

Le numérique saisi par le juge, l'exemple du Conseil constitutionnel

Tatiana SHULGA-MORSKAYA - Doctorante ATER CERCCLÉ - EA 7436, Université de Bordeaux

NOUVEAUX CAHIERS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL N° 57 (DOSSIER : DROIT CONSTITUTIONNEL À L'ÉPREUVE DU NUMÉRIQUE) - OCTOBRE 2017

« Bien que l'usage d'internet pose des questions nouvelles, celles-ci paraissent pouvoir trouver une solution dans le cadre de l'application des règles générales »⁽¹⁾. Ces propos du Conseil constitutionnel dans sa décision du 11 juillet 2013 reflètent son attitude générale par rapport au phénomène numérique : il promeut l'utilisation de ses bienfaits tout en restant réservé face aux profonds changements sociétaux et économiques suscités par lui.

Le Conseil constitutionnel est plus âgé que le numérique mais ce dernier, souvent assimilé à internet, s'est développé beaucoup plus vite. En effet, l'organe de justice constitutionnelle française avait déjà fêté son dixième anniversaire quand la première connexion par le biais du réseau américain Arpanet a été établie en 1969. Deux ans plus tard, quand est née la véritable justice constitutionnelle française⁽²⁾, la messagerie électronique a été créée. En même temps que la saisine du Conseil constitutionnel a été ouverte aux parlementaires⁽³⁾, les chercheurs américains introduisent le protocole TCP/IP qui a permis la plus grande ouverture du réseau. En 1983, quand Arpanet adopte ce protocole, internet, tel qu'on le connaît aujourd'hui, prend naissance. Le début des années 1990, lorsque le concept du Web, c'est-à-dire, un système d'hyperliens entre les pages web, et le premier navigateur ont été élaborés, marque l'ouverture d'internet au grand public. Il n'a ensuite fallu que dix ans pour que le premier milliard d'utilisateurs soit atteint en 2005. Pour le Conseil constitutionnel, les années 1990 ont été marquées par une longue crise d'où il est sorti affaibli⁽⁴⁾. Tout au long des années 2000, il reconstruisait sa légitimité en tant que contrepoids, face à l'exécutif⁽⁵⁾. Le processus a été couronné par l'introduction du contrôle *a posteriori* en 2008. À la même époque, le Web 2.0 est arrivé ; les utilisateurs ne sont plus que les simples spectateurs mais de vrais acteurs qui créent des contenus librement et collaborent les uns avec les autres dans le cadre des multitudes des communautés virtuelles. À l'heure actuelle, internet compte environ 4 milliards d'utilisateurs, soit un taux de pénétration mondiale de 50 pour cent. Même s'il semble progresser plus vite que le Conseil, en réalité, tous les deux se heurtent à des problèmes sérieux. Ceux du Conseil sont bien connus alors qu'internet, autrefois libre et non hiérarchisé est aujourd'hui fortement concentré et surveillé. En effet, le trafic d'internet est dominé par tels géants du Web que Google, Facebook, Youtube etc. De plus, il est surveillé et analysé non seulement par ces derniers mais par les États de sorte qu'une telle surveillance est devenue l'un des instruments importants de la sauvegarde des « intérêts économiques, industriels et scientifiques majeurs » d'un État donné.

Cependant, il serait incorrect de réduire le numérique au seul internet. D'après le Conseil d'État, le numérique « forme un système d'innovations techniques dont internet permet la mise en réseau »⁽⁶⁾, c'est-à-dire, qu'internet fait figure de sa colonne vertébrale : il est sa condition *sine qua non*. Le numérique est donc une notion plus large qu'internet et « se définit comme la représentation de l'information ou de grandeurs physiques (par ex. images, sons) par un nombre fini de valeurs discrètes, le plus souvent représentées de manière binaire par une suite de 0 et de 1 »⁽⁷⁾. Ainsi, il représente un langage universel capable d'exprimer, d'analyser et de systématiser des données *a priori* hétérogènes, des sons et images aux comportements et processus. En outre, le numérique inclut non seulement l'ensemble des innovations techniques mis en réseau par internet mais aussi les transformations économiques et sociales qui les accompagnent. Ces trois dimensions du numérique sont donc inséparables et doivent être prises en compte de manière systématique. C'est ainsi que les questions liées à l'utilisation des machines à voter ne seront pas traitées dans cette étude, même si elles sont *a priori* un dispositif numérique. Cependant, la manière dont elles sont utilisées en France ne comprend pas leur connexion à internet, elles ne font donc pas partie du numérique tel que défini par le Conseil d'État.

En ce qui concerne les transformations économiques et sociales entraînées par le numérique, l'étude du Conseil d'État de 2014 en distingue les suivantes :

- une promotion de participation et de transparence dans l'action des pouvoirs publics ;
- un changement d'approche à l'égard de la vie privée ;
- la transformation d'un nombre croissant de secteurs économiques et l'introduction de modèles d'affaires spécifiques ;
- l'émergence de nouveaux services du Web 2.0 reposant sur l'interaction, la collaboration et le partage ;
- ainsi qu'une adoption fulgurante des usages du numérique.

