

**LA PROTECTION PENALE DES DROITS PRIVÉS À L'ÈRE
NUMERIQUE**

Nicolas Bonnal

Conseiller à la Cour de cassation (chambre criminelle)

Les deux faces de la révolution numérique que sont la généralisation de la communication électronique, d'une part, et l'informatisation de la plupart des processus de stockage et de traitement de données, d'autre part, sont devenues indissociables. 'Il y a de moins en moins d'informatique sans communication et réciproquement'¹. Dans ces conditions, le droit pénal, s'il veut conserver toute son efficacité à celui de ses rôles que nous avons mission d'évoquer pendant cette table ronde, la protection des droits des personnes privées, peut rarement faire l'économie de profondes évolutions.

Pour autant, ce constat ne s'impose pas d'emblée, et la réalité de ces évolutions est complexe et multiforme. Il serait sans doute plus exact de distinguer deux grandes tendances parallèles, dans ce processus d'adaptation.

La première consiste d'abord à appliquer les concepts existants aux nouveaux objets que présente au juge la numérisation de notre société, soit tout simplement parce que celle-ci va toujours plus vite que le législateur, ce qui laisse le juge en première ligne, soit parce que le législateur estime que cette numérisation est indifférente à la définition et à la poursuite des infractions pénales classiques.

Mais, une telle approche rencontre vite ses limites, tant cette combinaison de l'informatique et de la communication électronique bouleverse radicalement la réalité, modifie les comportements, crée de nouveaux risques. Vient alors le moment de l'innovation, qu'elle soit le fait du juge, qui fait évoluer le régime des infractions existantes, ou du législateur, qui en crée de nouvelles, exercice délicat dès lors qu'il a pour effet de faire intervenir le juge pénal dans un domaine d'une haute technicité, et de surcroît en permanente évolution.

À tous les stades de ce processus, cette évolution ne peut se faire que dans le respect des principes supérieurs, des droits de l'homme tels que garantis par la Constitution et la Convention européenne des droits de l'homme, et du droit de l'Union européenne. Principes qui, eux-mêmes, tiennent compte de cette nouvelle réalité, ainsi que l'a prouvé le Conseil constitutionnel français, lorsque, par une décision importante,² il a placé la liberté d'accéder aux services de

1 Alain Bensoussan, *Informatique Télécoms Internet*, Francis Lefebvre

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

communication au public en ligne dans le champ protégé par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.³

La matière est inépuisable, à la mesure de l'ampleur du bouleversement numérique. On ne développera donc que quelques exemples, récents, qui illustrent les difficultés auxquelles font face le législateur comme le juge, et les réponses qu'ils tentent d'y apporter. On abordera donc successivement la question de l'application de la loi pénale française sur la presse lorsque l'infraction est susceptible d'avoir été commise sur le réseau internet (I), la création d'une série d'infractions nouvelles pour réprimer les atteintes aux droits de la personne résultant des fichiers ou des traitements informatiques (II) et la création de délits nouveaux incriminant non plus seulement la diffusion de contenus prohibés, mais également leur consultation sur le réseau internet (III). Ce sera donc l'occasion d'évoquer successivement la protection de la réputation, celle des données personnelles, et enfin celle de la liberté de communication.

L'application de la loi pénale française sur la presse sur le réseau internet

La loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, qui, quoique périodiquement enrichie et modifiée depuis bientôt 150 ans, n'a pas vu ses grands équilibres bouleversés au fil du temps, ne connaissait point internet, cela va sans dire. On n'étudiera pas ici de façon exhaustive, alors que le droit de la presse a largement occupé votre dernière réunion, comment ce texte ancien, et la jurisprudence abondante et assez stable qui le fait vivre, ont accueilli ce nouveau support des infractions de presse qu'est le réseau internet. Il suffit de dire que la liste des moyens de publicité que la loi décline en son article 23 a été enrichie, successivement, aux moyens de communication audiovisuelle,⁴ puis aux moyens de communication au public en ligne.⁵ Et que, selon des étapes à peu près semblables,⁶ la liste des responsables de droit des infractions de presse a été adaptée au support de la communication audiovisuelle puis de la communication en ligne, de même qu'étaient prévues les conditions d'engagement de la responsabilité des intermédiaires techniques que sont les fournisseurs d'accès et les fournisseurs d'hébergement.

