Paris, Montchrestien, Lextenso éd., 5^{ème} édition, 2011, 544 p.

COHENEDET (M.-A.), *Droit constitutionnel*, Paris, Lextenso Éd, 5^{ème} édition, 2011, 552 p.

COOL (Y.), PATOUL (F.), ROY (D.) LAURENT (P.) *Les logiciels libres face au droit*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 524 p.

COLEMAN (G.), *Anonymous*, Montréal, Lux Éditeur, 2016, 512 p.

COURBET, D. (dir.) (2010), *Objectiver l'Humain ? Volume 2 : Communication et expérimentation*, Paris, Éditions Hermès Lavoisier, 240 p.

COURBET (D.), *Comment rédiger un projet de recherche (thèse de doctorat, mémoire de master...)* ? Institut de Recherche en Sciences de l'Information et de la Communication IRSIC/IMSIC, Aix-Marseille Université, juin 2017, version 3, 300 p.

CUKIER (K.), MAYER (V.), DHIFALLAH (H), *Big Data*, Paris, Broché, 2014, 298 p.

DAVID (R.), *Traité élémentaire de droit civil comparé*, Paris, LGDJ, 1950, 556 p.

DEBBASCH (C.), BOURDON (J.), RICCI (J.-C.), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Economica, 1990, 972 p.

DEBBASCH (C.) *Droit de la communication, presse, audiovisuel, Internet*, Paris, Précis Dalloz Droit public, 2001, 344 p.

DEBARD (T.), ZILLER (J.) et plusieurs auteurs, *État de droit et droit européen*, Paris, Logiques juridiques, Éd. L'harmattan, 2010, 350 p.

DEBRÉ (J.-L.), *Le Conseil constitutionnel : une réussite inattendue de la V^{ème} République*, Paris, Éd. Dalloz, 2008, 308 p.

DELAHAYE (J.-P.) GAUVRIT (N.), *Culturomics : le numérique et la culture*, Paris, Éd. Odile Jacob, 2013, 224 p.

DEMOULAIN (M.), *Nouvelles technologies et droit des relations de travail*, Paris, Éd. Broché, 2012, 440 p.

DE MUSSET (A.), *On ne badine pas avec l'amour*, Paris, Éd. Pocket, 2005, p. 96.

DENIZEAU (C.) *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Vuibert 2^{ème} édition 2012, 434 p.

DEPRIS (D.), *Big Brother est parmi nous : surveillance électronique et informatique, terrorisme, guerre, Big Data*, Paris, Éd. Tatamis, 2015 p.412.

DERIEUX (E.), *Droit des médias, droit français, européen et international*, Paris, LGDJ, 6^{ème} édition, 2013, 1142 p.

DERIEUX (E.), *Droit de la communication*, Paris, LGDJ, 4^{ème} édition, 2006, 714 p.

DOUEIHI (M.), *Qu'est-ce que le numérique ?* Paris, PUF Éd., 2013, 64 p.

DREYER (E.), *Droit de l'information*, Paris, Litec, 2002, 454 p.

DREYER (E.), *Droit pénal général*, Paris, LexisNexis, 4^{ème} édition, 2016, 1394 p.

DESCARTES (R.), *Les méditations métaphysiques*, Paris, Éd. Flammarion, 2009, 226 p.

DEPRADT (D.), *L'Europe et l'Amérique en 1821*, Paris, Éd. Béchet, 1822, 768 p.

DUTHEIL DE LA ROCHERE (J.), *La concurrence dans la société de l'information*, Paris, Éd. Panthéon-Assas 2002, 248 p.

ECK (L.), *L'abus de droit en droit constitutionnel*, Paris L'Harmattan, 2010, 672 p.

EISMEN (A.), *Éléments de droit constitutionnel*, Paris, Gallica, 1896, 1296 p.

EYNARD (J.) *Les données personnelles*, Paris, Éd. Michalon, 2013, 428 p.

FAVOREU (L.), *La Constitution et son juge*, Paris, Economica, 2014, p. 1260.

FAVOREU (L.), GAIA (P.), GHEVONTIAN (R.), *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Précis Dalloz, 5^{ème} édition, 2009, 684 p.

FAVOREU (L.), GAIA (P.), GHEVONTIAN (R.), MESTRE (J.-L.), PFERSMANN (O.), ROUX (A.), SCOFFONI (G.), *Droit constitutionnel*, Paris, Précis Dalloz, 17^{ème} édition, 2015, 1094 p.

FAVEUREU (L.), GAIA (P.), GHEVONTIAN (R.), MESTRE (J.-L.), PFERSMANN (O.), ROUX (A.), SCOFFONI (G.), *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 18^{ème} éd., 2016, 1102 p.

FAUCHAIS (V), DEPREZ (P), BRUGUIÈRE (J-M) *Le droit de l'internet*, Paris, LexisNexis, 2^{ème} édition, 2014, 444 p.

FÉRAL-SCHUHL (C.), *Le droit à l'épreuve d'Internet*, Paris, Dalloz, 2014, 1100 p.

FOGEL (J.-F.), PATINO (B.), *La condition numérique*, Paris, Édition Grasset, 2013, 212 p.

FOILLARD (P.) *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Bruxelles, Éd. Larcier, Collection Paradigme, 20^{ème} édition, 2014, 434 p.

FONTAINE (L.) Dir. *Droit et pluralisme*, Bruxelles, Éd. Bruylant, 2006, 398 p.

FOREST (D.), *E-réputation, le droit applicable à la réputation en ligne*, Paris, Gualino éd., 2014, 60 p.

FRANCESCHINI (L), BELLESCIZE (D), *Droit de la communication*, Paris, Thémis droit, PUF, 2011, 704 p.

FREUND (J.), *L'essence du Politique*, Paris, Éd. Dalloz, 1965, 637 p.

FUKUYAMA (F.), *La Fin de l'histoire et le Dernier Homme*, Paris, Éditeur Flammarion, 1992, 450 p.

GAÏA (P.), GHEVONTIAN (R.), MELIN-SOUCRAMANIEN (F.), OLIVA(E), ROUX (A.) *Les Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 18^{ème} éd, 2016, 1064

p.

GAY (L.), *Les « droits-créances » constitutionnels*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 800 p.

GAUDRAT (P.), SARDAIN (F.), *Traité de droit civil du numérique*, Bruxelles, Édition Larcier, 2015, 906 p.

GARCIN (P.), *Sécurité, insécurité*, Paris, Armand Colin, 2005, 314 p.

GÉRÉ (F.), *Sous l'empire de la désinformation : la parole masquée*, Paris, Economica, 2018, p. 145.

GERVIER (P.), *La limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public*, Paris, Lextenso éditions, 2014, 514 p.

GHERNAUTI-HÉLIE (S.) *Internet et sécurité*, Paris, Éd. PUF, 2002, 126 p.

GIROT (J-L), *Le harcèlement numérique*, Paris, Dalloz, 2005, 322 p.

GREFFE (P.), GREFFE (F.), *La publicité et la loi*, Paris, LexisNexis, Litec, 10^{ème} édition, 2004, 1230 p.

GRYNBAUM (L.), LE GOFFIC (C.), MORLET (L.), *Droit des activités numériques*, Paris, Précis Dalloz, 2^{ème} édition, 2014, 1032 p.

GROPPI (T.), OLIVETTI (M.), *La giustizia costituzionale in Europa*, Milan (Italie), Giuffrè éd, 2003, 478 p.

HAURIOU (M.) *Précis de droit constitutionnel*, Paris, 2^{de} édition, Dalloz, 1929, 760 p.

HAAS (G.), COHEN (Y.), *Guide juridique, informatique et libertés*, Saint-Herblain, Eni éd., 2012, 230 p.

- HOBBS (T.), *Léviathan*, Paris, Éditions Blaeu, 1668, 1024 p.
- HOEBEKE (S.), MOUFFE (B.), *Le droit de la presse*, Paris, Anthemis 3^{ème} édition, 2012, 910 p.
- HUET (J.), DREYER (E.), *Droit de la communication numérique*, Paris, Éd. LGDJ, 2006, 376 p.
- HUYGHE (F. - B.), *La désinformation, Les armes du faux*, Paris, Éd. Colin, 2016, 188 p.
- JAURES (J.), *Pour la laïque*, Paris, Le livre de poche, 2016, 192 p.
- KANT (E.), *Fondements de la métaphysique des mœurs*, Paris, Flammarion, 2018, 218 p.
- KELSEN (H.) *Théorie générale des normes*, Paris, Broché, 1996, 616 p.
- KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, Paris, LGDJ, 1999, 367 p.
- KUNTZEL (M.), *Jihad et haine des juifs*, Paris, éditions du Toucan, 2015, 236 p.
- LACHANCE (J.), *Photos d'ados à l'ère du numérique*, Québec, Presses de l'université Laval, 2013, 150 p.
- LEBRETON (G.), *Libertés publiques et droits de l'homme*, Paris, Éd. Armand Colin, 7^{ème} éd, 1995, 550 p.
- LECLERC (O.), *Protéger les lanceurs d'alerte : la démocratie technique à l'épreuve de la loi*, Paris, LGDJ, 2017, 105 p.
- LEFRANC (D.) *Droit des nouvelles technologies*, Paris, Éd. BTF concept, 2012, 164 p.
- LETTERON (R.), *Libertés publiques*, Paris, Dalloz 9^{ème} édition, 2012, 602 p.

- LESSIG (L.), *L'Avenir des idées, Le sort des biens communs à l'heure des réseaux numériques*, Paris, Broché, 2005, 414 p.
- LEONETTI (X.), *Guide de cyber sécurité. Droits, méthodes et bonnes pratiques*, Paris, L'Harmattan, 2016, 326 p.
- LEPAGE (A.), *Libertés et droits fondamentaux à l'épreuve de l'internet*, Paris, éd. du Juris-Classeur, 2002, 230 p.
- LEROY (J.), *Droit pénal général*, Paris, LGDJ, 2016, 544 p.
- LE BOT (O.), *La démocratie en un clic ?* Paris, Réflexions autour de la notion d'e-démocratie, Éd. L'Harmattan, 2010, 132 p.
- LE VOGUER (G.), *Le renseignement américain*, Rennes, Presses univ, 2014, 216 p.
- LITTRÉ (E.), *Dictionnaire de la langue française*, Paris, Éditions Librairie Hachette et Cie., 1863, 2628 p.
- LOCKE (J.), *Traité sur le gouvernement civil*, Paris, Éd. Flammarion, 1999, 380 p.
- LONDRES (A.), *Terre d'ébène*, Paris, Albin Michel, 1929, 420 p.
- MACKAY (P.) *Lire le droit : Langue, texte, cognition*, Paris, Broché, 2000, 244 p.
- MALAURIE (P.), FULCHIRON (H.), *Droit de la famille*, Paris, LGDJ, Lextenso éd., 5^{ème} éd., 2015, 864 p.
- MAIGRET (É.), *Sociologie de la communication et des médias*, Paris, Éditions Armand Colin, 2015, 294 p.
- MAYER (J.-B.), *Religion et internet*, Paris, Infolio éditions, 2008, 187 p.

MALAURIE (P.), *Droit des personnes : La protection des mineurs et des majeurs*, Paris, LGDJ, 2017, 410 p.

MARTENS (E.), *Le dialogue des juges*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 166 p.

MATHIEU (B.), *Constitution : rien ne bouge et tout change*, Paris, Lextenso éditions, 2013, 190 p.

MBONGO (P.), *La régulation des médias et ses standards juridiques*, Paris, Éd. Mare & Martin, 2011, 208 p.

MBONGO (P.) *La liberté d'expression en France*, Paris, Mare & Martin éd. 2012, 302 p.

MELIN-SOUCRAMANIEN(F.), *Libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, 1^{er} édition, 2014, 220 p.

MOLFESSIS (N.), *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, Paris, LGDJ, 1997, 624 p.

MONTESQUIEU (C.-L.) *De l'esprit des lois*, Paris, Broché, 2017, 454 p.

MORANGE (J.) *La liberté d'expression*, Bruxelles, Éd. Bruylant, 2009, 104 p.

MUZNY (P.), « Essai critique sur la notion de noyau intangible d'un droit », Paris, R.D.P., 2006, 977 p.

NAUDET (J-Y), *Éthique et médias*, Aix en Provence, Éd. de l'Université-Aix-Marseille, 2009, 322 p.

NIETZSCHE (F.), *Crépuscule des idoles*, Paris, Folio, 1988, 151 p.

NIZARS (S.), *Le religieux sur internet*, Paris, Éd. Harmattan, 2015, 432 p.

OBERDORFF (H), ROBERT (J.), *Libertés fondamentales et droits d l'homme*, Paris, LGDJ, 2015, 1104 p.

OLIVA (E.), GIUMMARRA (S.), *Droit constitutionnel*, Paris, Éd. Sirey, 8^{ème} édition, 2014, 360 p.

OPPÉTIT (B.), *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 2005, 154 p.

ORWELL (G.), *La ferme des animaux*, Paris, Gallimard, 1949, p. 55.

PARIENTE (A.), « Questions autour de l'identité chrétienne et des valeurs politiques romaines » in *La constitution et les valeurs*, Paris, Dalloz, 2005, 592 p.

PASCAL (B.), *Pensées*, fragment 347 de l'édition de Brunschvicg, 1660, 250 p.

PASCAL (B.), *Grandeur de l'homme*, Chapitre XXIII, Éd. de Port-Royal, 1670, 181 p.

PECES-BARBA MARTINEZ (G.), *Théorie générale des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, 2004, 494 p.

PERELMAN (C.), *Les antinomies en droit*, Paris, Éd. Dialectica, 1964, vol. 18., 230 p.

PHILIPPE (X.), *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative française*, Aix en Provence, P.U.A.M., 1990, 498 p.

PLATON, *Le Sophiste*, Paris, Éd. Flammarion, 2006, 324 p.

PLENEL (E.), *Le droit de savoir*, Paris, Broché, 2013, 180 p.