Il en résulte donc que le numérique représente un changement qualitatif dans l'ensemble des activités humaines y compris celles des pouvoirs

publics. En ce qui concerne l'adoption des usages du numérique, le Conseil constitutionnel avait innové en créant son site internet ⁽⁸⁾ en 1997 et en y mettant sa base de données de la jurisprudence ainsi que les commentaires des décisions, en publiant le rôle de la séance plénière depuis 2007 et la liste intégrale des parrainages validés pour l'élection présidentielle à partir de 2017. La transformation numérique a également suscité un accroissement de la transparence du Conseil qui depuis 2010 publie sur son site les vidéos des audiences QPC et depuis 2016, son rapport d'activité. Enfin, la saisine du Conseil a évolué puisque certaines requêtes et l'instruction de certaines affaires se font désormais par voie électronique ⁽⁹⁾.

En même temps, en tant que régulateur des pouvoirs publics qui influence sur leurs décisions concernant le numérique, le Conseil constitutionnel influence du même coup sur le développement et l'utilisation du numérique. Comme il a été démontré, ce dernier est un phénomène complexe conjuguant trois dimensions : Internet, un système d'innovations techniques mis en réseau par internet et les transformations éco-sociales qui les accompagnent. Alors, la question qui se pose est de savoir dans quelle mesure le Conseil appréhende la complexité du phénomène numérique ?

Il semble que le traitement des avancements numériques par le Conseil soit partiel. Tout en promouvant l'accès à l'information permis par le numérique (I), il reste pour le moment réservée à l'égard des transformations éco-sociétales engendrées par le numérique, en préférant donc la position de témoin à celle d'acteur (II).

I – Le Conseil constitutionnel : un promoteur résolu de l'accès à l'information permis par le numérique

En traitant les dossiers liés au numérique, le Conseil constitutionnel s'affirme en tant que promoteur de la transparence qui a largement accru grâce aux moyens numériques (A). Cependant, cet accroissement a une contrepartie moins inspirante, à savoir, la réduction drastique des contours de la vie privée (B).

A. La transparence accrue grâce au numérique

La transparence passe tout d'abord par un accès à l'information ouvert à tous. Un tel accès peut être compris de deux manières différentes : comme un accès au réseau physique d'internet et comme un accès à l'information sur internet. En ce qui concerne le premier, le Conseil constitutionnel a proclamé la liberté de cet accès dans sa décision du 10 juin 2009 ⁽¹⁰⁾. Cependant, cette liberté est assortie de la responsabilité du titulaire d'accès d'un usage contraire au droit d'auteur ainsi que de l'obligation de le sécuriser. En ce qui concerne l'attribution des noms de domaine, le Conseil a censuré la délégation entière de son encadrement par le législateur ⁽¹¹⁾, comme privant les utilisateurs des garanties permettant qu'il ne soit pas porté atteinte aux libertés de communication et d'entreprendre ⁽¹²⁾. Quant au second, l'accès à l'information sur internet, en se montrant protecteur d'un tel accès, le Conseil a par exemple jugé constitutionnels les articles du code de la propriété intellectuelle permettant la conservation et la mise à disposition du public, sous forme numérique, des ouvrages indisponibles qui ne sont pas encore tombés dans le domaine public ⁽¹³⁾. Allant jusqu'au bout dans la protection du droit d'accès à l'information, il a censuré une disposition législative qui punit le fait de consulter habituellement des sites terroristes au motif que « les dispositions contestées portent à l'exercice de la liberté de communication une atteinte qui n'est pas nécessaire, adaptée et proportionnée » ⁽¹⁴⁾. En même temps, cette dernière a ses limites définies par le juge constitutionnel. Ainsi, le blocage administratif de sites diffusant des images à caractère de pornographie infantile ne porte pas une atteinte disproportionnée à la liberté de communication ⁽¹⁵⁾. Une autre limite à cette liberté est la responsabilité des propos sur internet. Est constitutionnelle une loi allongeant la prescription pour certaines infractions de presse qui vise à poursuivre les propos racistes sur internet ⁽¹⁶⁾. Dans le même temps, n'est pas responsable des propos des utilisateurs le producteur d'un site internet ⁽¹⁷⁾ ou l'hébergeur ⁽¹⁸⁾.

Le large accès à l'information à l'ère numérique sert notamment à augmenter la transparence qui est sans doute un prérequis pour le bon fonctionnement du régime démocratique. En ce sens, le Conseil constitutionnel a su utiliser les bienfaits du numérique pour mettre en lumière certaines activités auparavant inapparentes afin de lutter contre les conflits d'intérêts et la corruption. Ainsi, n'est pas contraire au principe de la séparation des pouvoirs un répertoire public numérique ⁽¹⁹⁾ des relations entre les représentants d'intérêts et les pouvoirs publics ⁽²⁰⁾. Le souci de la transparence concerne également le secteur privé. Ainsi, a-t-il approuvé l'obligation de publier sur un site internet unique les informations concernant les liens d'intérêt entre les professionnels de santé et les entreprises produisant ou commercialisant des produits à finalité sanitaire ou cosmétique ⁽²¹⁾. La transparence sert également au développement économique. C'est dans cette perspective qu'a été jugée conforme à la Constitution la transmission par voie électronique des inscriptions au greffe du tribunal de commerce au registre public national pour permettre leur réutilisation par toute personne ⁽²²⁾ dans le sens préconisé par le Code des relations entre le public et l'administration ⁽²³⁾.