L'adaptation législative s'est arrêtée là. La mise en œuvre par le juge de ces textes nouveaux, notamment en ce qu'ils ont transposé à la communication en ligne la figure du producteur, créée pour la communication audiovisuelle, n'a pas été aisée et nourrirait de longs développements,⁷ qui n'ont pas leur place ici.

3 "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"

4 Loi du 13 décembre 1985 portant dispositions diverses relatives à la communication audiovisuelle

5 Loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique

6 Loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle et loi du 21 juin 2004 précitée

7 Voir Cass. crim., 16 février 2010, *Bull. crim.* 2010, n° 30 et 31 ; Cons. const., 16 septembre 2011, décision n° 2011-164 QPC

C'est en revanche la question de la compétence du juge français qui s'est posée à frais nouveaux sur internet. Et avec elle, celle de l'application de la loi française, dès lors que ces deux questions sont indissociablement liées, selon le principe 'traditionnel et quasiment universel'⁸ de la solidarité ou encore de la coïncidence des compétences judiciaire et législative en matière pénale, selon lequel le juge répressif d'un État applique sa propre loi pénale.

Si cette question était particulièrement délicate à régler, c'est en raison de la jurisprudence bien établie selon laquelle, en matière de presse, c'est la publication qui fait le délit. La chambre criminelle de la Cour de cassation juge régulièrement, depuis le XIX^{ème} siècle, 'qu'en matière de presse, c'est la publication de l'écrit coupable qui constitue le délit ; que la poursuite peut donc être portée devant tout tribunal dans le ressort duquel l'écrit a été publié'.⁹

Cette règle n'avait reçu devant la Cour de cassation aucune exception dans les poursuites engagées sur le fondement des dispositions de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse. Ainsi, il a été jugé qu'importe peu, pour l'application de cette règle, qu'il soit soutenu que le choix de la juridiction saisie par la partie poursuivante serait 'arbitraire, artificiel et de nature à nuire aux intérêts de la défense'.¹⁰ Cette règle s'applique également aux émissions de télévision : 'le délit de diffamation perpétré par la voie de la presse écrite est réputé commis partout où l'écrit a été publié, distribué, ou mis en vente ; [...] la diffamation réalisée par la voie de la télévision est accomplie en tous lieux où les émissions télévisées ont pu être reçues'.¹¹

Cette règle a été appliquée à l'internet par les juridictions du fond.¹² On voit cependant la limite d'une telle application mécanique de cette jurisprudence à l'internet, qui par nature, est universellement accessible. C'est pour cette raison que certaines autres juridictions du fond ont envisagé d'y déroger: ainsi, dans une affaire où le prévenu, poursuivi pour complicité de diffamation publique, par publication d'un article sur un site internet situé à l'étranger, contestait la compétence des juridictions françaises, le juge a écarté cette exception, en relevant que le site s'adressait au public français, et que l'article, rédigé en français, avait été consulté plusieurs centaines de fois en France.¹³ Mais cet arrêt n'a pas été frappé de pourvoi.

8 André Huet et Renée Koering-Joulin, *Droit pénal international*, 3^{ème} éd., PUF, 2005, n° 117

9 Cass. crim., 5 janvier 1894, *Bull. crim.* 1894, n° 5

10 Cass. Crim., 28 novembre 2006, *Bull. crim.* 2006, n° 298

11 Cass. Crim., 5 décembre 2000, pourvoi n° 99-85.361

12 CA Limoges, 8 juin 2000 : *BICC* 2001, 210 ; CA Paris, 17 mars 2004, *Communication et commerce électronique* 2005, Comm. 72, obs. Agathe Lepage ; CA Paris, pôle 1, ch. 2, 30 sept. 2009, RG n° 09/09773, cité in *Communication Commerce électronique* n° 3, mars 2010, chron. 3, Christophe Bigot