RAVAZ (B.), RETTERER (S.), *Droit de l'information et de la communication*, Paris, Édition Ellipses, 2006, 174 p.

REGAD (C.), *Aux limites du droit*, Paris, Éd. Mare & Martin, 2016, 378 p.

RIVERO (J.), « Rapport de synthèse, in L. FAVOREU, *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Economica, 1982, Aix-Marseille, 529 p.

ROUVILLOIS (F.), *Libertés fondamentales*, Paris, Éd. Champs Université, 2012, 404 p.

ROUSSEAU (D.), *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, LGDJ, Lextenso éd., Domat droit public, 10^{ème} édition, 2013, 592 p.

ROUSSEAU (J.-J.), *Du contrat social*, Paris, Union générale d'éd., 1963, Livre II, Chapitre V, 80 p.

ROLLAND (P.), *Du délit d'opinion dans la démocratie française*, Bruxelles, Mélanges Mourgeon, Bruylant, 1998, 645 p.

ROMAN (D.), HENNETTE-VAUCHEZ (S.), *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, 2013, 756 p.

ROQUES-BONNET (M.-C.), *Le droit peut-il ignorer la révolution numérique ?*, Paris, Michalon, 2010, 602 p.

SANTOLINI (T.), *Les parties dans le procès constitutionnel*, Thèse, Université de Toulon, Paris, Éd. Broché, 2010, Prix du Conseil Constitutionnel, 436 p.

SARTRE (J.-P.), *L'existentialisme est un humanisme*, Paris, Éditions Nagel, 1946, 144 p.

SIMON (J.), *La liberté de conscience*, Paris, Éd. Hachette, 1857, 488 p.

SMITH (A.) *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, Paris, Éd. Broché, 2000, 414 p.

SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, 7^{ème} édition, 451 p.

SUEUR (J.-J.), FARHI (S.), *Pratique(s) et enseignement du droit*, Paris, éditions LGDJ,

2016, 380 p.

SUNIER (P.-A.), *Modèle conceptuel de données*, Paris, Broché, 2016, 178 p.

TEYSSIÉ (B.), *La communication numérique, un droit, des droits*, Paris, Éd. Panthéon Assas 2012, 626 p.

TODOROV (T.), *Le siècle des totalitarismes*, Paris, Broché, 2010, 928 p.

TOCQUEVILLE (A.), *De la démocratie en Amérique*, Paris, Gallimard, 1992, 520 p.

TÜRK (P.), VALLAR (C.), *La souveraineté numérique*, Paris, Broché, 2018, 240 p.

VERPEAUX (M.), MONTALIVET (P.), ROBLOT-TROIZER (A.), VIDAL-NAQUET (A.), *Droit constitutionnel, Les grandes décisions de la jurisprudence*, Paris, Presses universitaires de France, 2011, 538 p.

VERPEAUX (M.), MATHIEU (B.), *La constitutionnalisation des branches du droit*, Paris, Economica, 1999, 181 p.

VERBIEST (T.), WERY (É.) *Le droit de l'internet et de la société de l'information*, Bruxelles, Éd. Larcier, 2001, 624 p.

WEISEL (E.), *La nuit*, Les éditions de Minuit, Paris, 2007, p. 199.

WÉRY (E) *Sexe en ligne : aspects juridiques et protection des mineurs*, Paris, LGDJ, 2004, 202 p.

ZOLLER (É.) *La liberté d'expression aux États-Unis et en Europe*, Paris, Dalloz, édition 2008, 300 p.

A. Ouvrages de droit comparé ou de source étrangère

• Droit allemand

FROMONT (V.), « Einfluss der deutschen Verfassungsrechtsprechung auf die Entscheidungen des Conseil constitutionnel », in : Grundgesetz und Verfassungsrechtsprechung im Spiegel ausländischer Verfassungsentwicklung (dirigé par Ch. Starck), Baden-Baden 1990, 254 p.

HABERMAS (J.), *L'intégration républicaine*, Paris, Éditions Pluriel, 2011, 576 p.

HOCHMANN (T.), *Les limites à la liberté de « l'historien » en France et en Allemagne*, Éditeurs juridiques associés, 2008, 548 p.

WÜRTENBERGER (Z.), *Deutsches Staatsrecht*, 31^{ème} édition, Munich, 2005, 184 p.

• Droit américain

ADELMAN (E.), « Trademark parodies: When is it ok to lough ? », *Marshall Review Intell. Prop. L.* 72, Fall 2006, pp. 84-85.

BLUMENTHAL (S.), *The permanent campaign*, New York, Éditeur Simon & Schuster, 1982, p.336.

FELDHAM (S.), *Free Expression and Democracy in America: A History*, Chicago, University of Chicago Press, 2008, pp. 332-335.

PATMAN (C.), *Participation and Democratic Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 1970, pp. 122-130.

PARISER (E.), *The filter bubble, what the internet is hiding from you*, 2011, Éditeur Penguin Group, 304 p.

REEVES (S.Y.) « Speech-Zilla Meets Trademark Kong ? : How the Hollywood Circuit Got it Wrong in the Barbie Battle, *Mattel, Inc. V. MCA Records, Inc* », *4 Minn. Intell. Prop. Rev.* 285, 2003, pp. 323-324.

WU (T.), « Network Neutrality, Broadband discrimination », in *Open architecture as communications policy*, Center for Internet and society, Stanford Law School, 2004, 320 p.

ZOLO (D.), *Democracy and Social Complexity : a Realist Approach*, Oxford, 1992, 540 p.

ZOLLER (E.), *La liberté d'expression aux États-Unis d'Amérique et en Europe*, Paris, 1^{ère} édition : Thèmes et commentaires Broché, 2008, 300 p.

- **Droit belge**

DELPEREE (F.), « Le principe de proportionnalité en droit public. Éléments d'une analyse au départ de la jurisprudence du Conseil d'État », *Rapports belges au 10^{ème} Congrès international de droit comparé à Budapest*, 1978, 503 p.

- **Droit italien**

BECCARIA (C.), *Des délits et des peines*, Paris, Éd. Flammarion, 2006, 187 p.

BOBBIO (N.), *Eguaglianza e libertà*, Turin, Einaudi, 2001, 98 p.

BOBBIO (N.), *Essai de théorie du droit (recueil de textes)*, Bruxelles, LGDJ, 2000, 336 p.

BOBBIO (N.), *Il futuro della democrazia*, Turin, Editore Einaudi, 2005, 220 p.

BOBBIO (N.), *Democrazia e segreto*, Turin, Editore Einaudi, 2011, 76 p.

PACE (A.), *Giurisprudenza costituzionale*, Milan (Italie), Giuffré editore, septembre, octobre 2012, 404 p.

PASSAGLIA (P.), NISTICO (M.), *Internet e costituzione*, Pise (Italie), Giappichelli ed., 2014, 384 p.

ROUDIER (K.), *Le contrôle de constitutionnalité de la législation antiterroriste, étude comparée des expériences espagnole, française et italienne*, Thèse, Université de Toulon, Paris, LGDJ, 2012, 488 p.

• **Droit Suisse**

COTTIER (B.), *Le droit des télécommunications en mutation*, Éd. Universitaires Fribourg, Fribourg (Suisse), 1999, 508 p.

II. THÈSES ET MÉMOIRES

BENESSIANO (W.), *Légalité Pénale et droits fondamentaux*, Aix en Provence, Thèse de doctorat en droit publiée, Université Aix-Marseille III, 2011, 506 p.

BRAJON (R.), *L'impact des nouvelles technologies de la communication sur la protection des libertés fondamentales en droit comparé*, Aix en Provence, Thèse de doctorat en droit, Université Aix-Marseille III, 2004, 528 p.

DI MANNO (T.), *Le juge constitutionnel et la technique des décisions interprétatives*, Aix en Provence, Thèse de doctorat en droit sous la direction de Louis Favoreu, Université Aix-Marseille III, 1996, 576 p.

DISPERATI (T.), *L'actualisation de la Constitution par le juge constitutionnel, étude de droit comparé Espagne, France, Italie*, Toulon, Thèse de doctorat en droit, Université de

Toulon, 2016, 550 p.

DUCLERCQ (J.B.), *Les mutations du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Thèse de doctorat en droit, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, mention très honorable avec félicitations, Prix de thèse du Conseil constitutionnel 2015, 350 p.

GERVIER (P.), *La limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public*, 2014, Bordeaux, Thèse de doctorat en droit, Prix de thèse du Conseil constitutionnel 2014, Prix de thèse de l'École doctorale de droit de l'Université de Bordeaux, Université de Bordeaux, 540 p.

GUERRINI (M.), *L'identité constitutionnelle de la France*, Aix en Provence, Thèse de doctorat en droit, Université Aix-Marseille III, 2014, 520 p.

LE COUSTOMER (J.-C.), *Liberté d'expression, souveraineté nationale et justice constitutionnelle*, Caen, thèse de doctorat en droit, Université de Caen/Basse Normandie, 2002, 580 p.

MAGNON (X.), *Contrôle de constitutionnalité et droit communautaire devant les juges constitutionnels français et italien*, Aix en Provence, Thèse de doctorat en droit, Université Aix-Marseille III, 2002, 570 p.

MAURIN (T.), *Contrat et droits fondamentaux*, Aix en Provence, Université Aix-Marseille III, Thèse de doctorat en droit sous la direction de Monsieur le Professeur Emmanuel Putman, 2013, 550 p.

SHULGA-MORSKAYA (T.), *La démocratie électronique, une notion en construction*, Bordeaux, Université de Bordeaux, Thèse de doctorat en droit sous la direction du Professeur Fabrice Hourquebie, 2017, 522 p.

VIDAL-NAQUET (A.), *Les garanties légales des exigences constitutionnelles dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Thèse de doctorat en droit sous la direction de Monsieur le Professeur Michel Verpeaux, Mention très honorable avec les félicitations

du jury à l'unanimité. Université Panthéon-Assas, Paris II, 2004, 580 p.

WADE (M.-N.), *Accès au juge constitutionnel et constitutionnalisation du droit*, Aix en Provence, Thèse de doctorat en droit, Université Aix-Marseille, 2015, 455 p.

III. ARTICLES, CONTRIBUTIONS ET NOTES

ALDIGÉ (B.), « Le champ d'application de la laïcité, la laïcité doit-elle s'arrêter à la porte des crèches ? », Paris, *in* Recueil Dalloz, 2013, n° 14, pp. 956-962.

ANDRÉ (C.), « L'estime de soi au quotidien », Paris, Grands dossiers, *Revue Sciences humaines* n°23, 2013, pp. 40-44.

ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), « La conception des libertés par le Conseil constitutionnel et par la Cour européenne des droits de l'homme », Paris, *Les Nouveaux Cahiers du Cons. const.*, n° 32 (*Dossier : Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme*), juillet 2011, 18-19 p.

ASTAIX (A.), « Qualifications tenus sur Facebook : le flou prédomine », Paris, *Dalloz actualité*, 4 décembre 2012, pp. 14-15.

AUGER (A.), « L'Union européenne et le droit à l'oubli sur Internet », *RDP*, 2016, p. 1841.

BAUBY (P.), « L'État en décomposition-recomposition », *Après-demain*, n° 442-443, avril-mai 2002, pp. 6-7.

BARDIN (M.), « Le droit d'accès à internet : entre « choix de société » et protection des droits existants », *Revue Lamy droit de l'immatériel*, 2013, n° 91, pp. 79-87.

BARDIN (M.), « Les partis politiques et le numérique », *Pouvoirs*, n°163, 2017, pp. 43-54.

BENHAMOU (B.), « La gouvernance de l'internet après Snowden », Paris, *in* Internet : une gouvernance inachevée, *Revue trimestrielle Politique étrangère*, novembre 2014, pp. 15-29.

BIGOT (C.), « Blasphème, respect des croyances et liberté d'expression : l'impasse de l'article 1382 du Code civil », *in* *Légicom* n°55 – 2015/2-63, pp. 59-65

BIZEAU (J.-P.), « Pluralisme et démocratie », Paris, *Rev. dr. pub.*, 1993, pp. 528-529.

BIOY (X.), « Le libre développement de la personnalité en droit constitutionnel : essai de comparaison (Allemagne, Espagne, France, Italie, Suisse) », Paris, *RIDC*, vol. 55 n° 1, janvier-mars 2003, pp. 123-147.

BIOY (X.), « Actualités des autorités administratives indépendantes dans le domaine des libertés fondamentales », *LPA*, 23 septembre 2013, n° 190, p. 6 ; S. Slama, « Constat d'insalubrité des Baumettes, de la justiciabilité à l'effectivité du contrôle sur les conditions de détention par le juge des référés-liberté », *in*, *Actualités Droits-Libertés*, CREDOF, 24 décembre 2012, p. 5.

BYK (C.), « Progrès scientifiques et droits de l'homme. La rupture ? », *RTDH*, n°54, 2003, pp. 363-365.

CAPRIOLI (É.), « Le régime des lanceurs d'alertes de sécurité dans la loi pour une République numérique », Paris, *Comm. Com. Électr.*, janvier 2017, pp. 52-53.

CAPRIOLI (É.), « Les envois recommandés électroniques dans la loi pour une République numérique », Paris, *Comm. Com. Électr.*, janvier 2017, pp. 50-51.

CAPRIOLI (É.), « Une usurpation d'identité sanctionnée en référé », Paris, *Com. Électr.*, décembre 2016, pp. 40-43.

CAPRIOLI (É.), « Quand l'assurance ne couvre pas tous les risques numériques », Paris, *Comm. Com. Électr.*, septembre 2016, pp. 39-41.

CAPRIOLI (É), « Adoption par le parlement européen d'une nouvelle directive relative aux attaques visant les systèmes d'information », Paris, *Comm. Com. Électr.*, novembre 2013, pp. 34-37.

CAPPELLO (A.), « L'abrogation du délit de consultation habituelle de sites internet terroristes par le Conseil constitutionnel », Paris, *Constitutions* 2017, pp. 89-91.

CARCASSONNE (G.), « Libertés : une évolution paradoxale », Paris, *Pouvoirs* n°13, 2009 pp. 5-15.