Enfin, la transparence est non seulement un objectif mais aussi un moyen de déclencher la participation du public. Notamment, en matière environnementale, le Conseil a-t-il jugé qu'en adoptant les règles de la publication sur internet certains documents relatifs à

l'environnement ⁽²⁴⁾.⁽²⁵⁾ sans fixer les conditions et limites du principe de la participation du public à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement, le législateur a méconnu l'étendue de sa compétence.

Ainsi donc, le Conseil constitutionnel semble entièrement saisir la dimension du numérique s'agissant de la promotion de la transparence. Il en va de même en ce qui concerne le changement d'approche à l'égard de la vie privée dont les contours font peau de chagrin à l'ère du numérique.

B. Les contours de la vie privée se réduisant par le biais du numérique

Le Conseil constitutionnel suit fidèlement la tendance engendrée par le numérique qui a en effet provoqué la transparence non seulement des pouvoirs publics mais, comprise au sens large, des gens ordinaires. Son attitude est devenue visible sur l'exemple des lois relatives au renseignement et à la surveillance des communications électroniques internationales. Suite aux révélations de M. Snowden, le Parlement européen a voté une résolution appelant les États membres dont la France à examiner la compatibilité de leurs programmes de surveillance avec le droit européen ⁽²⁶⁾. C'est dans ce contexte que le parlement français a adopté la loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement. Des mesures assez intrusives ont été ainsi légalisées tout en les plaçant sous le double contrôle d'une autorité administrative indépendante ⁽²⁷⁾ (la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement) et d'une juridiction administrative (le Conseil d'État), en formation restreinte de 3 membres habilités au secret-défense. Le Conseil constitutionnel saisi dans le cadre du contrôle a priori, a censuré certaines dispositions de la loi, notamment la mise en oeuvre de la surveillance internationale qui devait selon le conseil, être encadrée par le législateur. Ainsi, une nouvelle loi relative aux mesures de surveillance des communications électroniques internationales a été promulguée le 30 novembre 2015. Son texte légalise la pratique de la surveillance non individualisée : de « groupes de personnes », d'organisations et même de « zones géographiques » ⁽²⁸⁾. Saisi notamment sur la constitutionnalité de ce dispositif mentionné à l'article 1 de la loi, le Conseil constitutionnel s'est prononcé positivement ainsi que sur le traitement assoupli des données de connexion ⁽²⁹⁾. Il avait déjà eu l'occasion par ailleurs de se prononcer sur le traitement de ces dernières. Dans une QPC du 24 juillet 2015, il a jugé que « les dispositions contestées instituent une procédure de réquisition administrative de données de connexion excluant l'accès au contenu des correspondances ; que, par suite, elles ne sauraient méconnaître le droit au secret des correspondances et la liberté d'expression » ⁽³⁰⁾. Un tel raisonnement n'est cependant pas justifié. Dans l'arrêt *Digital Rights Ireland*, la CJUE a qualifié un dispositif similaire comme une « ingérence particulièrement grave » puisque « prises dans leur ensemble, [les données de connexion] sont susceptibles de permettre des conclusions très précises concernant la vie privée des personnes » ⁽³¹⁾. Tenant compte que les données de connexion sont recueillies par le biais d'un algorithme secret et sauvegardées pendant six ans à compter de leur recueil, le droit au respect de la vie privée se trouve affaibli. De même que l'instauration des relations numériques des juristes avec leur clientèle ⁽³²⁾ ou le bon fonctionnement du dossier médical électronique ⁽³³⁾ approuvés par le Conseil.

L'inclination du Conseil constitutionnel vers la transparence se sent également dans son traitement du droit à l'oubli. La version numérique de ce droit, le droit au déréférencement, édictée par la CJUE dans l'affaire Google Spain de 2014 ⁽³⁴⁾, ne trouve pas encore de répercussions dans la jurisprudence constitutionnelle française. En ce qui concerne ce droit en général, le Conseil, tout en reconnaissant la sauvegarde de la paix sociale comme motif d'intérêt général, a censuré les dispositions de la loi de 1881 sur la liberté de la presse interdisant au diffamateur présumé de prouver la vérité des faits invoqués remontant à plus de dix ans ⁽³⁵⁾. Même s'il peut sembler que le juge constitutionnel français ait pris une position contraire à celle du juge européen, ce n'est pas le cas puisque ces décisions ne concernent que les diffamateurs alors que dans la décision de la CJUE, il s'agissait d'un moteur de recherche qui ne publie rien mais fait circuler les publications des autres. La question de la licéité des publications elles-mêmes ne s'est pas posée. Il serait donc intéressant de voir le Conseil prendre position par rapport au droit au déréférencement ⁽³⁶⁾.

En tout état de cause, la promotion active de l'accès élargi à l'information et, en conséquence, la réduction du périmètre de la vie privée ouvertes par le Conseil, ne remettent pas en cause son attitude beaucoup plus réservée en ce qui concerne la force du numérique de transformation d'un nombre croissant de secteurs économiques et de relations sociétales.

II – Le Conseil constitutionnel : un témoin parfois passif de la force transformatrice du numérique

La jurisprudence du Conseil est abondante en ce qui concerne la pénétration du numérique dans les contentieux les plus importants pour une démocratie, les contentieux électoraux. C'est ainsi que le Conseil commence à se rendre compte d'un changement qualitatif de nature provoqué par le numérique (A). Quant au secteur économique, il semble être beaucoup plus réservé en gardant le statu quo (B).