13 CA Paris, ch. 2-7, 6 septembre 2012, *JurisData* : 2012-021933

Puis, s'est présentée devant la cour d'appel de Poitiers une affaire particulièrement exemplaire du caractère totalement artificiel de l'application du droit français de la presse à un texte mis en ligne sur internet : deux sœurs, de nationalités américaine et japonaise, pour l'une, japonaise, pour l'autre, toutes deux domiciliées au Japon, ont fait citer un citoyen d'Afrique du Sud devant le tribunal correctionnel de Niort (Deux-Sèvres) du chef de diffamation publique envers un particulier, pour avoir mis en ligne, sur un site internet américain, deux textes en langue anglaise dont les passages poursuivis évoquaient, d'une part, les conditions dans lesquelles l'une des sœurs lui aurait conseillé, alors qu'il entendait écrire un ouvrage sur les développeurs de jeux vidéos au Japon, domaine dont l'autre sœur est spécialiste, les services d'une interprète japonaise incompétente et, d'autre part, la campagne de dénigrement que les deux sœurs auraient menée contre lui. Pourquoi, me direz-vous, cette affaire était-elle poursuivie devant le tribunal de Niort ? Au motif que le prévenu avait habité, plusieurs années avant, dans le ressort de cette juridiction, où résidaient encore ses parents. Mais lui-même n'y habitait plus et avait fixé son domicile, bien avant les faits incriminés, à Londres. Le tribunal ne pouvait donc être compétent en raison de la résidence du prévenu. Restait le lieu des faits, dès lors que, dans le ressort du tribunal de Niort, comme ailleurs, on peut se connecter au réseau internet, et donc y lire les propos poursuivis.

Le tribunal, saisi par le prévenu d'une exception d'incompétence, l'a accueillie et a jugé que le site internet et les propos litigieux n'étaient pas orientés vers le public français. Comment, en effet, en confiant, en anglais, à un site américain sa vision d'un différent l'opposant, pour une situation s'étant déroulée au Japon, à deux citoyennes japonaises et américaine, ce Sud-africain habitant à Londres aurait-il pu anticiper l'application de la loi française, et en tirer d'éventuelles conséquences ?

Les parties civiles ont fait appel. La cour d'appel a confirmé le jugement. Et une des sœurs a formé un pourvoi en cassation. La chambre criminelle¹⁴ l'a rejeté. Elle a jugé 'qu'en l'absence de tout critère rattachant au territoire de la République les propos incriminés, la circonstance que ceux-ci, du fait de leur diffusion sur le réseau internet, aient été accessibles depuis ledit territoire ne caractérisait pas, à elle seule, un acte de publication sur ce territoire rendant le juge français compétent pour en connaître'.

Elle a ainsi fait une exception importante à un principe pour elle fondateur du droit français de la presse. Ce faisant, elle pouvait, évidemment, s'appuyer sur de nombreux précédents, mais dans d'autres domaines du droit pénal. Elle avait, ainsi, elle-même depuis longtemps jugé, en matière de produits contrefaisants

¹⁴ Cass. Crim., 12 juillet 2016, en cours de publication au bulletin ; *Dalloz* 2016, p. 1848, note Emmanuel Dreyer ; *Gazette du Palais*, 2016, n° 34, p. 45, note Stéphane Detraz, et n° 38, p. 35, note François Fourment ; *Contrats Concurrence Consommation* 2016, comm. n° 83, note Agathe Lepage ; *Légipresse*, octobre 2016, p. 532, note Stéphane Detraz

accessibles en ligne, qu'une condamnation pour contrefaçon par une juridiction française ne pouvait être prononcée que si les juges avaient caractérisé que le site litigieux 'était orienté vers le public français'.¹⁵