CASSIA (P.), BEAL (A.), « La nouvelle procédure applicable devant le juge administratif des référés, bilan de la jurisprudence », *JCPG*, 9 mai 2001, pp. 921-922.

CHAPEAUX (F.), « L'arrêt Baby Loup en six leçons », Paris, *in Semaine Sociale Lamy*, n° 1577, 2013, pp. 3-5.

CHASSAING (J.-F.), « Les trois codes français et l'évolution des principes fondateurs du droit pénal contemporain », Paris, *RSC*, 1993, pp. 442-445.

CHAZAL (J.-P.), « Propriété versus régulation », Paris, *Les cahiers de droit de l'entreprise*, n°6 novembre-décembre 2015, pp. 270-272.

DAUTIEU (T.), GABRIÉ (É), « Analyse de l'apport de la loi pour une République numérique à la protection des données à caractère personnel. L'ouverture de l'accès aux données publiques et sa conciliation avec la protection des données à caractère personnel », Paris, *Comm. Com. Électr.*, déc. 2016, pp. 17-23.

DE BELLESCIZE (D.), « La loi du 4 janvier 2010 sur le secret des sources constitue-t-elle un progrès ? », *Constitutions*, janvier-mars 2012, pp. 128-130.

DE CACQUERAY (S.), « Jurisprudence du Conseil constitutionnel », Paris, *RFDC*, 2013, n°94, pp. 451-455.

DEBET (A.), « Le programme Prism », Paris, *Recueil Dalloz*, 2013, p. 1736.

DEBET (A.), METALLINOS (N.), « Droit d'opposition et liberté de la presse », Paris, *Comm. Com. Électr.*, juillet-août 2016, pp. 34-38.

DEBET (A.), METALLINOS (N.), « Anonymisation et pseudonymisation », Paris, *Comm. Com. Électr.*, avril 2017, pp. 37-41.

DEBET (A.), « Mise en œuvre de l'arrêt Google Spain par les tribunaux français », Paris, *Comm. Com. Électr.*, septembre 2016, pp. 57-59.

DEBRÉ (J.-L.), « Une réussite inattendue de la V^{ème} République », in *Cinquantenaire de la Constitution de la V^{ème} République*, Paris, Éd. Dalloz, 2008, p. 212-214.

DESROSIERS (J.) *Les Cahiers de droit*, Laval, Volume 53, numéro 4, Éditeur : Faculté de droit de l'Université Laval, décembre 2012, pp. 793-812.

DI MANNO (T.), « Les revirements de jurisprudence du juge constitutionnel », Paris, *Les Cahiers du Cons. const.*, 2006, n°20, pp. 101-103.

DREYFUS (N.), « Le hashtag, élément incontournable des réseaux sociaux », Paris, *Comm. Com. Électr.*, pp. 8-10.

DUBIEN (C.), BAZIN (C.), « État des lieux des usages du numérique dans les associations », Paris, *JA*, 2017, n°561, pp. 18-20.

DONDERO (M.-G.), « Les visualisations des données urbaines : de Bruno Latour à Lev Manovich », *Questions de Communication*, 2019/2, 2019, p. 82

ETOA (S.), « La terminologie des droits fondamentaux dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Les cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, n°9, Paris, Conseil constitutionnel et droits fondamentaux, 2011, pp. 58-60.

EWALD (F.), « Internet, la fin du journalisme ? », Paris, *Les Échos*, janv. 2007, pp. 56-59.

FATIN-ROUGE STEFANINI (M.), « Le Conseil constitutionnel dans la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 sur la modernisation des institutions », Paris, *RFDC* 2009, n°78, pp. 269-298.

FAVOREU (L.), « Le Conseil constitutionnel régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics », Paris, *RDP*, 1967, pp. 115-118.

FAVOREU (L.), « L'apport du Conseil constitutionnel au droit public », Paris, *Revue Pouvoirs*, 1980, n°13, pp. 235-245.

FAVOREU (L.), « L'application des normes constitutionnelles et des décisions du Conseil constitutionnel par le juge administratif », Paris, *RFDA*, 1989, pp. 142-157.

FAVOREU (L.), « La légitimité du Conseil constitutionnel », Paris, *RIDC*, 1994, n°46, pp. 557-581.

FLAUSS (J.-F.), « Le contrôle de constitutionnalité des lois référendaires », Paris, *LPA*, 23 juin 1997, n°75, pp. 7-15.

FRAISSE (R.), « Le Conseil constitutionnel exerce un contrôle conditionné, diversifié et modulé de la proportionnalité », Paris, *LPA*, 2009, n°46, pp.74-77

FREUND (J.), « Méthodologie et sciences », Paris, pp. 155-156. *In* CASSIN (R.),

Amicorum discipulorumque liber, Paris, Éd. Pedone, 1972, 384 p.

FOESSEL (M.), « La souveraineté ou la part de l'irréductible », Paris, Esprit, janvier 2002, pp. 150-155.

FOUCHER (K.), « Le principe de non régression devant le Conseil constitutionnel », Paris, *Constitutions*, 2016, pp. 487-488.

GAUDU (F.), « Droit du travail et religion », Paris, in *Droit Social*, 2008, p. 959.

GARAPON (A.), « Les dispositifs antiterroristes de la France et des États-Unis », Paris, *Esprit*, 2006, n° 4, p. 132-133.

GHEVONTIAN (R.), « Le contentieux des actes préparatoires au référendum », Paris, *RFDA*, 2000, pp.1004-1014.

GHEVONTIAN (R.), « Actualité du droit électoral », Paris, *RFDC*, 2001, n°48, pp. 775-778.

GRANJON (F.), « La réduction de la fracture numérique », Paris, *Regards sur l'actualité* n°327, janvier 2007, La Documentation française, pp. 67-70.

GUASTINI (R.), « Interprétation et description de normes », in AMSELEK (P.) Dir., *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant – PUAM, 1995, pp. 88-89.

GUYON (G.), « Questions autour de l'identité chrétienne et des valeurs politiques romaines » in *La constitution et les valeurs*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 392-394

MEURIS-GUERRERO (F.), « Les données personnelles des enfants sur internet », Paris, *Comm. Com. Électr.*, octobre 2015, pp. 3-5.

HALPERIN (J.-L.), Protection de la vie privée et privacy : deux traditions juridiques différentes ? Paris, *Les Nouveaux Cahiers du Cons. const.*, 2015, pp. 59-68.

HERVIEU (N.) « Refus d'exiger des journalistes qu'ils informent une personne de la publication imminente d'éléments concernant sa vie privée », Paris, *Lettre Actualités Droits-Libertés du CREDOF*, 11 mai 2011, pp. 85-89.

HOCKMANN (T.) « Retour en Rhodésie : Kelsen, la norme fondamentale et l'efficacité », Paris, *RFDC*, n°105, Mars 2016, revue trimestrielle, pp. 102-104.

JACQUE (J.-P.) « L'abus des droits fondamentaux et la lutte contre les ennemis de la démocratie – en droit international et en droit interne français », in Dir. J. ILIOPOULOSSTRANGAS, *Der Missbrauch von Grundrechten in der Demokratie*, Kartoniert, p.179, 1989, pp. 123-125.

JARDIN (E.), « Médias, les relations de presse à l'ère du numérique », *JA* 2015, n°527, pp. 43-44.

JOHANNÈS (F.), « Loi sur le renseignement : le Conseil constitutionnel filtre le moustique et laisse passer le chameau », Paris, *journal Le monde*, 11 août 2015, pp. 24-25.

KPODAR (A.), « Quand l'interprétation constitutionnelle menace la lisibilité du bloc référentiel. Contribution doctrinale sur la fausse vraie idée du contrôle de constitutionnalité », Paris *Constitutions*, 2015, pp. 5-7.

LASSALE (J.-P.) « Les Institutions des États-Unis », Paris, coll. Documents d'études n°1.01, *La Documentation Française*, 1985, pp. 37-40.

LASSERE (B.), « L'autorité de régulation des télécommunications », Paris, *AJDA*, n°3, 20 mars 1997, pp. 34-37.

LAUVAUX (P.), PONTTHOREAU (M.-C.), « Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s) », Paris, *In : RIDC*. Vol. 63 N°2, 2011. pp. 491-492.

LEBARS (S.), « L'Élysée poussé à agir sur la laïcité au travail », Paris, *Le Monde*, 27/03/2013, pp. 7-8.

LE BOT (O.), « Pouvoir de sanction des AAI : première censure pour violation des principes d'indépendance et d'impartialité », Paris, *Constitutions*, 2013, pp. 435-437.

LE BOT (O.), « L'oubli d'intégrer les communications hertziennes dans le droit commun du renseignement », Paris, *Constitutions*, 2016, pp. 651-653.

LESCHI (D.), « Problèmes contemporains de la laïcité publique », Paris, *Les Nouveaux Cahiers du Cons. const.*, – n° 53 – 2016, pp. 70-75.

LE CLAINCHE (J.), « Droit des données personnelles et liberté d'expression. Hiérarchisation ou conciliation ? », *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, Rueil-Malmaison, n°56, janvier 2010, pp. 17-21.

LECLERC (H.), « La liberté d'expression et Internet », Paris, *Petites Affiches*, n° 24, 10 novembre 1999, pp. 50-52.

LEPAGE (A.), « La prescription des infractions de presse commises sur internet à l'épreuve des liens hypertexte », Paris, *Comm. Com. Électr.*, janvier 2017, pp. 42-44.

LEPAGE (A.), « Usurpation d'identité caractérisée par la création d'un faux site internet », Paris, *Comm. Com. Électr.*, janvier 2017, pp. 46-47.

LEPAGE (A.), « Délit de consultation habituelle de sites terroristes », Paris, *Comm. Com. Électr.*, avril 2017, pp. 35-37.

LEPAGE (A.), « Libertés et protection des personnes, le licenciement d'un lanceur d'alerte à l'épreuve de l'article 10 de la Convention EDH », Paris, *Comm. Com. Électr.*, septembre 2016, pp. 39-40.

LOSCHAK (D.), « Le Conseil constitutionnel protecteur des libertés ? », *Pouvoirs*, n°13,

1980, pp. 35-37.

LUCHAIRE (F.), « Brèves remarques sur une création du Conseil constitutionnel : l'objectif de valeur constitutionnel », Paris, *Cahiers du Conseil constitutionnel* 2005, pp. 675-678.

LUCHAIRE (F.), « La sécurité juridique en droit constitutionnel français », Paris, *Cahiers du Conseil constitutionnel n° 11, Dossier : Le principe de sécurité juridique*, décembre 2001, pp. 80-82.

LUCHAIRE (F.), « Le Conseil constitutionnel devant la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique », Paris, *R.D.P.*, 1996, p. 1251.

LUCIANI (M.), GIUDICELLI (J.), Paris, « L'interprète de la Constitution face au rapport fait-valeur », *Constitutions*, 2011, pp. 147-150.

MAGNON (X.), « La liberté d'expression devant le Conseil constitutionnel : une liberté en voie de concrétisation jurisprudentielle », Paris, *Revue pénitentiaire et de droit pénal : bulletin de la Société générale des prisons et de législation criminelle*, 2012, pp. 863-877.

MATHIEU (C.), « Le respect de la liberté religieuse dans l'entreprise », Paris, *in Revue de droit du travail*, 2012, n° 1, pp. 17-23.

MATHIEU (B.), « La crise de la démocratie représentative : constat et éléments d'explication », Paris *Constitutions*, 2015, pp. 315-317.

MARCHAND (L.), « Plus de la moitié des Français ne se réclament d'aucune religion », Paris, article journal *Le Monde*, 07.05.2015, pp. 42-43.

MARIN (J.), « Aux États-Unis, la dérégulation des télécoms est en marche », Paris, Médias & Pixels, article journal *Le Monde*, 25.03.2017, pp. 22-24.

MARINO (L.), « Le droit d'accès à internet, nouveau droit fondamental », Paris, *Dalloz* 2009, 3 septembre 2009, 2045 p.

MASSIT-FOLLÉA (F.), « Internet et les errances du multistakeholderism », Paris, *in* Internet : une gouvernance inachevée, *Revue trimestrielle Politique étrangère*, novembre 2014, pp. 29-43.

MATHIEU (B.), « La validation par le Conseil constitutionnel de la loi sur le voile intégral. La reconnaissance implicite d'un ordre public immatériel », Paris, *JCP G*, 2010 pp. 1930.

MAYER-SCHONBERGER (V.), « La révolution Big Data », Paris, *in* Internet : une gouvernance inachevée, *Revue trimestrielle Politique étrangère*, novembre 2014, pp. 69-83.

METALLINOS (N.), « Statut de l'adresse IP », Paris, *Comm. Com. Électr.*, décembre 2016, pp. 39-40.

MOLFESSIS (N.), « Chronique de jurisprudence constitutionnelle », Paris, *Justices*, n°3/1996, pp. 328-330.

MONFORT (J.-Y.), « Le blocage administratif des sites prévu dans la loi du 13 novembre 2014 de lutte contre le terrorisme », Paris, *Legicom*, n°57 – 2016 69, pp. 69-74.

MUSIANI (F.), « Neutralité de l'internet : dépasser les scandales », Paris, *in* Internet : une gouvernance inachevée, *Revue trimestrielle Politique étrangère*, novembre 2014, pp. 57-69.

NATOLI (F.) « Sécurité et ordre public deux notions à relation variable », Paris, *RDH*, novembre 2017, pp. 5-7.

NOCETTI (J.), « Puissances émergentes et internet : vers une troisième voie ? », *in* Internet : une gouvernance inachevée, Paris, *Revue trimestrielle Politique étrangère*, novembre 2014, pp. 43-57.

OBERDORFF (H.), « La République face au défi du terrorisme », Paris, *RDP*, 2015, p. 360.

OBERDORFF (H.), « La liberté d'expression à l'ère numérique en Europe », *Politeia*, 2017, n° 31, p. 194.

OBERDORFF (H.), « La République numérique : un nouvel espace pour de nouveaux droits ? », Paris, *RDP*, 2018, p. 665.