A. Un juge électoral se rendant compte du potentiel numérique

Selon le Conseil constitutionnel, « les nouvelles technologies de communication et d'information soulèvent des questions nouvelles. Le constat

des irrégularités et, surtout, l'appréciation de leur ampleur et de leur incidence sur le résultat du scrutin s'avèrent particulièrement délicats »⁽³⁷⁾. Il semble cependant que le traitement de ces questions nouvelles par le Conseil reste confiné dans le cadre des approches traditionnelles.

Le juge constitutionnel français a été déjà amené à traiter le phénomène du numérique dans deux cas de figure : dans les contentieux liés à la campagne électorale et au vote par internet. Sur l'exemple de la campagne électorale, il est possible de voir que le traitement par le Conseil des questions liées au numérique ne diffère généralement pas de celui d'autres médias. C'est ainsi que le juge constitutionnel, en traitant des irrégularités électorales commises par le biais d'internet, a dû procéder par le raisonnement habituel, à savoir, que si elles ont pu altérer la sincérité du scrutin pour arriver à la réponse négative⁽³⁸⁾. Néanmoins, le numérique commence à exiger une approche spéciale de la part du Conseil.

En ce qui concerne la propagande électorale et l'interdiction en vertu de l'article L. 52-1 du Code électoral, de recourir, à ses fins, à tout procédé de publicité commerciale, le juge constitutionnel a été déjà amené à donner une qualification de l'utilisation de procédés numériques à la lumière de cette interdiction. Par exemple, si le référencement payant est en principe prohibé, le juge analyse le contexte, l'objet et le contenu de la publicité pour souvent conclure que son utilisation n'a pas méconnu les dispositions sus-mentionnées⁽³⁹⁾. Quant à l'interdiction de la propagande à la veille du scrutin visée à l'article 49 du même code, le Conseil a pris position, contrairement au juge pénal⁽⁴⁰⁾, en ce que le maintien du message de propagande jusqu'au jour du scrutin ne constitue pas une opération prohibée dès lors qu'il n'y avait pas des modifications apportées au contenu de ce message pendant la période de silence⁽⁴¹⁾. Enfin, pour la publication des sondages, une interdiction posée par la loi de 1977, élargie en 2002, s'est vue affaiblie par le développement d'internet. Le Conseil l'avait noté dans sa décision du 21 juin 2012, en soulignant que « le droit n'ayant pas évolué, au contraire des technologies ». En ce sens, il a réitéré ses propositions d'harmoniser l'horaire de clôture des bureaux de vote en métropole et de préciser certains termes de la législation applicable⁽⁴²⁾. Ces propositions ont été retenues par la loi organique du 25 avril 2016.

Le deuxième cas de figure, le vote par internet qui jusqu'en 2017, a été ouvert pour les élections des députés des Français établis hors de France et des conseillers consulaires a posé encore plus de difficultés. Face aux requêtes visant l'annulation des résultats des élections de 2012, le Conseil a considéré que les requérants n'ont pas pu prouver qu'un nombre significatif d'électeurs n'étaient pas parvenus à exprimer leur suffrage. Ni les insuffisances alléguées du dispositif de vote⁽⁴³⁾ ou dans l'organisation du scrutin⁽⁴⁴⁾, ni que certaines recommandations de la Cnil⁽⁴⁵⁾ n'ont pas été mises en oeuvre dans la définition des modalités de vote⁽⁴⁶⁾, n'ont pas été prises en compte dès lors qu'il n'y avait pas de preuve que ces circonstances aient affecté les résultats du scrutin. La question qui se pose cependant est de savoir comment l'on est censé le prouver étant donné que la procédure du vote est virtuelle alors que son observation requiert des compétences techniques approfondies et l'accès au système de vote⁽⁴⁷⁾ qui fait que le vote par internet devient difficilement attaquant. Indirectement, les insuffisances de la solution du vote par internet ont été implicitement reconnues par le gouvernement lui-même qui a décidé, sur la recommandation de l'Anssi, de ne pas recourir à cette modalité de vote pour les élections législatives de 2017 « en raison du contexte actuel, caractérisé par un niveau de menace extrêmement élevé de cyberattaques »⁽⁴⁸⁾.

Si le juge électoral commence à se rendre compte du potentiel transformateur du numérique et de la nécessité de trouver des réponses aux nouvelles questions, le juge de constitutionnalité semble se limiter aux strictes questions de conformité des dispositions contestées à la constitution en gardant le statu quo.