Elle pouvait également s'inspirer des décisions rendues par la Cour de justice de l'Union européenne, saisie sur l'interprétation des règles communautaires en matière de compétence civile.¹⁶ laquelle, tout en réservant la possibilité pour la personne agissant en diffamation d'obtenir réparation 'devant les juridictions de chaque État contractant dans lequel la publication a été diffusée et où la victime prétend avoir subi une atteinte à sa réputation, compétentes pour connaître des seuls dommages causés dans l'État de la juridiction saisie', a interprété le règlement en ce sens 'que la victime peut intenter contre l'éditeur une action en réparation [...] devant les juridictions de l'État contractant du lieu d'établissement de l'éditeur de la publication diffamatoire, compétentes pour réparer l'intégralité des dommages résultant de la diffamation',¹⁷ puis ajouté, cette fois en matière d'atteinte à la vie privée, et surtout en prenant en compte expressément la spécificité d'internet, et après avoir réservé la même possibilité d'obtenir au lieu de la diffusion la réparation du seul dommage causé par la diffusion en ce seul lieu, que, 'étant donné que l'impact d'une atteinte commise au moyen d'un contenu mis en ligne sur les droits de la personnalité d'une personne peut être le mieux apprécié par la juridiction du lieu où cette personne a le centre de ses intérêts, la prétendue victime peut choisir de saisir, pour l'intégralité du dommage causé, la seule juridiction de ce lieu'.¹⁸

Si, compte tenu de la coïncidence de la compétence judiciaire et législative en matière pénale, il n'était pas évident de s'inspirer de cette approche civiliste, celle-ci a cependant irrigué la solution retenue par l'arrêt du 12 juillet 2016. Ainsi, le caractère insaisissable de l'internet conduit à privilégier, en matière de compétence, non pas l'auteur ou l'éditeur, réalités difficiles à cerner sur la toile, mais la personne privée dont les intérêts sont lésés par un texte mis en ligne.

Les infractions nouvelles réprimant les atteintes aux droits de la personne résultant des fichiers ou des traitements informatiques

On le sait, la loi française, assez tôt dans le contexte européen,¹⁹ a pris en compte la réalité des atteintes susceptibles de causer un préjudice aux personnes privées, du fait des traitements informatiques de données nominatives, posant

15 Cass. crim., 14 décembre 2010, pourvoi n° 10-80.088 ; et précédemment, dans le même sens, Cass. crim., 22 mai 2007, pourvoi n° 06-87.520 ; - 9 septembre 2008, pourvoi n° 07-87.281

16 article 5, point 3, du règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil, du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale

17 CJCE, arrêt du 7 mars 1995, Shevill, C-68/93, qui répondait à une question préjudicielle de la Chambre des Lords, portant sur une poursuite en diffamation engagée au Royaume-Uni du chef d'une publication de presse française

18 CJCE, arrêt du 25 octobre 2011, eDate Advertising GmbH et O. et R. Martinez, C-509/09 et C-161/10, tel que la Cour de Luxembourg le résume elle-même dans un arrêt ultérieur (3 octobre 2013, P. Pinckney c/ KDG Mediatech AG, C-170/12)

19 Loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés

solennellement le principe selon lequel l'informatique 'ne doit porter atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques', et a parallèlement créé une autorité administrative indépendante, la Commission nationale informatique et libertés (CNIL), aux missions multiples. Le Conseil constitutionnel,²⁰ jugeant que, par une disposition d'une loi qui lui était déférée 'le législateur n'a pas entendu déroger aux dispositions protectrices de la liberté individuelle prévues par la législation relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés', a pour ainsi dire intégré ce texte dans le bloc de constitutionnalité. Puis, rejointe par le droit communautaire,²¹ la loi a substitué à la notion d'informations nominatives celle de données à caractère personnel.²² Tout cela avant l'entrée en vigueur de la nouvelle règle communautaire,²³ qui sera applicable au 25 mai 2018.