OLIVA (E.), « Jurisprudence du Conseil constitutionnel », Paris, *RFDC*, 1996, n°25, pp. 142-149.

OLIVA (E.), « Jurisprudence », Paris, *RFDC*, 1997, pp. 16-127.

OLIVA (E.), « Jurisprudence du Conseil constitutionnel », Paris, *RFDC*, 1997, n°29, pp. 94-107.

OLIVA (E.), « Jurisprudence du Conseil constitutionnel », Paris, *RFDC*, 2002, n°49, pp. 152-174.

PELLEGRINI (F.), « La liberté à l'ère numérique », *Politeia - Les Cahiers de l'Association Française des Auditeurs de l'Académie Internationale de Droit constitutionnel*, Association française des auditeurs de l'Académie internationale de droit constitutionnel, 2017, Les métamorphoses des droits fondamentaux à l'ère du numérique, 31, pp.161-172.

PÉNARD (T.), MAXWELL (W.), « Réguler les plateformes : une fausse bonne idée », Paris, *L'Opinion*, 23 avril 2015, pp. 34-37.

PENOUIL (M.) « La démocratie, le mythe idéologique et les réalités dans le monde contemporain », in *La constitution et les valeurs*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 548-550.

PEZ (T.), « L'ordre public économique », Paris, *Les Nouveaux Cahiers du Cons. const.*, octobre 2015, pp. 44-57.

PICARD (É), « L'émergence des droits fondamentaux en France », Paris, *AJDA*, n° spécial, *Les droits fondamentaux*, 1998, pp. 3-6.

RANNEY (A.), « Référendum et démocratie », *Pouvoirs*, n°77, 1996 pp. 7-8.

RAYNAUD (P.), « La philosophie politique devant les partis », in *La République*, Paris, Montchrestien, 2001, pp.107-108.

RIDEAU (J.), « Accès aux juridictions de l'Union européenne », Paris, *JurisClasseur Libertés*, fascicules 400, 402 et 404, *LexisNexis*, 2007, pp. 145.

ROUSSEAU (D.), « La notion de patrimoine constitutionnel européen », Strasbourg, *Le patrimoine constitutionnel européen. Actes du séminaire UniDem des 22 et 23 novembre 1996*, les Éd. du Conseil de l'Europe, 1997, pp. 27-29.

ROUSSEAU (D.), « L'identité constitutionnelle bouclier de l'identité nationale ou branche de l'étoile européenne » in, *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Paris, Éd A. PEDONTE, 2011, p. 168.

ROUSSEAU (D.), « Le principe de nécessité. Aux frontières du droit de punir », Paris, *Rev. Sc. Crim.* 2015, p. 257 et s.

ROUSSEAU (D.), « Le Conseil constitutionnel, maître des horloges », Paris, *Les nouveaux cahiers du droit constitutionnel*, n°54, 2017, pp.15-16.

ROUX (A.), « La liberté de communication dans la jurisprudence constitutionnelle française », Paris, *A.I.J.C.*, 1987, pp. 319-320.

ROUYÈRE (A.), « Défense des libertés » Paris, *JurisClasseur Libertés*, Paris, fascicule 240, *LexisNexis*, 2007, pp. 250-252.

ROUVROY (A.) ET BERNIS (T.), « *Le nouveau pouvoir statistique* », *Multitudes* n° 40, pp. 88-103, 2010 ; CNIL, Cahiers Innovation et prospective n° 1, « *La "dictature" des algorithmes : demain, tous calculés ?* », pp. 18-20.

ROUVROY (A.), POULLET (Y.), « Le droit à l'autodétermination informationnelle et la valeur du développement personnel : une réévaluation de l'importance du droit à la protection de la vie privée pour la démocratie », in *État de droit et liberté*, Montréal, Éditions Thémis, 2009, pp. 157-222.

RRAPI (P.), « L'incompétence négative » dans la QPC : de la double négation à la double incompréhension », Paris, *Les Nouveaux Cahiers du Cons. const.*, n° 34 - janvier 2012, pp. 76-78.

SEVERINO (C.) « L'influence de la doctrine sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel », Paris, *RFDC*, n°105, Mars 2016, revue trimestrielle, pp. 252-254.

SIRDEY-GARNIER (F.), « Le droit à l'oubli et la loi du 29 juillet 1881 », Paris, *Legicom* n°57 2016/2, pp. 45-46.

SURREL (H.), « Conseil constitutionnel et jurisprudence de la Cour EDH. Les droits procéduraux et les libertés de la personne physique », Paris, *Les Nouveaux Cahiers du Cons. const.*, n°54 – 2017, pp. 176-180.

TORANIAN (V.), « Camus l'inspirateur », *Revue des Deux Mondes*, Paris, février-mars 2018, pp. 54-55.

TORCOL (S.), « Le droit constitutionnel européen, droit de la conciliation des ordre juridiques », Paris, *RFDC*, n°105, Mars 2016, revue trimestrielle, pp. 258-260.

TROPER (M.), « La loi Gayssot et la Constitution », Paris, in *Annales. Histories, sciences sociales*, vol. 54, n°6, 1999, pp. 1239-1255.

TÜRK (P.), « Les droits émergents dans le monde numérique : l'exemple du droit à l'autodétermination informationnelle », *Politeia – Les Cahiers de l'AFAAIDC*, 2017, pp. 251-261.

TÜRK (P.), BONNET (J.), « Le numérique : un défi pour le droit constitutionnel », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n°4, 2017/4 N°57, pp. 13-24.

TÜRK (P.), « La citoyenneté à l'ère du numérique », Paris, *RDP*, 2018, p.623.

URVOAS (J.-J.) (débat animé par Carolina Cerda-Guzman), « La lutte contre le terrorisme », *Constitutions*, 2015, pp. 19-21.

VEDEL (G.), « Propos d'ouverture », in BERTRAND (M.), VERPEAUX (M.), *La Constitutionnalisation des branches du droit*, Paris, Economica, 1998, pp. 10-12.

VERPEAUX (M.), « La liberté d'expression dans les jurisprudences constitutionnelles », Paris, *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 36 - (dossier : La liberté d'expression et de communication), juin 2012, pp. 5-13.

VIDAL-NAQUET (A.), « L'Institutionnalisation de l'opposition. Quel statut pour quelle opposition ? », Paris, *RFDC*, n° 77, 2009 pp. 153-173.

WACHSMANN (P.), « L'atteinte grave à une liberté fondamentale », Paris, *RFD adm.* 2007, pp. 56-58.

WAQUET (P.), WOLMARK (C.), « Convient-il d'interdire le port de signes religieux dans l'entreprise ? », Paris, in *Revue de Droit du Travail*, 2009, pp. 490-495.

IV. Documentation numérique

A. Articles

AGOSTINI (C.), GASPARI (G.), « L'existence d'un ordre public corporel », *RDH* (en ligne), 2015, 19 novembre 2015, 8 p.,

<https://journals.openedition.org/revdh/1629?lang=en>

ANDREOTTI (O.) *Le journalisme à l'épreuve, Menaces, enjeux et perspectives*, Éditeur Conseil de l'Europe, 2016, 292 p.

Mis en ligne sur Cairn.info le 11/01/2019 <https://doi.org/10.3917/europ.andr.2016.01.0005>

AUFRECHTER (F.), « Irlande : le peuple s'unit pour moderniser la Constitution », 13 Août 2013, site internet Le Journal International, http://www.lejournalinternational.fr/Irlande-le-peuple-s-unit-pour-moderniser-la-Constitution_a1158.html

BAYART (B.), « La neutralité du réseau et la bataille HADOPI », *Revue électronique Libro Veritas*, <http://www.inlibroveritas.net/>, 2009.

BOYER-CAPELLE (C.), « Quel usage de l'effet cliquet par le juge constitutionnel ? », *Lexbase Hebdo éd.*, n°304, 10 octobre 2013, <http://www.presentation.lexbase.fr/sites/default/files/actualites/fichiers/n8837bth.pdf>

BOURDON (W.), LEFEBVRE (A.), « La protection des lanceurs d'alerte par la loi Sapin 2 », *Légipresse.com*, N°34922 mai 2017, Article sur la nécessité de mieux protéger les lanceurs d'alerte en leur conférant une irresponsabilité pénale.

CADOT (J.), « Apple remplace l'emoji pistolet par un pistolet à eau : victoire ou aveuglement ? », 02 août 2016, numerama.com

CARVAIS (J.), « Les atteintes à la dignité humaine sur internet », 17 février 2005, <http://www.e-juristes.org/les-atteintes-a-la-dignite-humaine/>

ENGUEHARD (C.), « Vote par internet : failles, techniques et recul démocratique », *Jus Politicum*, n°2, <http://juspoliticum.com/article/Vote-par-internet-failles-techniques-et-recul-democratique-74.html>

KAGNI (M.), « Extension du délit d'entrave à l'IVG : progrès ou délit d'opinion ? », Paris, La Chaîne parlementaire, 1/12/2016, site internet, <http://www.lcp.fr/la-politique-en-video/extension-du-delit-dentrave-livg-droit-linformation-ou-delit-dopinion>.

PONCET (G.), « Loi sur le renseignement : Nous faisons exactement ce que veulent les terroristes », publié sur internet le 21/04/2015 à 20:20 http://www.2idhp.eu/images/rapport-nils-muiznieks-discours-haine_150612.pdf

REES (M.), « Le délit de consultation de sites terroristes à la porte du Conseil constitutionnel », www.nextinpact.com, 19/09/2016.

RODOTÀ (S.), « Perché Internet in Costituzione è fondamentale », *in* [wired.it](http://www.wired.it), 29 décembre 2010, <http://mag.wired.it/rivista/storie/costituzione-internet-rodota.html?page=0>.

ROUVROY (A.), *Human genes and neoliberal governance: a Foucauldian critique*, 1^{ère} édition, Ed. Routledge-Cavendish, Format Kindle, 2007, 316 p.

ROUVROY (A.), « La gouvernementalité algorithmique : radicalisation et stratégie immunitaire du capitalisme et du néolibéralisme ? », *La Deleuziana – Revue en ligne de philosophie – ISSN 2421-3098 n. 3 / 2016* <http://www.ladeleuziana.org/wp-content/uploads/2016/12/Rouvroy2f.pdf>

ROUVROY (A.), *Des données et des Hommes. Droits et libertés fondamentaux dans un monde de données massives*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, janv. 2016, 53 p.
https://pure.unamur.be/ws/portalfiles/portal/13278298/T_PD_BUR_2015_09REV_Rapport_Big_Data_COE_final_Fr.pdf

SFADJ (R.), « Pour une reconnaissance constitutionnelle du secret des correspondances », Paris, *L'express*, 25 juin 2015, <http://blogs.lexpress.fr/passe-droits/secret-correspondances/>

VAIREAUX (F.), « Protéger ses sources : le nouveau défi du journaliste face au numérique », *Observatoire du journalisme*, page internet publiée le 7 novembre 2013.

VERLY (N.), « Les excès aux restrictions qui peuvent être apportés à la liberté de la presse »,

Revue Légipresse.com N°341, 12 septembre 2016.

Auteur inconnu, « La violation du secret d’instruction », Revue Légipresse.com N°346, 11 janvier 2017.

« Internet : un bienfait ou un danger pour la démocratie ? », [S. n], <http://www.vie-publique.fr/decouverte-institutions/citoyen/enjeux/media-democratie/internet-bienfait-ou-danger-pour-democratie.html>

Arte journal, « Do not track, le web et la bulle de filtres », 10 juin 2015.

<https://www.youtube.com/watch?v=PMRKhZlcTeA>

« Oui, internet est un bien de première nécessité », Site Villes et Internet, 14/09/2015
<http://www.villes-internet.net/tous-les-articles/lire/oui-internet-est-un-bien-de-premiere-necessite/>

« Le blog de la médiation », [S. n], <http://blog.francetvinfo.fr/votre-tele-et-vous-le-blog/>

« Les Français et le traitement de l’actualité par les médias d’information », Sondage ELABE pour le Comité Orwell, Études & Sondages, www.elabe.fr, 6 janvier 2016

« Qualité des normes et sécurité juridique : un enjeu pour l’État de droit, Qu’est-ce que la sécurité juridique ? [S. n], Site internet de La documentation française.

MORAVY (S.), SHALABI (I), « Le Conseil constitutionnel, conciliateur de libertés », <https://voxcriminis.wordpress.com/2017/10/22/le-conseil-constitutionnel-conciliateur-de-libertes/>

« Le filtrage d’internet viole l’État de droit », La quadrature du net, 16 novembre 2010, <https://www.laquadrature.net/fr/le-filtrage-dinternet-viole-letat-de-droit>

« La proportionnalité dans la jurisprudence constitutionnelle », 5^{ème} Conférence des Chefs d’institution de l’Association des Cours constitutionnelles ayant en partage l’usage du

français, Libreville (Gabon), 8-13 juillet 2008, http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/Bilan_2008/confV_accpuf_libreville_juillet2008.pdf

« The Observer view on why you should vote Labour », *theguardian.com*, 3 mai 2015

« France : prolongation de l'état d'urgence, menace pour les droits humains », [S. n], Paris, 22 juillet 2016, <https://www.hrw.org/fr/news/2016/07/22/france-prolongation-de-letat-durgence-menace-pour-les-droits-humains>

« Jurisprudence sur la communication en ligne », La quadrature du Net, Paris, https://wiki.laquadrature.net/Jurisprudence_sur_la_communication_en_ligne

« Gouvernamentalité algorithmique et perspectives d'émancipation. Le disparate comme condition d'individuation par la relation ? », Antoinette Rouvroy et Thomas Berns, *La Découverte | Réseaux* 2013/1 - n° 177 pages 163 à 196 ISSN 0751-7971 <http://www.cairn.info/revue-reseaux-2013-1-page-163.htm>

B. Avis et rapports

Rapport « Numérique et libertés : un nouvel âge démocratique », Commission de réflexion et de propositions ad hoc sur le droit et les libertés à l'âge du numérique, Assemblée Nationale, Paris, publié le 9 octobre 2015, <http://www2.assemblee-nationale.fr/documents/notice/14/rapports/r3119/>

CNCDH, Avis « Protection de la vie privée à l'ère numérique », Paris, 22 mai 2018, 44 p. www.cncdh.fr/sites/default/files/180522_avis_vie_privee_et_numerique_0.pdf

Rapport mondial sur l'e-parlement, Union interparlementaire, 2016.

www.ipu.org/fr/ressources/publications/rapports/2016-07/rapport-mondial-2016-sur-le-parlement.