B. Un juge de constitutionnalité, gardien du statu quo

Les articles 61 et 61-1 « ne confère[nt] pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement, mais lui donne[nt] seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déférées à son examen ». Le juge de constitutionnalité n'est pas un juge d'opportunité politique des lois, sauf en cas d'une erreur manifeste⁽⁴⁹⁾. Un tel positionnement est tout à fait justifié, mais peut être considéré comme insuffisant, étant donné que « le Conseil constitutionnel apparaît, du fait du silence et de l'impuissance du Parlement, comme le seul lieu où la volonté législative du gouvernement puisse être efficacement discutée »⁽⁵⁰⁾. Une telle insuffisance de contre-poids à l'exécutif est visible dans le cas des lois Hadopi. Même si le Conseil a prouvé de son rôle de gardien des libertés en censurant les mesures attentatoires à la liberté de communication et au principe de présomption d'innocence, il a en même temps validé le fond de la loi, à savoir la protection du concept traditionnel du droit d'auteur. Un concept formé « il y a une génération »⁽⁵¹⁾ qui s'avère inefficace à l'ère du numérique. Comme l'argumente le professeur de droit de Harvard Lawrence Lessig, « dans un monde où la technologie nous pousse à créer et à diffuser le travail créatif de manière différente dont il a été créé et diffusé auparavant, quel genre de plate-forme morale soutiendra nos enfants, quand leur comportement ordinaire sera considéré criminel ? »⁽⁵²⁾ En effet, il est déjà possible de voir que les lois Hadopi sont inefficaces⁽⁵³⁾. Non seulement les internautes ont trouvé d'autres moyens d'échange de fichiers mais l'avenir de la Haute autorité elle-même est en question. Le rapport coût – bénéfice de son activité semble peu avantageux bien que le gouvernement continue à la maintenir à flot.

Un autre exemple dans le même sens mais cette fois dans le face-à-face avec le Parlement, sont les affaires Uber. Actrice de l'économie collaborative, l'entreprise d'origine américaine s'est heurtée à l'opposition acharnée des taxis français. C'est dans ce contexte que la loi du 1^{er} octobre 2014 relative aux taxis et aux VTC a été votée afin de rendre illégale certaines activités d'Uber dont Uber-Pop, une application mettant en relation les particuliers afin d'organiser une course payante. Uber l'a attaquée par plusieurs QPC. Une fois encore, le Conseil constitutionnel s'est prononcé pour le maintien du statu quo⁽⁵⁴⁾, à savoir du monopole légal des taxis, un régime trouvant ses origines à l'époque de Louis XIV. Le souci du législateur est compréhensible : il fallait protéger les taxis français surtout tenant compte que l'Uber ne payait pas ses impôts en France⁽⁵⁵⁾. De plus, par l'octroi du monopole du marché de la maraude aux seuls taxis, le législateur visait un motif d'intérêt général lié à l'ordre public, puisque seuls les taxis sont autorisés à stationner sur la voie publique. Cependant, cette attitude s'avère inefficace⁽⁵⁶⁾. Non seulement Uber a trouvé des nouveaux moyens techniques d'éviter le contrôle des pouvoirs publics⁽⁵⁷⁾, mais les mesures visant la sauvegarde du monopole des taxis se trouvent mises en cause ailleurs⁽⁵⁸⁾. À ce titre, il est intéressant d'évoquer l'expérience de Taïwan dont les autorités publiques confrontées au même problème avec Uber ont organisé un débat public numérique, à l'aide d'une intelligence artificielle, sur l'encadrement possible de ses activités. « Les participants – passagers et chauffeurs, universitaires et fonctionnaires – ont pu discuter et élaborer un consensus »⁽⁵⁹⁾. Ainsi, 91 % des participants se sont accordés sur l'idée qu'à l'ère technologique, les infrastructures et les règles doivent progresser avec le développement des technologies.

Il est possible de multiplier les exemples en évoquant Airbnb et d'autres plateformes numériques⁽⁶⁰⁾. Cependant, l'on peut difficilement reprocher au Conseil constitutionnel de ne pas être allé à l'encontre des concepts juridiques bien instaurés. Son « pouvoir d'amendement irréfragable »⁽⁶¹⁾ ne peut pas en tout état de cause changer l'économie générale des textes soumis à son contrôle, alors que les dispositions évoquées ne peuvent pas être qualifiées comme « une erreur manifeste ». En outre, « [l]'appréciation des incidences d'une loi n'est pas toujours aussi aisée, notamment en matière économique ou financière »⁽⁶²⁾. Il faut cependant noter qu'il faudrait un changement d'attitude. Comme l'argumente l'ancienne secrétaire d'État Axelle Lemaire, « [n]ous avons une attitude défensive par rapport au numérique. Avec une attitude un peu plus offensive, grâce à des start-ups et des petites entreprises, nous pourrions [...] contrer la concurrence des géants internationaux de l'internet »⁽⁶³⁾.

(1) Cons. const., 2013-26 ELEC, 11 juillet 2013, *Observations du Conseil constitutionnel relatives aux élections législatives des 10 et 17 juin 2012*, [ci-après réf.16/03/2017], v. : www.conseilconstitutionnel.fr/decision/2013/201326elec.htm

(2) Cons. const., 71-44 DC, 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*, v. : www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1971/7144dc.htm

(3) Loi constitutionnelle n° 74-904, 29 octobre 1974 portant révision de l'article 61 de la Constitution, *JORF* du 30 octobre 1974, p. 11035.

(4) Dominique Rousseau, Pierre-Yves Gahdoun, Julien Bonnet. *Droit du contentieux constitutionnel*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso éditions, 2016, p. 52.

(5) *Ibid.*, p. 53.

(6) Conseil d'État, *Étude annuelle 2014 – Le numérique et les droits fondamentaux*, 2014, v. : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/144000541-etude-annuelle-2014-duconseil-d-etat-le-numerique-et-les-droits-fondamentaux>, p. 42.

(7) *Ibid.*

(8) Le Conseil est également présent sur les réseaux sociaux tels que Facebook, Twitter, etc.

(9) V. par ex. Cons. const., *Sénatoriales 2014 - Présentation de la procédure contentieuse*, v. : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/publications/dossierthematiques/2014-Elections-senatoriales/senatoriales-2014-presentacion-de-la-procedurecontentieuse.141996.html> ou l'art. 3 du Règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité.