C'est le volet pénal de ce texte qui sera abordé ici. Les infractions créées par la loi ont été largement refondues et complétées au fil des années et elles sont maintenant intégrées dans le code pénal.²⁴ Ce n'est pas ici l'objet de livrer une étude exhaustive de ces infractions, ce qui serait fastidieux et hors de propos. Mais d'illustrer comment ce droit de l'ère numérique conduit, inévitablement et peut-être plus qu'aucun autre, à une articulation dynamique entre contentieux administratif et pénal, et de relever que la pénalisation n'est pas toujours la méthode la plus apte à assurer la protection la plus efficace des données à caractère personnel.

Les limites de la pénalisation

Exemplaire de ce que la doctrine qualifie de 'droit pénal sanctionnateur',²⁵ cette pénalisation de certaines des règles de la loi de 1978 procède, en effet, par la technique du renvoi. Au lieu de définir *in extenso* des infractions, ces textes pénaux incriminent des manquements aux obligations résultant de la loi, et renvoient à celle-ci pour la définition desdites obligations. Ainsi, le délit de l'article 226-16 du code pénal consiste-t-il en 'le fait, y compris par négligence, de procéder ou de faire procéder à des traitements de données à caractère personnel sans qu'aient été respectées les formalités préalables à leur mise en œuvre prévues par la loi'. Il n'est pas même précisé par un renvoi à des articles précis de quelles

20 Cons. const., 20 janvier 1993, décision n° 93-316 DC, Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques

21 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 de données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données

22 Loi du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés

23 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

24 Articles 226-16 à 226-24 dudit code

25 Patrick Maistre du Chambon, Agathe Lepage, Renaud Salomon, *Droit pénal des affaires*, LexisNexis, 2015

formalités la violation est ainsi sanctionnée, pourtant de peines qui sont loin d'être symboliques, cinq ans d'emprisonnement et 300.000 euros d'amende.

Or, les formalités préalables en question sont complexes, telles qu'elles sont définies par loi elle-même, qui lui consacre son chapitre IV (articles 22 à 31, qui procèdent également parfois par renvoi à d'autres dispositions de la loi), lequel distingue le régime de la déclaration, normale ou simplifiée, dont certains traitements sont d'ailleurs purement et simplement dispensés, du régime de l'autorisation, et fixe les modalités, communes ou particulières, de ces déclarations ou autorisations. Ces obligations résultant de la loi sont elles-mêmes complétées par un texte réglementaire,²⁶ également dense et détaillé.

Dans ces conditions, l'élément matériel de l'infraction peut prendre des formes multiples. La situation la plus évidente est celle de l'absence pure et simple de la formalité ainsi exigée par la loi, et donc de ce qu'on peut appeler la clandestinité d'un traitement, qui aurait dû être déclaré, voire autorisé, mais a été conduit sans qu'aucune formalité ne soit effectuée, de sorte qu'il est resté inconnu.²⁷ Mais il a pu être jugé que le délit était également constitué par le fait de ne pas procéder à la déclaration dans les formes exigées par la loi (et largement précisées par le décret), mais par une simple lettre.²⁸

Une déclinaison particulière de cette infraction figure à l'article 226-16-1 A de la loi qui sanctionne le non-respect de normes établies par la CNIL instaurant des déclarations simplifiées, voire des dispenses de déclarations, pour 'les catégories les plus courantes de traitements de données à caractère personnel, dont la mise en œuvre n'est pas susceptible de porter atteinte à la vie privée ou aux libertés'.²⁹ Des peines lourdes (ce sont les mêmes que celles prévues à l'article 226-16) sanctionnent donc le non-respect de règles édictées par une autorité administrative indépendante, qui reçoit également le pouvoir de définir le champ de ces règles (c'est à elle de déterminer quels traitements répondent à la définition qui vient d'être rappelée, et à elle encore de dire ceux de ces traitements qui sont dispensés de toute déclaration), règles dont la loi précise seulement qu'elles sont publiées par les soins de la CNIL.³⁰