Rapport mondial sur la traite des personnes 2014, publié par l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime. https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Executive_summary_french.pdf

C. Sites Internet

www.assembleenationale.fr

www.cnil.fr/

www.courdecassation.fr

www.conseil-etat.fr

www.cortecostituzionale.it

<http://www.conseil-constitutionnel.fr/>

www.ddg.fr

www.defenseurdesdroits.fr/

www.google.fr

www.inpi.fr

www.legifrance.gouv.fr

www.lemonde.fr

www.senat.fr

www.vie-publique.fr

www.wikipedia.org

www.wiki.laquadrature.net

<https://www.agencedesmediassociaux.com/twitter-chiffres-2020/>

V. Colloques - Conférences – Discours - Journées scientifiques

Discours, CALAMANDREI (P.), « Discorso : Lezione sulla Costituzione », Rome, 26 janvier 1955.

Actes du Colloque au Conseil constitutionnel, La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen et la jurisprudence, Paris, Presses Universitaires de France, 25 mai 1989.

Conférence de CHARRIÈRE-BOURNAZEL (C.), La liberté d'expression et ses limites, à Athènes (Grèce), 2006.

Conférence, ERRERA (R.) Les limites à la liberté d'expression en droit français, Conférence organisée par la Fondation Friedrich Ebert, Faculté de droit de l'université Bilgi, Istanbul, 8 juin 2007.

Colloque du cinquantenaire du Conseil constitutionnel, « L'enrichissement des techniques de contrôle », Communication de Bruno GENEVOIS, Président de section au Conseil d'État, 3 novembre 2008.

« Les technologies d'information et de communication au service de la justice au XXI^{ème} siècle », Colloque organisé du 13 au 15 octobre 2011, à Dijon par l'Association pour l'organisation de la Conférence des Présidents des cours d'appel de l'Union européenne Juritic, collection Grands colloques, Paris, LGDJ, Lextenso éd.

ONU, Conférence internationale des points focaux de la lutte antiterroriste sur les situations propices à la propagation du terrorisme et sur la promotion de la coopération régionale, Genève, 13 – 14 juin 2013.

Conférence Président du Conseil constitutionnel Jean-Louis DEBRÉ, Université Paris 13, « Le conseil Constitutionnel : hier et aujourd'hui », 12 Mars 2014.

Conférence : « *International Conference Shaping Constitutionnal Rules for a Balanced Budget* », Faculté de droit de l'Université de Bucarest, Éric OLIVA, 4 décembre 2014.

Journée scientifique, « La perméabilité du droit constitutionnel aux autres sciences », AFDC, Aix en Provence, 2 octobre 2015.

Conférence : « La construction d'un concept juridique », Frédéric ROUVIERE, Aix en Provence, 2 mars 2016.

Conférence : « La révision constitutionnelle : quel contenu ? quelle urgence ? quel avenir ? », Aix en Provence, avec Alain DELCAMP, Patrick GAÏA, Richard GHEVONTIAN, Xavier PHILIPPE, Thierry RENOUX, 15 mars 2016.

Colloque : « Radicalisation et espace cyber : Quels enjeux et quelles réponses opérationnelles? », Aix en Provence, Colloque organisé par le Laboratoire de Droit Privé et de Sciences Criminelles EA 4690, sous la responsabilité de Madame La Directrice Sylvie CIMAMONTI et Madame la Directrice de l'ISPEC, Muriel GIACOPELLI, et avec la participation de la formation continue régionale de la magistrature, de l'école des avocats du Sud-Est, 20 mai 2016.

Colloque, « La souveraineté numérique. Le concept. Les enjeux », Université Côte d'Azur, Nice, 7 octobre 2016.

Émission télévisée, ERHEL (C.), La modernisation Numérique, Séance à l'Assemblée Nationale, Paris, La Chaîne Parlementaire, 24 mai 2016.

Émission télévisée, KRABAL (J.), La modernisation Numérique, Séance à l'Assemblée Nationale, Paris, La Chaîne Parlementaire, 24 mai 2016.

Colloque « Le contrôle de constitutionnalité des décisions de justice : une nouvelle étape après la QPC », Aix en Provence, sous la responsabilité scientifique de Marthe FATIN ROUGE STEFANINI et Caterina SEVERINO, 23 et 24 juin 2016.

Colloque « Terrorisme, et immigration : les médias sont-ils à la hauteur des enjeux ? », Paris, 9 janvier 2016, amphithéâtre de l'IPAG.

Journée d'étude organisée par le CDPC Jean-Claude ESCARRAS et l'ILF-GERJC : « La démocratie connectée : ambitions, enjeux, réalité », Organisé sous la responsabilité scientifique de Michaël BARDIN, Marthe FATIN-ROUGE STÉFANINI, Priscilla MONGE, Caterina SEVERINO, Faculté de droit de Toulon, 10 novembre 2016.

Colloque : « 25 ans d'élections démocratiques à l'Est : quels acquis ? quels défis ? », organisé par Xavier PHILIPPE et Natasha DANELCIUC-COLODROVSKI, Aix-en-Provence - Faculté de droit et de science politique, 4 novembre 2016.

Conférence sur le thème « Les dernières réformes constitutionnelles, le regard d'un ancien président du conseil constitutionnel », Intervenant : Pierre MAZEAUD, Lieu de la manifestation : IEP, Aix en Provence, 30 novembre 2016.

Conférence « La sécurité en droit public », Aix en Provence, 3 - 4 mai 2016.

Interview vidéo, HAMELLE (A.), « Correspondances électroniques », Paris, site internet YouTube LexisNexis France du 25 septembre 2017, <https://www.youtube.com/watch?v=u3mDYtjFFk>

Interview vidéo, OBERDORFF (H.), « La liberté d'expression », Paris, Éd. Lextenso 21 juillet 2015.

Interview vidéo, OBERDORFF (H.), « Libertés fondamentales : théorie générale », Paris, Éd. Lextenso 8 août 2016.

Interview vidéo, OBERDORFF (H.), « La liberté de réunion et de manifestation », Paris, Éd. Lextenso, 8 août 2016.

VI. Rapports & Études

Conseil d'État, Internet et les réseaux numériques, Paris, Rapport Public, 30 novembre 1997, 120 p.

Rapport annuel, MAZARS (J.) La liberté d'expression, la loi et le juge, Paris, *La documentation française*, 2001, 252 p.

Rapport officiel de la Commission sur la protection des mineurs et de la dignité humaine dans les services audiovisuels et d'information, 2003, 223 p.

Rapport OCDE, Promesses et limites de la démocratie électronique, Les défis de la participation citoyenne en ligne, OCDE, 2003, 340 p.

Criminalité organisée en Europe : la menace de la cybercriminalité : rapport de situation, Conseil de l'Europe, 2004, 270 p.

Étude 2016 : l'usage du numérique en France, Centre de recherche pour l'étude et l'observation des conditions de vie (CREDOC), 2016.

Rapport annuel 2010 de la Cour de cassation, Paris, Le droit de savoir, 170 p.

Rapport ARCEP, Neutralité de l'internet et des réseaux. Propositions et recommandations, Les actes de l'ARCEP, septembre 2010.

Rapport du Rapporteur spécial des Nations unies sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression, 10 août 2011.

CNIL, Rapport d'activité 2011, « Au-delà de la loi : la protection des données et de la vie

privée, valeur de l'entreprise ».

Rapport du 16 mai 2011, Haut-Commissariat aux droits de l'Homme, A/HRC/17/27.

CNIL, Rapport d'activité 2012, « 2012 : l'année des premiers labels ».

CNIL, Rapport d'activité 2012, « Big data, tous calculés ? ».

CNIL, Rapport d'activité 2013, « La proposition de règlement européen ».

CNIL, Rapport d'activité 2013, « Le choc de l'affaire Prism : vers une surveillance massive et généralisée de l'ensemble de la population ».

Commission d'accès aux documents administratifs, Rapport d'activité 2013.

Étude sur le respect de la vie privée sur l'internet et la liberté d'expression, Collection Unesco sur la liberté de l'internet, 2013.

Conseil national du numérique, Rapport, « Citoyens d'une société numérique », novembre 2013.

Conseil d'État, Rapport d'activité de 2013, Sélection d'affaires marquantes de l'année, Prévention et lutte contre le terrorisme, Projet de loi relatif à la prévention et à la répression du terrorisme.

Rapport, Conseil national du numérique, Neutralité des plateformes, Réunir les conditions d'un environnement numérique ouvert et soutenable, mai 2014.

Conseil d'État, Le Numérique et les droits fondamentaux, Étude annuelle, Paris, 2014.

Étude de WIN/Gallup International sur les croyances religieuses publiée en 2015.

Rapport Ambition Numérique, « Pour une politique française et européenne de la transition numérique », Conseil National du Numérique, 2015.

Rapport d'activité 2016, Conseil constitutionnel, Paris, 2016, 68 p.

Sondage IPSOS/SOPRA-STERIA, Le Monde 29 janv. 2015.

VII. Textes nationaux, régionaux et internationaux

A. Textes juridiques et Traités

I. Lois

Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

Loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association.

Loi n° 47-585 du 2 avril 1947 relative au statut des entreprises de groupage et de distribution des journaux et publications périodiques.

Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse.

Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, « loi Informatique et libertés ».

Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 loi relative à la liberté de communication, « Loi Létotard ».

Loi n° 88-14 du 5 janvier 1988 relative aux actions en justice des associations agréées de consommateurs et à l'information des consommateurs.

Loi n° 90-615 du 13 juillet 1990, tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe, « loi Gayssot ».

Loi n° 93-121 du 27 janvier 1993 portant diverses mesures d'ordre social.

Loi n° 96-659 du 26 juillet 1996, loi de règlementation des télécommunications.

Loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne.

Loi n° 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité.

Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

Loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle.

Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique.

Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1^{er} mars 2005 relative à la Charte de l'environnement.

Loi n° 2006-961 du 1 août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information.

Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^{ème} République.

Loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet (HADOPI).

Loi n°2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure.

Loi n° 2013-1168 du 18 décembre 2013 relative à la programmation militaire pour les années 2014 à 2019 et portant diverses dispositions concernant la défense et la sécurité nationale.

La loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière.

Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 loi pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes.

Loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme.

Loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement.

Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique.

Loi n° 2016-1524 du 14 novembre 2016 visant à renforcer la liberté, l'indépendance et le pluralisme des médias

Loi n° 2017-258 du 28 février 2017 relative à la sécurité publique.

Loi n° 2017-347 du 20 mars 2017 relative à l'extension du délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse.

Loi n° 2018-1202 du 22 décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l'information.

Loi n° 2019-290 du 10 avril 2019 visant à renforcer et garantir le maintien de l'ordre public lors des manifestations.

2. Directives européennes

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, transposée en droit interne en 2004. (Directive abrogée par le Règlement UE n° 679/2016).

Directive n° 2000-31 du 8 juin 2000 sur le commerce électronique.

Directive 2002/20/CE du 7 mars 2002 relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques.

Directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques.

Directive 2002/19/CE du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion, directive 2002/22/CE du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques.

Directive 2002/58/CE 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 2010/13/UE du 10 mars 2010 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels.

Directive 2013/37/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 modifiant la directive 2003/98/CE concernant la réutilisation des informations du secteur public, « PSI ».

3. Règlements européens

Règlement (CE n° 1211/2009 du 25 novembre 2009 instituant l'Organe des régulateurs européens des communications électroniques (ORECE).

Règlement (UE) n° 531/2012 du 13 juin 2012 concernant l'itinérance sur les réseaux publics de communications mobiles à l'intérieur de l'Union.

Règlement (UE) n° 910/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive 1999/93/CE.

Règlement (UE) n° 679/2016 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la Directive 95/46/CE, (Règlement général sur la protection des données).

4. Divers textes juridiques

Charte européenne des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000.

Charte de l'environnement de 2004.

Code constitutionnel et des droits fondamentaux 2017, Paris Dalloz, 2016, 2960 p.

Code civil français 2019, Paris, Dalloz, 2016, 3504 p.

Code pénal français 2019, Paris, Dalloz, 2016, 2858 p.

Code de procédure pénale 2019, Paris, Dalloz, 2016, 3094 p.

Code de justice administrative 2019, Paris, LexisNexis, 2017, 1106 p.

Code de la sécurité intérieure 2017, Paris, La bibliothèque juridique, 2016, 537 p.

Code de la consommation 2017, Paris, Dalloz, 2017, 1904 p.

Code de la propriété intellectuelle 2017, Paris, Dalloz, 2017, 2356 p.

Code des relations entre le public et l'administration 2017, Paris, LexisNexis, 2016 112 p.

Code du travail 2018, Paris, Dalloz, 2017, 3448 p.

Convention de sauvegarde Européenne des Droits de l'Homme du 4 novembre 1950.

Convention internationale des droits de l'enfant, New-York, 26 janvier 1990.

Convention relative aux droits des personnes handicapées, New York, 13 décembre 2006.

Décision-cadre 2008/977/JAI du 27 novembre 2008 relative à la protection des données à caractère personnel traitées dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale.

Déclaration de l'Organisation des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones adoptée par l'Assemblée générale le 13 septembre 2007 (Rés. 61/295).

Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789.

Déclaration Universelle des Droits de l'Homme (DUDH) du 10 décembre 1948.

Décret n° 2014-1641 du 26 décembre 2014 pris pour l'application des articles 15, 18 et 19 de la loi n° 2013-1168 du 18 décembre 2013 relative à la programmation militaire pour les années 2014 à 2019 et portant diverses dispositions concernant la défense et la sécurité nationale.