(10) Cons. const., 2009-580 DC, 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, v. : www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2009/2009580dc.htm

(11) À des organismes désignés par le ministre chargé des communications électroniques.

(12) Cons. const., 2010-45 QPC, 6 octobre 2010, *M. Mathieu P. [Noms de domaine Internet]*, v. : www.conseil-

(13) Cons. const., 2013-370 QPC, 28 février 2014, *M. Marc S. et autre [Exploitation numérique des livres indisponibles]*, v. : www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2014/2013370qpc.htm

(14) Cons. const., 2016-611 QPC, 10 février 2017. *M. David P. [Délit de consultation habituelle de sites internet terroristes]*, v. : www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2017/2016611qpc.htm

(15) Cons. const., 2011-625 DC, 10 mars 2011. *Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure*, v. : www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2011/2011625dc.htm

(16) Cons. const., 2013-302 QPC, 12 avril 2013. *M. Laurent A. et autres [Délai de prescription d'un an pour les délits de presse à raison de l'origine, l'ethnie, la nation, la race ou la religion]*, v. : www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2013/2013302qpc.htm

(17) Cons. const., 2011-164 QPC, 16 septembre 2011. *M. Antoine J. [Responsabilité du « producteur » d'un site en ligne]*, v. : www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2011/2011164qpc.htm.

(18) Cons. const., 2004-496 DC, 10 juin 2004. *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, v. : www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2004/2004496dc.htm

(19) Tenu par la Haute autorité pour la transparence de la vie publique.

(20) Cons. const., 2016-741 DC, 8 décembre 2016, *Loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*, v. : www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2016/2016741dc.htm

(21) Cons. const., 2015-727 DC, 21 janvier 2016, *Loi de modernisation de notre système de santé*, v. : www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2016/2015727dc.htm

(22) Cons. const., 2015-715 DC, 5 août 2015, *Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques*, v. : www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2015/2015715dc.htm

(23) Article L. 321-1 du Code des relations entre le public et l'administration.

(24) Cons. const., 2014-395 QPC, 7 mai 2014, *Fédération environnement durable et autres [Schéma régional du climat, de l'air et de l'énergie – Schéma régional éolien]*, v. : www.conseilconstitutionnel.fr/decision/2014/2014395qpc.htm

(25) Cons. const., 2012-262 QPC, 13 juillet 2012, *Association France Nature Environnement [Projets de règles et prescriptions techniques applicables aux installations classées pour la protection de l'environnement soumises à autorisation]*, v. : www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2012/2012262qpc.htm

(26) Parlement européen. *Résolution du 4 juillet 2013 sur le programme de surveillance de l'agence nationale de sécurité américaine (NSA), les organismes de surveillance de plusieurs États membres et leur impact sur la vie privée des citoyens de l'Union (2013/2682(RSP))*, 2013, v. : <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2013-0322+0+DOC+XML+V0//FR>

(27) Cons. const., 2015-713 DC, 23 juillet 2015, *Loi relative au renseignement*, v. : www.conseilconstitutionnel.fr/decision/2015/2015713dc.htm

(28) Art. 1 de la loi n° 2015-1556 du 30 novembre 2015 relative aux mesures de surveillance des communications électroniques internationales, *JORF*n° 0278 du 1^{er} décembre 2015, p. 22185.

(29) Cons. const., 2015-722 DC, 26 novembre 2015, *Loi relative aux mesures de surveillance des communications électroniques internationales*, [réf. 19/03/2017], v. : www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2015/2015722dc.htm

(30) Cons. const., 2015-478 QPC, 24 juillet 2015, *Association French Data Network et autres [Accès administratif aux données de connexion]*, v. : www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2015/2015478qpc.htm, cons. 17.

(31) CJUE, Grande chambre, 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland et Seitlinger e.a.*, aff. C-293/12 et C-594/12, v. :

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=150642&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=324889>, point 27. V. dans le même sens aussi Parliament of the United Kingdom. Intelligence and Security Committee of Parliament.

Privacy and Security : A modern and transparent legal framework, 2015, v. : <http://isc.independent.gov.uk/committee-reports/special-reports>, p. 51 « *when accessed and analysed, Communications [Data] ...can still create a profile of an individual's life, disclosing as much as would be discernible from the content of communications* » ou Nations Unies. Assemblée générale. Rapport du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, *Le droit à la vie privée à l'ère du numérique*, A/HRC/27/37, 2014, v. :

http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session27/Documents/A-HRC-27-37_fr.doc, p. 6-7, « *Les agrégations d'informations communément appelées « métadonnées » peuvent donner des indications sur la conduite d'un individu, ses relations sociales, ses préférences privées et son identité qui vont bien au-delà de ce que l'on obtient en accédant au contenu d'une communication privée* ».

(32) Cons. const., 2016-739 DC, 17 novembre 2016. *Loi de modernisation de la justice du xxi^e siècle*, v. : www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2016/2016739dc.htm

(33) Cons. const., 2011-640 DC, 4 août 2011. *Loi modifiant certaines dispositions de la loi n° 2009-879, 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires*, v. : www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2011/2011640dc.htm

(34) CJUE, GC, 13 mai 2014. *Google Spain SL, Google Inc. e.a.*, aff. C-131/12, v. : <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=152065&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=182562>

(35) Cons. const., 2013-319 QPC, 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]*, v. : www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2013/2013319qpc.htm et Cons. const., 2011-131 QPC, 20 mai 2011, *Mme Térésa C. et autre [Exception de vérité des faits diffamatoires de plus de dix ans]*, v. : www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2011/2011131qpc.htm

(36) V. par ex. Isabelle Falque-Pierrotin, « La Constitution et l'Internet », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2012, n° 36, v. : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-36/la-constitution-et-l-internet.114759.html> : « *[U]ne éventuelle différence de consécration des principes fondamentaux de l'ère numérique que sont la protection des données personnelles et le droit à l'oubli, entre le niveau constitutionnel et le niveau conventionnel fragiliserait l'édifice normatif et la mise en oeuvre de la régulation. À l'inverse, la consécration par le juge constitutionnel de la valeur constitutionnelle à part entière de ces principes, découlant à la fois du respect de la vie privée, de la liberté d'expression et du droit de propriété, permettrait, non seulement la reconnaissance de nouveaux principes de notre temps – voire particulièrement nécessaires à celui-ci – mais également l'homogénéisation des niveaux de protection*.

(37) Élections législatives de juin 2012, bilan du contentieux devant le Conseil constitutionnel, *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2013, n° 41, v. : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-41/elections-legislatives-de-juin-2012-bilan-du-contentieux-devant-le-conseil-constitutionnel.138266.html>

(38) V. par ex. Cons. const., 2012-4589 AN, 7 décembre 2012, *A.N., Meurthe-et-Moselle (5^e circ.)*, v. : www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2012/20124589an.htm ; 2012-4601 AN, 29 novembre 2012, *A.N., Eure-et-Loir (1^{re} circ.)*, v. : www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2012/20124601an.htm ; 2012-4599 AN, 4 octobre 2012, *A.N., Vaucluse (5^e circ.)*, v. : www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2012/20124599an.htm ; 2012-4606 AN, 20 juillet 2012, *A.N., Val-d'Oise (9^e circ.)*, v. : www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2012/20124606an.htm ; 2012-4596 AN, 29 novembre 2012, *A.N., Doubs (2^e circ.)*, v. : www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2012/20124596an.htm, [réf.16/03/2017].

(39) V. par ex. Cons. const. : 2012-4592 AN, 18 janvier 2013, *A.N., Hauts-de-Seine (6^e circ.)*, v. : www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2013/20124592an.htm ; 2007-3532 AN, 22 novembre 2007, *A.N., Paris (15^e circ.)*, v. : www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2007/20073532an.htm

(40) Pierre Camby, *Conseil constitutionnel, juge électoral*, Paris, Dalloz, 2013, p. 82.

(41) Cons. const., 2002-2690 AN, 20 janvier 2003, *A.N., Paris (1^{re} circ.)*, v. : www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2003/20022690an.htm. Il est cependant recommandé aux candidats de fermer l'accès au contenu de leur site internet à compter de la veille du scrutin à zéro heure. V. Cons. const., 2002-2727 AN, 19 décembre 2002, *A.N., Hauts-de-Seine (8^e circ.)*, v. : www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2002/20022727an.htm

(42) Cons. const., 2012-155 PDR, 21 juin 2012, *Observations du Conseil constitutionnel sur l'élection présidentielle des 22 avril et 6 mai 2012*, v. : www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2012/2012155pdr.htm.

(43) Cons. const., 2012- 4597/4626 AN, 15 février 2013, *A.N., Français établis hors de France (4^e circ.)*, v. : www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2013/20124597_4626an.htm, cons. 6.

(44) Cons. const., 2012-4554 AN, 15 février 2013, *A.N., Français établis hors de France (7^e circ.)*, v. : www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2013/20124554an.htm, cons. 2 ; Cons. const., 2012-4627 AN, 15 février 2013, *A.N., Français établis hors de France (2^e circ.)*, v. : www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2013/20124627an.htm, cons. 1 et 2.

(45) V. Cnil, délibération n° 2012-083 du 15 mars 2012, v. : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000025826116> ; délibération n° 2010-371 du 21 octobre 2010, v. : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000023124205>.

(46) Cons. const., 2012-4597/4626 AN, 15 février 2013, préc., cons. 3.

(47) V. Chantal Enguehard, « Vote par internet : failles techniques et recul démocratique », *Jus Politicum*, n° 2, v. : <http://juspoliticum.com/article/Vote-par-internet-failles-techniques-et-reculdemocratique-74.html>. Surtout étant donné que « [l']attention du Conseil constitutionnel a été appelée sur l'obligation de « transparence » des opérations de dépouillement, qui se déroulent « sous les yeux des électeurs », pour reprendre une expression qui figure sur les modèles de procès-verbaux qu'il a eu l'occasion d'examiner mais qui ne figure pas dans le code électoral où elle aurait pourtant sa place ». Cons. const., 2012-155 PDR, 21 juin 2012, *Observations du Conseil constitutionnel sur l'élection présidentielle des 22 avril et 6 mai 2012*, v. : www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2012/2012155pdr.htm

(48) France Diplomatie, Vote électronique, 2017, v. : <http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/servicesaux-citoyens/droit-de-vote-et-elections-a-l-etranger/article/vote-electronique>

(49) Dominique Rousseau, Pierre-Yves Gahdoun, Julien Bonnet, *Droit du contentieux constitutionnel*, préc., p. 59.