Ordonnance n°60-372 du 15 avril 1960.

Ordonnance n°2011-1012 du 24 août 2011 - art. 1 et 2.

Ordonnance n° 2015-1341 du 23 octobre 2015 relative aux dispositions législatives du code des relations entre le public et l'administration.

Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'union européenne et le traité instituant la communauté européenne, 2007.

USA Patriot Act of 2001 - Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism.

USA Freedom Act of 2015 - Uniting and strengthening America by fulfilling rights and ensuring effective discipline over monitoring act of 2015.

Table de la jurisprudence

I. Jurisprudence du Conseil constitutionnel

A. Les décisions DC (décision de conformité)

Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association.*

Décision n° 73-51 DC du 27 décembre 1973, *Loi de finances pour 1974, décision Taxation d'office.*

Décision n° 79-105 DC, 25 juillet 1979, *Loi modifiant les dispositions de la loi n° 74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail.*

Décision n° 80-127 DC du 20 janvier 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes.*

Décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation.*

Décision n° 82-141 DC du 27 janvier 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle.*

Décision n° 84-181 DC du 11 octobre 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse.*

Décision n° 165 DC du 20 janvier 1984, *Loi relative à l'enseignement supérieur.*

Décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-*

Calédonie et dépendances.

Décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication.*

Décision n° 86-210 DC du 29 juillet 1986, *Loi portant réforme du régime juridique de la presse.*

Décision n° 89-257 DC du 25 juillet 1989, *Loi modifiant le Code du travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion.*

Décision n° 89-271 DC du 11 janvier 1990, *Loi relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques.*

Décision n° 91-290 DC du 9 mai 1991, *Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse.*

Décision n° 91-294 DC du 25 juillet 1991, *Loi autorisant l'approbation de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes.*

Décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France.*

Décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, *Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal.*

Décision n° 94-352 DC du 18 janvier 1995, *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité.*

Décision n° 96-377 DC du 16 juillet 1996, *Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire.*

Décision n° 97-389 DC du 22 avril 1997, *Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration.*

Décision n° 98-401 DC du 10 juin 1998, *Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail.*

Décision n° 99-412 DC du 15 juin 1999, *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires.*

Décision n° 99-416 DC du 23 juillet 1999, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle.*

Décision n° 99-423 DC du 13 janvier 2000, *Loi relative à la réduction négociée du temps de travail.*

Décision n° 2000-433 DC du 27 juillet 2000, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.*

Décision n° 2001-446 DC du 27 juin 2001, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception.*

Décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure.*

Décision n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité.*

Décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.*

Décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique.*

Décision n° 2005-514 DC du 28 avril 2005, *Loi relative à la création du registre international français de l'immatriculation des navires.*

Décision n° 2005-527 DC du 8 décembre 2005, *Loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales.*

Décision n° 2005-532 DC du 19 janvier 2006, *Loi relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers.*

Décision n° 2006-532 DC du 19 janvier 2006, *Loi relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers.*

Décision n° 2007-555 DC du 16 août 2007, *Loi en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat.*

Décision n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile.*

Décision n° 2007-567 DC du 20 décembre 2007, *Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne.*

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

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

Décision n° 2009-577 DC du 3 mars 2009, *Loi relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision.*

Décision n° 2010-604 DC du 25 février 2010, *Loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public.*

Décision n° 2010-613 DC du 7 octobre 2010, *Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public.*

Décision n° 2011-625 DC du 10 mars 2011, *Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure.*

Décision n° 2012-652 DC du 22 mars 2012, *Loi relative à la protection de l'identité.*

Décision n° 2013-674 DC du 1 août 2013, *Loi tendant à modifier la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique en autorisant sous certaines conditions la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires.*

Décision n° 2014-690 DC du 13 mars 2014, *Loi relative à la consommation.*

Décision n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015, *Loi relative au renseignement.*

Décision n° 2016-738 DC du 10 novembre 2016, *Loi visant à renforcer la liberté, l'indépendance et le pluralisme des médias.*

Décision n° 2017-747 DC du 16 mars 2017, *Loi relative à l'extension du délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse.*

Décision n° 2019-780 DC du 4 avril 2019, *Loi visant à renforcer et garantir le maintien de l'ordre public lors des manifestations.*

Décision n° 2020-801 du 18 juin 2020, *loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet (loi dite AVIA).*

B. La décision AN (Élections à l'Assemblée nationale)

Décision n° 2012-4597/4626 AN du 15 février 2013. *Français établis hors de France (4^{ème} circ.)*.

C. Les décisions QPC (Question prioritaire de constitutionnalité)

Décision n° 2010-1 QPC du 28 mai 2010. *Consorts L. (Cristallisation des pensions)*.

Décision n° 2010-13 QPC du 9 juillet 2010. *M. Orient O. et autre (Gens du voyage)*.

Décision n° 2010-25 QPC du 16 septembre 2010. *M. Jean-Victor C. (Fichier empreintes génétiques)*.

Décision n° 2011-164 QPC du 16 septembre 2011. *M. Antoine J. (Responsabilité du « producteur » d'un site en ligne)*.

Décision n° 2011-131 QPC du 20 mai 2011, *Mme Térésa C. et autre (Exception de vérité des faits diffamatoires de plus de dix ans)*.

Décision n° 2011-209 QPC du 17 janvier 2012, *M. Jean-Claude G. (Procédure de dessaisissement d'armes)*.

Décision n° 2012-297 QPC du 21 février 2013. *Association pour la promotion et l'expansion de la laïcité (Traitement des pasteurs des églises consistoriales dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle)*.

Décision n° 2013-357 QPC du 29 novembre 2013, *Visite des navires par les agents des douanes*.

Décision n° 2013-319 QPC du 7 juin 2013, *M. Philippe B. (Exception de vérité des faits diffamatoires constituant une infraction amnistiée ou prescrite, ou ayant donné lieu à une*

condamnation effacée par la réhabilitation ou la révision).

Décision n° 2013-679 DC du 4 décembre 2013, *relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière.*

Décision n° 2015-478 QPC du 24 juillet 2015, *Association French Data Network et autres (Accès administratif aux données de connexion).*

Décision n°2015-512 QPC du 8 janvier 2016, *délit de contestation de l'existence de certains crimes contre l'humanité.*

Décision n° 2016-536 QPC du 19 février 2016, *Ligue des droits de l'homme (Perquisitions et saisies administratives dans le cadre de l'état d'urgence).*

Décision n° 2016-567-568 QPC du 23 septembre 2016, *M. Georges F. et a.*

Décision n° 2016-590 QPC du 21 octobre 2016, *La quadrature du Net et autres (surveillances et contrôle des transmissions empruntant la voie hertzienne).*

Décision n° 2016-600 QPC du 2 décembre 2016, *M. Raïme A. [Perquisitions administratives dans le cadre de l'état d'urgence III].*

Décision n° 2016-608 QPC du 24 janvier 2017, *Délit de communication irrégulière avec un détenu.*

Décision n° 2016-611 QPC du 10 février 2017, *Délit de consultation habituelle de sites terroristes.*

Décision n° 2017-635 QPC du 9 juin 2017, *Interdiction de séjour dans le cadre de l'état d'urgence.*

II. Jurisprudence administrative

A. Conseil d'État

1. Avis

CE, Avis n° 315499 du 16/02/2009, *Mme. Hoffman Glemane*.

CE, Assemblée générale, Section de l'intérieur, Séance du jeudi 17 décembre 2015, Avis sur la constitutionnalité et la compatibilité avec les engagements internationaux de la France de certaines mesures de prévention du risque de terrorisme.

2. Arrêts

CE, *Heyriès*, 28 juin 1918.

CE, *Dame Dol et Laurent*, 28 février 1919.

CE, *Benjamin*, 19 mai 1933.

CE, *Amicale des annamites de Paris*, 11 juillet 1956.

CE, *Bouvet de la Maisonneuve*, 4 juin 1975.

CE, *Commune de Morsang sur Orge*, Assemblée plénière, 27 octobre 1995.

CE, *Grand Secret*, 29 décembre 2000.

CE, *El Shennawy*, 14 décembre 2008.

CE, *Ministre de l'intérieur c/ Ben Amour*, 30 juin 2010.

CE, ordonnance n° 1400110 du 9 janvier 2014.

CE, 1 février 2016, concernant le décret du 5 février 2015 sur le blocage de sites internet.

CE, n° 403026 du 5 septembre 2016.

CE, n° 403675 du 23 septembre 2016.

CE, n° 393714, du 8 février 2017.

III. Jurisprudence judiciaire française

A. Cour de cassation

Cass. Ass. plén., 25 octobre 2019, n°17-86.605.

Cass. civ.1^e, 10 octobre 2019, n°18-21.871.

Cass. civ.1^e, 21 mars 2018, n°16-28.741 *M. et Mme Z c/ Société Hachette Filipacchi*.

Cass. Ass. plén. 16 décembre 2016, n° 08-86.295.

Cass. civ. 1^e, 16 octobre 2013, *Oradur-sur-Glane*.

Cass. civ., 19 juin 2013, *Google Inc. c/ Société Lyonnaise de garantie*.

Cass. civ., 12 juillet 2012, *SNEP c/ Google France*.

Cass. civ., 12 juillet 2012, *Bac films c/ Google France*.

Cass. civ., 6 octobre 2011, *Serge Grouard c/ Antoine Bardet*.

Cass. civ., 17 février 2011, *M. X. c/ Sté Bloobox-net (aff. Fuzz.fr)*.

Cass. civ., 22 juin 2010, *Commune de Tulle et autres / Christophe P.*

Cass. civ., 14 janvier 2010, *Télécom Italia c/ Dargaud Lombard, Lucky Comics*.

Cass. civ., 2 octobre 2001, *Nikon*

B. Cour d'appel

CA Lyon, 28 avril 2016, n° 12/06958.

CA Paris, 2 décembre 2014, *TF1 et autres c/ Dailymotion et autres*.

CA Paris, 04 avril 2012, *Groupement des brocanteurs de Saleya, CBA / eBay France*.

CA Paris, 23 janvier 2012, *eBay International c/ Burberry Ltd et autres*.

CA Paris, 14 décembre 2011, *Lyonnaise de Garantie c/ Google et Eric S.*

CA Paris, 3 mai 2011, *SNEP c/ Google France*.

CA Paris, 14 janvier 2011, *Google Inc et France c/ Bac Films et autres*.

CA Versailles, 8 juin 2000, *Lynda L. c/ Sté Multimania*.

C. Tribunal de Grande Instance

TGI Paris, 7 septembre 2016, *Avocats sans frontières, Licra, SOS Racisme / M. X.*

TGI Paris, 13 mai 2016, *Monsieur X. / Google France et Google Inc.*

TGI Paris, 12 février 2016, *Facebook Inc. / Monsieur X.*

TGI Paris, 23 mars 2015, *M. P. c/ 20 Minutes France.*

TGI Paris, 5 mars 2015, *Frédéric X. c/ Facebook Inc.*

TGI de Toulouse, 11 avril 2014, *LICRA, ACIT, CRIF c/ Orange, SFR, Bouygues, Numericable, Darty Telecom.*

TGI de Paris, 24 janvier 2013, *Twitter c/ UEJF; J'Accuse, MRAP, SOS Racisme, Licra.*

TGI de Paris, 15 février 2012, *Diana Z. c/ Google.*

TGI de Paris, 7 février 2012, *Ministère Public c/ Free.*

TGI de Paris, 14 octobre 2011, *aff. Copwatch I.*

TGI de Paris, 22 mars 2007, *Charlie Hebdo c/ l'association de la Mosquée de Paris et l'Union des organisations islamiques de France.*

TGI Paris, 15 novembre 2004, *Comité de défense de la cause arménienne c/ M. Aydin A., France Télécom.*

D. Tribunal de commerce

Tribunal de commerce de Paris, 20 janvier 2016, *Buzzee France / Free.*

E. Tribunal Correctionnel

Tribunal Correctionnel de Paris, 18 décembre 2014, *aff. Rachida Dati*.

Tribunal Correctionnel de Paris, 19 mars 2013, *Baptiste Fluzin c/ Jean-François Copé*.

Tribunal Correctionnel de Paris, 31 janvier 2013, *Ministère public / Jessica C.*

IV. Commission nationale de l'informatique et des libertés

CNIL, (formation restreinte), *Facebook Inc. et autres.*, 18 mai 2017.

CNIL, délibération n°2016-187, 30 juin 2016.

CNIL, délibération n° 2012-322, 20 septembre 2012.

V. Jurisprudence étrangère

A. Jurisprudence américaine

U.S. Supreme Court, *Florida v Jardines*, 133.S.Ct. 1409 (2013).

U.S. Supreme Court, *United States v Jones*, 132 S.Ct.949 (2012).

U.S. Supreme Court, *Katz v United States*, 389 U.S 247 (1964).

U.S. Supreme Court. *New York Times Co. V. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

U.S. Supreme Court. *BMW of North America, Inc. V. Gore*, 517 U.S. 559 (1996).

U.S. Court of Appeals. *Mattel Inc., v. M.C.A., Inc.*, 296 F3d 894 (9th Cir. 2002).

U.S. District Court for the Eastern District of New York - *Coca-cola Co v. Gemini Rising, Inc.*, 346 F. Supp 1183 (E.D.N.Y. 1972).

B. Jurisprudence allemande

Haute Cour régionale de Munich, 28 janvier 2016, *GEMA c. YouTube*.

Tribunal régional de Düsseldorf, 9 mars 2016, *association de consommateurs de Rhénanie-du-Nord-Westphalie c. Facebook*.

Cour de Hambourg, 1 septembre 2010, *Youtube C/ Sarah Brightman*.

C. Jurisprudence grecque

Tribunal d'Athènes, 22 décembre 2014, *AEPI c/ The Pirate Bay*.

D. Jurisprudence italienne

I. Corte di Cassazione

Corte di Cassazione, sentenza 3 février 2014, n. 5107.

Corte di Cassazione, sentenza 5 avril 2012, n. 5525.

2. Premier degré de juridiction

Tribunale di Milano, ordinanza 21/25 janvier 2011.

Tribunale di Milano, sentenza 26 avril 2013, n. 5820.

VI. Jurisprudence internationale

A. Arrêts de la Cour européenne de sauvegarde des droits de l'homme

Cour EDH, 21 février 1975, *Golder c/ Royaume-Uni*, n° 4451/70.

Cour EDH, 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, n° 6538/74.

Cour EDH, 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, n° 5493/72.

Cour EDH, 8 juillet 1986, *Lingens c. Autriche*, A-103. n° 9815/82.

Cour EDH, 23 mai 1991, *Oberschlick c. Autriche*, n° 20834/92.

Cour EDH, 23 avril 1992, *Castells c. Espagne*, n° 11798/85.

Cour EDH, 27 mars 1996, *Goodwin c/ RU*, n° 17488/90.

Cour EDH, 26 septembre 1996, *Manoussakis c. Grèce*, n°18748/91.

Cour EDH, 25 novembre 1996 *Wingrove c. Royaume-Uni*, n°17419/90.

Cour EDH, 1 juillet 1997, *Oberschlick c. Autriche*, n°20834/92.

Cour EDH, 23 septembre 1998, *Lehideux et Isorni c. France*, n° 24662/94.

Cour EDH, 21 janvier 1999, *Fressoz et Roire c. France*, n° 29183/95.

Cour EDH, 8 juillet 1999, *Ceylan c. Turquie*, n° 23556/94.

Cour EDH, 28 septembre 2000, *Lopes Gomes da Silva c. Portugal*, n° 37698/97.

Cour EDH, 2 décembre 2008, *K.U. c. Finlande*, n° 28722/02.

Cour EDH, 10 mai 2009, *Times Newspapers Limited c/ Royaume-Uni*, n° 23676/03.

Cour EDH, 15 avril 2009, *Aussaresses c. France*, n° 20985/05.

Cour EDH, gr. ch., 18 mars 2011, *Lautsi et autres c. Italie*, n° 30814/06.

Cour EDH, 28 juin 2012, *Ressiot et autres c. France*, n° 15054/07.

Cour EDH, 2^e Sect., 18 décembre 2012, *Ahmet Yildirim c. Turquie* (déf), n° 3111/10.

Cour EDH, 10 nov. 2015, *Couderc et Hachette Filipacchi/France*, n°40454/07, § 102.

Cour EDH, gr. ch., 5 septembre 2017, *Barbulescu c. Roumanie*, n° 61496/08.

Cour EDH, 19 octobre 2017, *Fuchsmann c/ Allemagne*, 71233/13.

B. Arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne

CJUE, 29 janvier 2008, *Promusicae c. Telefónica*, n° C-275/06.

CJUE, 23 mars 2010, *Google France et Google Inc c. Louis Vuitton Malletier*, n° C-236/08.

CJUE, 24 novembre 2011, *Scarlet c. SABAM*, n° C-70/10.

CJUE, 12 juillet 2011, *L'Oréal SA et autres contre eBay International AG*, n° C-324/09.

CJUE, 24 novembre 2011, *SABAM C/ Scarlet Extended*.

CJUE, 12 février 2012, *SABAM c/ Netlog*.

CJUE, 13 février 2014, *Svensson et autres c/ Retriever Sverige*.

CJUE, 27 mars 2014, *PC Telekabel c/ Constantin Film Verleih et Wega*.

CJUE, gr. ch., 8 avril 2014, *Digital rights*. n° C-293/12.

CJUE, 13 mai 2014, *Google Spain c. Agencia Española de Protección de Datos*, n° C-131/12.

CJUE, 6 octobre 2015, *Maximillian Schrems c. Data Protection Commissioner*.

CJUE, 28 juillet 2016, *Verein für Konsumenteninformation c. Amazon EU SARL*.

CJUE, 8 septembre 2016, *GS Media BV c/ Sanoma Media Netherlands BV*.

CJUE, 19 octobre 2016, aff. C-581/14, *Patrick Breyer c/ Bundesrepublik Deutschland*.

CJUE, 10 novembre 2016, *Vereniging Openbare Bibliotheken c/ Stichting Leenrecht*.

CJUE, 16 novembre 2016, *Marc Soulier, Sara Doke c/ Premier ministre, Ministre de la Culture et de la Communication*.

CJUE, 18 octobre 2018, aff. C-149/17, *Bastei Lübbe GmbH & Co. KG/Michael Strotzer*

CJUE gr. ch., 24 septembre 2019, aff. C-136/17, *GC e.a. c/ Commission nationale de l'informatique et des libertés.*

CJUE gr. ch., 24 septembre 2019, aff. C-507/17, *Google LLC c/ Commission nationale de l'informatique et des libertés.*

CJUE, 1^{er} octobre 2019 aff. C-673/17 *Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände–Verbraucherzentrale Bundesverband eV/Planet49 GmbH.*

CJUE, 3 octobre 2019, aff. C-18/18, *Eva Glawischnig-Piesczek c/ Facebook Ireland Limited*

Table des matières

Les chiffres renvoient aux numéros de page.

Introduction	1
§ I. La fonction démocratique de la communication numérique	16
A – L'évolution des droits du citoyen avec la communication numérique.....	18
B – Un nouvel espace pour l'exercice de la démocratie	21
§ II. Le juge constitutionnel et la création du droit d'accès à internet à partir de la décision Hadopi 1 de 2009	29
A – La décision Hadopi 1 : la reconnaissance du droit d'accès à internet.....	30
B – La protection des droits fondamentaux intéressés par le numérique.....	34
PREMIÈRE PARTIE	39
LA DÉMOCRATIE RÉNOVÉE PAR LA LIBERTÉ DE COMMUNICATION NUMÉRIQUE	39
Titre premier	43
L'évolution de la liberté de communication numérique dans la jurisprudence constitutionnelle	43
Chapitre premier – Le contrôle de la constitutionnalité des lois et la liberté de communication.....	44
Section I : La fonction du droit constitutionnel à la libre communication dans les Constitutions des États européens.....	45
§ 1. Des approches constitutionnelles hétérogènes du droit à la liberté d'expression et de communication dans les États européens	46
A – La consécration constitutionnelle de la liberté de communication et d'expression dans les Constitutions des États européens.....	46
1) Une protection flexible en fonction des États.....	46
a. Une liberté constitutionnelle relative	47
b. L'attitude variable des juges	48
2) Une condition essentielle et commune à la démocratie.....	50

a. Un droit constitutionnel protéiforme protecteur des autres droits	50
b. Un droit permettant le devoir historique de mémoire .	51
B – Les incidences de la libre communication sur le développement du débat démocratique.....	54
1) Une composante essentielle de la démocratie participative	54
2) Un impératif pour le progrès démocratique : <i>l’empowerment</i> des citoyens.....	57
Section II : Les choix de contrôle du Conseil constitutionnel en France.....	60
§ 1. L’utilisation du contrôle constitutionnel approfondi pour les lois limitant la liberté de communication	60
A – Le contrôle de la limitation des droits fondamentaux.....	60
1) L’interdiction de l’atteinte au droit fondamental	61
2) La reconnaissance indirecte de l’interdiction de l’atteinte au droit fondamental	62
B – Une protection variable de la liberté de communication	63
1) La proportionnalité dans le contrôle approfondi.....	64
2) La définition des dimensions de la liberté de communication.	65
§ 2. Les évolutions du contrôle avec le maintien de la conciliation des droits.....	66
A – Le garant des droits fondamentaux numériques en France	67
1) La fonction identificatrice des abus de droit	68
2) La résolution d’antinomies constitutionnelles : la conciliation	68
B – Le respect de la hiérarchie des normes fondamentales en France	70
1) Les problèmes de l’indétermination du sens du texte constitutionnel	70
2) La reconnaissance par le rôle d’interprétation du juge constitutionnel d’un droit d’accès à internet.....	71
Chapitre second – Le développement de la protection constitutionnelle de l’accès à internet et des communications numériques à partir de la décision Hadopi 1 de 2009	73
Section I: Le rôle fondamental du droit constitutionnel dans la démocratie numérique.....	74
§ 1. La fonction du Conseil constitutionnel comme pilier du processus démocratique à l’ère du numérique	75
A – La protection par le juge constitutionnel de la libre discussion des questions d’intérêt public sur internet.....	77
1) La nécessité pour la démocratie de la sauvegarde d’internet en tant qu’espace libre et neutre.....	78
a. L’extension fonctionnelle de la liberté d’expression numérique.....	79
b. Citoyens internautes, futurs électeurs.....	80

2) Le dépassement des carences démocratiques par la « fondamentalisation » du droit numérique	83
a. La révolution démocratique numérique, le référendum 2.0	83
b. La dynamique de l'agora numérique	86
B – Le pluralisme des opinions dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel.....	88
1) Le pluralisme des opinions à l'ère du numérique.....	89
a. La sauvegarde « constitutionnelle » du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels.....	90
b. Internet vecteur d'une liberté historique.....	92
2) Le pluralisme, élément central de la liberté d'expression de l'article 11 de la Déclaration de 1789.....	93
a. Pluralisme et effectivité de la liberté d'expression	95
b. Une fonction commune : la garantie d'un choix libre .	97
§ 2. Les caractères du nouveau modèle de « démocratie numérique »	99
A – La démocratisation de l'utilisation du numérique.....	99
1) Le renouveau de la démocratie.....	99
a. Le renforcement de la société civile avec la communication numérique	100
b. L'augmentation des effets de réseau avec la communication numérique	100
2) L'évolution de l'encadrement législatif des données issues des communications numériques	102
a. L'équilibre du régime juridique de la liberté d'expression sur internet issu de la LCEN.....	102
b. Le caractère transnational des conditions générales d'utilisation	103
B – La fonction d'internet au service de la démocratie moderne	105
1) La liberté d'association et d'expression collective des idées et des opinions sur internet.....	105
2) Vers un droit numérique d'expression collective des idées et des opinions.....	108
Section II : Les limites de la démocratie numérique.....	109
§ 1. Internet, potentielle source de déséquilibres démocratiques.....	109
A – La pertinence démocratique de la libre accessibilité à internet.....	110
1) La nécessité de lutte contre la « fracture numérique »	110
a. La possibilité de dépasser les difficultés financières .	111
b. Vers l'apparition d'une nouvelle obligation de continuité de service	111
2) L'accès au numérique garantie contre les fractures socio-culturelles.....	112

a. La politique de facilitation de l'accès au numérique .	112
b. Les intérêts de la numérisation de la vie en société...	113
B – Le statu quo de l'accès inégalitaire à internet.....	114
1) L'inégalité numérique, le digital divide.....	116
a. Une inégalité moderne.....	116
b. Les limites matérielles du numérique.....	117
2) La recherche de prospérité de la personne	117
§ 2. Le risque de manipulation dans le numérique	118
A – Une manipulation possible du vote électronique.....	118
1) Un outil pour la démocratie.....	120
2) L'obscurité intrinsèque à internet.....	121
B) La manipulation des informations : les « bulles de filtre »	122
1) Les « bulles de filtres » un sujet essentiel pour saisir l'impact du numérique sur la liberté de communication	122
2) Le tri des informations par les « bulles de filtres »	124
Conclusion du titre premier	127
Titre second	135
La constitutionnalisation progressive de la liberté de communication numérique ...	135
Chapitre premier – Le renouveau de la liberté de communication avec le numérique	136
Section I : La protection de la liberté d'expression et de communication numérique par le Conseil constitutionnel avec la décision Hadopi 1 de 2009.....	136
§ 1. La nécessaire constitutionnalisation d'un nouvel objet du droit constitutionnel : la communication numérique	138
A – L'absence de normes constitutionnelles de référence relatives aux communications numériques	138
1) L'importance de la qualification de la libre communication numérique comme droit fonctionnel constitutionnel.....	140
a. La qualification fonctionnelle du numérique.....	140
b. La nouveauté du vocable numérique dans l'ordre juridique.....	140
2) Le nouveau défi constitutionnel relatif au numérique.....	141
a. Le renouveau des droits fondamentaux à l'ère du numérique.....	142
b. La difficile « fondamentalisation » du droit numérique	143
B – Le nécessaire essor de la protection du pluralisme dans la communication numérique	144