(50) *Ibid.*, p. 53.

(51) Lawrence Lessig, *Remix*, 2008, v. <https://ia802306.us.archive.org/24/items/LawrenceLessigRemix/Remix-o.pdf>, p. XVIII.

(52) *Ibid.* “In a world in which technology begs all of us to create and spread creative work differently from how it was created and spread before, what kind of moral platform will sustain our kids, when their ordinary behavior is deemed criminal ?”

(53) V. par ex. le rapport du groupe de travail des députés UMP “Éthique du Numérique”, *Vive internet ! Liberté et règles dans le monde numérique*, 2010, v. : http://david.fayon.free.fr/documents/rapport_ethique_numerique.pdf

(54) Cons. const., 2015-468/469/472 QPC, 22 mai 2015, *Société UBER France SAS et autre [Voitures de transport avec chauffeur – Interdiction de la « maraude électronique » – Modalités de tarification – Obligation de retour à la base]*, v. : www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2015/2015468_469_472qpc.htm ; Cons. const., 2015-484 QPC, 22 septembre 2015, *Société UBER France SAS et autre (II) [Incrimination de la mise en relation de clients avec des conducteurs non professionnels]*, v. : www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2015/2015484qpc.htm

(55) Assemblée nationale, *Proposition de loi relative aux taxis et aux voitures de transport avec chauffeur*, 2014, v. : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/propositions/pion2046.asp>

(56) V. par ex. Autorité de la concurrence, *Avis n° 14-A-17 du 9 décembre 2014 concernant un projet de décret relatif au transport public particulier de personnes*, v. : <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/14a17.pdf>, p. 22. « [C]omme l'Autorité le constate depuis au moins 2005, les pouvoirs publics réforment des aspects de la réglementation des marchés concernés sans pour autant traiter l'ensemble des problématiques, qui se sont encore complexifiées avec l'arrivée des VTC, alors que serait nécessaire une action portant conjointement sur tous les paramètres d'ajustement de l'offre et de la demande ».

(57) Uber avoue utiliser un logiciel secret pour éviter les forces de l'ordre. *Europe 1*, 4 mars 2017, v. : <http://www.europe1.fr/technologies/uber-avoue-utiliser-un-logiciel-secret-pour-eviter-les-forces-de-lordre-2993909>. « Ce programme empêche les demandes d'utilisateurs frauduleux qui

violent les termes de service, que ce soit des gens qui veulent s'en prendre physiquement aux chauffeurs, des concurrents voulant perturber nos opérations, ou des opposants qui s'allient avec les autorités pour des opérations secrètes visant à piéger nos conducteurs».

(58) V. par ex. Éric Lecoultré, « Vers un compromis pour réguler l'activité d'Uber », *Le Courrier*, 2 septembre 2016, v. :

https://m.lecourrier.ch/142586/vers_un_compromis_pour_reguler_l_285379KCH_activite_d_uber. « Il faut entièrement repenser le modèle des taxis » ou Simon Boivin. « Couillard exigerait un permis et des assurances pour Uber ». *Le Soleil*, 29 août 2015, v. : <http://www.lapresse.ca/le-soleil/actualites/transports/201508/29/01-4896267-couillard-exigerait-un-permis-et-des-assurances-pour-uber.php>. « *Le phénomène lié au progrès technologique ne peut être contenu de façon coercitive ou répressive, croit-il. Mais il peut être encadré de manière à assurer une équité envers les chauffeurs de taxi traditionnels* ».

(59) Audrey Tang, « Une expérience pionnière de démocratie numérique à Taïwan », *Le Monde*, 25 mai 2016, v. :

http://www.lemonde.fr/idees/article/2016/05/25/une-experience-pionniere-dedemocratie-numerique-a-taiwan_4926104_3232.html#U23oZMsmgUj1JW8z.99

(60) Cons. const., 2014-708 DC, 29 décembre 2014. *Loi de finances rectificative pour 2014*, v. : [www.conseil-](http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2014/2014708dc.htm)

[constitutionnel.fr/decision/2014/2014708dc.htm](http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2014/2014708dc.htm) ; Cons. const., 2016-742 DC, 22 décembre 2016, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2017*, v. : www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2016/2016742dc.htm

(61) Dominique Rousseau, Pierre-Yves Gahdoun, Julien Bonnet, *Droit du contentieux constitutionnel*, préc., p. 59.

(62) Noëlle Lenoir, « Le métier de juge constitutionnel », *Le débat*, n° 114, 2001, v. : [http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/le-conseil-constitutionnel/les-membresdu-conseil/les-membres-depuis-1959/temoignages-d-anciens-membres/le-metier-de-jugeconstitutionnel.25704.html)

[constitutionnel/francais/le-conseil-constitutionnel/les-membresdu-conseil/les-membres-depuis-1959/temoignages-d-anciens-membres/le-metier-de-jugeconstitutionnel.25704.html](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/le-conseil-constitutionnel/les-membresdu-conseil/les-membres-depuis-1959/temoignages-d-anciens-membres/le-metier-de-jugeconstitutionnel.25704.html)

(63) Cons. const., 2014-708 DC, 29 décembre 2014, *Dossier documentaire complémentaire*, http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2014708DC2014708dc_hist.pdf, p. 22.