1) Le renouveau de la liberté d'information avec la communication numérique	144
a. La protection des destinataires de l'information par le numérique	145
b. L'information en tant que communication à protéger	147
2) Une condition nécessaire pour l'effectivité de la liberté de l'article 11 de la DDHC	148
a. La réaffirmation du pluralisme dans la communication numérique	149
b. La transparence du média numérique et le pluralisme en tant que conditions de la démocratie.....	150
§ 2. La neutralité d'internet : un principe structurant.....	151
A – L'atteinte aux communications numériques par la violation du principe de neutralité d'internet	152
1) La neutralité, une condition essentielle pour le traitement homogène d'internet et des communications.....	153
a. La régulation constitutionnelle de l'espace numérique	154
b. La régulation constitutionnelle de la neutralité d'internet	155
2) Les risques de la neutralité d'internet.....	155
a. L'atteinte à la neutralité d'internet par les sociétés commerciales	156
b. L'augmentation du trafic des communications source d'atteinte à la neutralité d'internet.....	158
B – La nécessité de la défense de la neutralité d'internet	159
1) La valeur déterminante de la neutralité d'internet.....	159
a. Les apports de la loi pour une République numérique concernant la neutralité d'internet	160
b. Le nécessaire maintien de l'égalité de traitement entre les utilisateurs d'internet	161
2) La neutralité de l'opérateur transportant une correspondance	162
Section II : La limitation des atteintes à l'inviolabilité du secret des correspondances émises par la voie des communications numériques.....	164
§ 1. Le contrôle de constitutionnalité des lois sur la surveillance des correspondances en ligne.....	166
A – La décision de non-conformité partielle de la loi sur le renseignement de 2015.....	167
B – Le nécessaire contrôle de la collecte massive des données personnelles issues des surveillances des communications numériques	168
1) L'intérêt de la protection constitutionnelle des données personnelles.....	169
a. Le rapport entre la protection de la vie privée et les données personnelles	171

b. La volonté d'éviter la surveillance de masse des données personnelles apparue aux États-Unis.....	173
2) Le bouleversement de la vie privée à l'ère du numérique.....	175
§ 2. L'affirmation nuancée du secret des correspondances numériques.....	177
A – La nécessaire reconnaissance constitutionnelle du secret des correspondances.....	178
1) Le cas spécifique de l'importance du secret des correspondances numériques des avocats	179
a. L'intérêt public fondement du secret professionnel avocat-assisté.....	180
b. Les risques de la violation du secret professionnel de l'avocat	181
B – La relativité du secret des correspondances.....	183
1) L'identification du destinataire	185
2) Le réglage des paramètres de confidentialité	186
Chapitre second – L'évolution du régime constitutionnel de la liberté de communication avec le numérique	188
Section I: Le droit d'accès à internet une nouvelle composante de la liberté d'information.....	188
§ 1. La modernisation de l'information par la communication numérique	189
A – La nécessaire prise en considération par le droit constitutionnel des nouvelles méthodes de communication.....	190
1) La pluralité des techniques de communication	190
a. L'hashtag en tant que moyen de communication et d'information.....	190
b. L'hashtag et les libertés fondamentales.....	191
2) Un rôle fonctionnel.....	193
B) Un liberté pouvant remettre en cause la vie privée.....	195
§ 2. Un accès à internet à risques : la désinformation.....	196
A – La dangerosité de la désinformation moderne : les fakes news.....	197
1) La désinformation modernisée par le numérique	197
2) Le journaliste, relais de la vérité	198
B – Le danger des <i>fakes news</i> , les fausses nouvelles.....	198
1) La nécessité d'une information fiable	199
2) Se prémunir contre la présence des <i>fakes news</i> dans les plateformes numériques.....	200
Section II : L'affirmation de la protection de l'ensemble de la chaîne de l'information..	201
§ 1. L'évolution constitutionnelle du statut du journaliste à l'ère du numérique .	202
A – La protection fondamentale du statut des journalistes.....	202

1) La protection constitutionnelle nécessaire des sources journalistiques dans le numérique.....	204
a. Une protection accrue des journalistes à l'ère du numérique	205
b. La protection des sources journalistiques, une recommandation de la Cour EDH.....	208
2) Les nouveaux atouts du journaliste utilisant le numérique.....	209
B – Vers une protection accrue du lanceur d’alerte	211
1) La nécessité de renforcer la protection des divulgations des lanceurs d’alerte	212
2) La nécessité de garanties supplémentaires	213
Conclusion du titre second.....	215
Conclusion de la première partie	223

SECONDE PARTIE 231

L’EXERCICE ENCADRÉ DE LA LIBERTÉ DE COMMUNICATION ET LES DÉFIS LIÉS AU NUMÉRIQUE..... 231

Titre premier 237

Un encadrement induit par le respect des droits et libertés fondamentaux sur internet 237

Chapitre premier – Le respect de la dignité humaine sur internet : le risque d’être hyper connectés..... 238

Section I : La conciliation de la dignité humaine avec les autres droits dérivant du numérique

§ 1. Les nouvelles stratégies en faveur du respect de la dignité humaine dans la communication numérique..... 240

A – La protection du respect de la dignité de la personne renouvelée par le numérique..... 243

B – L’essor du droit à la déconnexion d’internet avec la protection de la dignité de la personne humaine..... 245

§ 2. La régulation des communications sur internet au regard des atteintes au principe constitutionnel de dignité humaine

A – L’utilisation du respect de la dignité humaine dans la lutte contre les infractions criminelles sur internet..... 247

1) La lutte contre les réseaux criminels sur internet

2) La lutte contre la pornographie infantile sur internet

a. Un moyen de communication pour les réseaux de prostitution

b. Un moyen de communication pour les réseaux pédophiles.....	250
B – La prise en considération des droits numériques des enfants dans la Constitution française	250
1) Des protections spécifiques pour les mineurs	251
a. Les données personnelles des mineurs	253
b. Les messages de prévention relatifs à l'utilisation des données personnelles des mineurs.....	254
2) La nécessaire responsabilisation pour la sécurité publique....	254
a. La protection des enfants de la vision de certains messages.....	256
b. L'atteinte aux bonnes mœurs et la mise en péril des mineurs	257
Section II : Le renforcement des opinions publiques grâce à la communication numérique.....	258
§ 1. Démocratie numérique et opinion publique	258
A – La défense des opinions avec le numérique.....	260
1) La formation de l'expression de la volonté générale	262
2) La volonté générale et les normes constitutionnelles.....	264
a. L'influence de la volonté générale sur la volonté délibérative	265
b. La légitimité du numérique pour les choix du peuple	265
B – La création d'une protection constitutionnelle contre la surveillance étatique de l'opinion publique	266
1) La surveillance étatique de l'opinion publique	266
2) La balance des intérêts entre la surveillance étatique et la protection de l'opinion publique.....	268
§ 2. La limitation constitutionnelle du délit d'opinion	270
A – Les opinions inconstitutionnelles dangereuses pour la vie en société	270
B – La dangerosité du délit d'opinion	271
1) L'opinion comme élément potentiel de l'infraction pénale ...	272
2) L'atteinte à l'ordre public.....	272
Chapitre second – La liberté de religion sur internet.....	273
Section I : La garantie constitutionnelle du pluralisme des religions	273
§ 1. Les particularités de l'essor des religions on line	274
A – La religion une institution séculaire à l'ère du numérique	274
1) L'accessibilité de la religion avec internet.....	274
a. La pratique de la religion sur internet.....	275
b. La modification sociétale apportée à la religion par le numérique	276

2) Le nécessaire encadrement de certaines pratiques des religions sur internet	277
a. Le risque d'intimidation par la religion sur internet ..	278
b. L'instauration législative du délit d'entrave à l'IVG sur internet	279
B – La pluralité des nouvelles croyances et religions alternatives avec internet	281
1) La diffusion de nouvelles religions avec internet.....	282
2) Le numérique comme composante des médias religieux traditionnels.....	283
§ 2. La spécificité de la neutralité religieuse d'internet	283
A – Une ouverture à toutes les convictions religieuses : internet	284
1) L'utilisation d'internet par les représentants religieux	284
2) L'application de la neutralité religieuse à internet	285
B – L'adaptation au numérique des religions	286
Section II : Le droit de communiquer les convictions religieuses	288
§ 1. Les rapports entre la protection des religions et le droit constitutionnel	288
A – La nécessaire compatibilité des convictions religieuses avec l'ordre public.....	289
B – L'influence historique de principes religieux dans le droit constitutionnel.....	290
§ 2. La laïcité de l'État en matière de convictions religieuses	293
A – L'exception de « l'identité de la civilisation occidentale » à la liberté de religion	294
B – L'exception à la neutralité religieuse de l'État.....	295
Conclusion du titre premier.....	299
Titre second	305
La prééminence de la sécurité publique.....	305
Chapitre premier – L'accès aux données issues des communications par les services d'État pour la sécurité publique	306
Section I : La justification de l'engagement du secteur privé pour le contrôle des communications numériques	306
§ 1. L'objectif de lutte contre l'utilisation d'internet comme moyen de communication pour les terroristes	307
A – L'incitation à la coopération entre acteurs du numérique.....	309
B – Des risques liés aux nouveaux vecteurs des communications	310
§ 2. L'amélioration de l'utilisation et de l'encadrement juridique des Big data pour garantir la sécurité.....	313

A – L’optimisation de l’utilisation des datas afin de préserver la sécurité nationale.....	314
1) L’évolution dans l’utilisation des Big data	316
2) L’approche prédictive à des fins sécuritaires	318
B – La conciliation du régime des droits individuels et des datas.....	319
1) La manipulation des données par l’État.....	320
a. Le principe de légalité régissant les données à caractère personnel.....	320
b. Nul ne peut détenir des données à l’infini : le droit à l’oubli	322
2) Le principe de finalité de la collecte des données.....	324
Section II : La médiatisation des informations liées au terrorisme.....	326
§ 1. Le risque de glorification posthume des terroristes par les médias	327
A – Le traitement médiatique du terrorisme.....	327
B – La nécessité d’un équilibre du traitement de l’actualité	329
§ 2. La limitation de la consultation des sites faisant l’apologie du terrorisme....	330
A – La censure du délit de consultation habituelle des sites terroristes ..	331
1) Des termes législatifs ambigus : la bonne foi.....	331
a. La nécessité de la répression.....	333
b. La légitimité de la répression	333
2) Une différence de traitement en Europe.....	334
B – La nécessaire répression de sites internet faisant l’apologie du terrorisme	335
1) Une notion ambiguë, l’apologie du terrorisme.....	336
2) La validation des blocages des pages internet par le Conseil d’État	337
Chapitre second – L’utilisation de la sécurité publique pour la surveillance de masse	338
Section 1 : Des critiques de l’utilisation de la surveillance de masse	341
§ 1. L’atteinte aux droits fondamentaux par la surveillance de masse	341
A – L’impact limité des dispositions exorbitantes du droit commun dans la lutte contre le terrorisme.....	342
1) Un régime provisoire d’exception.....	343
a. La nécessité de la sécurité dans le droit commun.....	343
b. Une limite au pouvoir étatique par la loi.....	346
2) L’accentuation des pouvoirs de l’autorité administrative avec le droit d’exception.....	347
a. L’exception dans le droit mesure nécessaire à l’État.	348
b. L’objectif de maintien de la sécurité	350

B – Le Conseil constitutionnel rempart contre les surveillances arbitraires pour des raisons de sécurité publique	355
1) La sanction constitutionnelle pour non-épuiement de la compétence législative par le Parlement.....	355
2) Le contrôle du juge des référés.....	357
§ 2. La justification de l’atteinte aux droits fondamentaux.....	358
A – Le maintien de la sécurité publique et de l’ordre public.....	359
1) Le motif : une impérieuse nécessité	360
2) La sécurité : un droit fondamental.....	361
B – L’encadrement de la surveillance par l’autorité judiciaire.....	362
1) La nécessité d’une autorisation judiciaire préalable.....	362
2) L’accessibilité aux smartphones.....	363
Section 2: L’atténuation des garanties juridiques pour la sécurisation des communications numériques	365
§ 1. Des mesures visant le renforcement de la lutte antiterroriste	366
A – Les exceptions issues de la loi relative à prolongation de l’état d’urgence	366
1) L’autorisation élargie de saisine de tout appareil numérique .	367
2) La limite imposée par le Conseil constitutionnel: la proportionnalité par rapport à l’objectif.....	368
B – Le manque d’efficacité du Patriot act et des surveillances des communications numériques américaines	370
§ 2. L’efficacité partielle des mesures de surveillance des communications numériques sur le dark web en période d’état d’urgence.....	371
A – Limites et garanties du régime d’exception	372
1) La mise en suspens du droit commun.....	373
2) Des politiques d’exception pour la communication numérique	374
B – L’impossible limitation des communications avec le dark web.....	375
1) L’absence de limitation du dark web.....	375
2) L’anonymat dans les communications sur le dark web.....	377
Conclusion du titre second.....	380
Conclusion de la seconde partie.....	385
Conclusion générale.....	391
INDEX.....	401
BIBLIOGRAPHIE.....	407
TABLE DE LA JURISPRUDENCE	457

TABLE DES MATIERES.....475

Livio Daniele ORSI

Université de Toulon

Centre de droit et politiques comparées Jean Claude ESCARRAS

Le droit constitutionnel à la libre communication numérique

Internet a modernisé l'expression et la communication. La liberté d'expression et de communication des pensées et des opinions a plusieurs fonctions démocratiques fondamentales dans la vie en société. Cette liberté peut être qualifiée de fondamentale et de fonctionnelle, dans le sens qu'elle permet la réalisation de nombreux autres droits et libertés. Internet et la communication numérique ont modernisé et amplifié de nombreuses pratiques liées à démocratie. Le droit d'accès à internet et d'autres droits dérivant du numérique gagneraient à être textuellement qualifiés de droits fondamentaux constitutionnels. On a constaté l'insuffisance des dispositions constitutionnelles protectrices des droits et libertés fondamentales encadrant la communication numérique. Le Conseil constitutionnel concilie ces nouveaux droits avec la protection de la sécurité publique et la lutte contre les infractions liées au numérique. La « fondamentalisation » des droits intéressant le numérique, notamment par le renouveau des normes textuelles de référence constitutionnelle permettrait de donner au Conseil constitutionnel des moyens de contrôle adaptés au XXI^{ème} siècle et d'inciter à la codification des nouveaux droits relatifs au numérique.

Mot clés : liberté de communication et d'expression, communication numérique, internet, démocratie, droit à la vie privée, vote numérique, référendum, terrorisme, Constitution, droits et libertés fondamentaux.

Constitutional law and free digital communication

Internet and digital communication have modernized and amplified many practices related to the democracy. The constitutional right of freedom of expression and communication of thoughts and opinions has several democratic and fundamental roles in society. The right to Internet access can be described as a fundamental and functional right in order to be able to exercise other fundamental rights. Digital technology makes it possible to strengthen the legitimacy of representative and participative democracy. However, it is necessary to be able to reconcile it in the best way with the requirement of fighting offenses on the Internet. Technological developments have changed state activities. In the digital age, there is a lack of constitutional provisions that protect fundamental rights and freedoms against state surveillance activities. One of the interests of the constitutionalization of the digital rights principles is to give the Constitutional Council the tools to control the constitutionality of the new laws, especially with the renewal of textual standards of constitutional reference necessary to monitor the constitutional compliance of laws of the 21st century and to improve the codification of a lot of new digital rights.

Keywords: freedom of expression and communication, digital communication, internet, fundamental digital principles, Constitution, democracy, electronic voting, referendum, terrorism, rights.