La jurisprudence offre un exemple récent³¹ de la difficulté à mettre en œuvre les sanctions pénales prévues par la loi, à l'occasion d'une poursuite engagée sur le fondement de l'article 226-19 du code pénal, qui sanctionne, lorsqu'il est effectué 'hors les cas prévus par la loi', le traitement des données personnelles les plus

26 Articles 7 à 41-1 du décret du 20 octobre 2005 pris pour l'application de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés

27 Cass. crim., 3 novembre 1987, pourvoi n° 87-83.429, *Bull. crim.* 1987, n° 382

28 T. corr. Paris, 17ème ch., 5 févr. 1990, JCP E 1990, II, 15920, n° 10, obs. M. Vivant et A. Lucas.

29 Article 24 de la loi du 6 janvier 1978

30 Article 11 2° b) de la loi du 6 janvier 1978

31 Cass. crim., 8 juillet 2015, pourvoi n° 13-83.267, *Bull. crim.* 2015, n° 175 ; *Droit pénal* 2015, comm. 109, note Michel Véron

sensibles, celles notamment qui font apparaître les origines raciales ou ethniques, les opinions politiques, philosophiques ou religieuses, ou encore qui sont relatives à la santé ou à l'orientation sexuelle des personnes. Une personne souhaitant donner son sang se l'était vu refuser à deux reprises, au motif de son homosexualité supposée, et ce dans des conditions lui permettant de penser qu'elle était fichée comme tel. Sa plainte avec constitution de partie civile pour violation de l'article 226-19 a fait l'objet d'un non-lieu, au motif qu'un tel traitement était autorisé par l'article L. 1223-3 du code de la santé publique, qui dans sa rédaction applicable, imposait aux centres de transfusion sanguine de 'se doter de bonnes pratiques', et par l'arrêté du 10 septembre 2003 du ministre de la santé publique, relatif aux bonnes pratiques en matière de transfusion sanguine, qui incluait une telle contre-indication au don du sang.

Saisie d'une question prioritaire de constitutionnalité tirée de ce que la combinaison de ces deux textes revenait à faire dépendre une incrimination pénale 'de "bonnes pratiques", définies par renvoi à un règlement édicté par un établissement public', la Cour de cassation l'a transmise au Conseil constitutionnel.³² Celui-ci³³ a dit que l'article 226-19 ne portait pas atteinte au principe de légalité des délits et des peines, que les dispositions de l'article L. 1223-3 du code de la santé publique 'n'ont pas pour objet de définir une exception à cette incrimination ; que de telles exceptions sont en particulier définies par l'article 8 de la loi du 6 janvier 1978', et a estimé ces deux textes conformes à la Constitution.

L'affaire est revenue devant la Cour de cassation, qui, tenant compte du décentrage effectué par le Conseil constitutionnel, a approuvé le non-lieu, au motif que, si le traitement ne pouvait être autorisé par les textes sur lesquels la chambre de l'instruction de la cour d'appel s'était fondée, il 'entre[...] dans les prévisions du paragraphe II, 6°, de l'article 8 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, selon lesquelles l'interdiction, posée au paragraphe I du même article, de collecter ou de traiter des données à caractère personnel relatives, notamment, à la santé ou à la vie sexuelle des personnes, ne s'applique pas aux traitements nécessaires aux fins de la médecine préventive, des diagnostics médicaux, de l'administration de soins ou de traitements, ou de la gestion de services de santé, et mis en œuvre par un membre d'une profession de santé, ou par une autre personne soumise au secret professionnel'.

L'articulation entre sanctions administratives et poursuites pénales

Malgré la diversité et le champ très large des infractions rassemblées aux articles 226-14 et suivants du code pénal, dont les exemples ci-dessus donnent un bref

³² Cass. crim., 17 juin 2014, QPC n° 13-83.267

³³ Cons. const., 17 septembre 2014, décision n° 2014-412 QPC

aperçu, il ne semble pas que la voie pénale soit d'un usage fréquent. La technicité et le flou de certaines notions expliquent assez cette prudence des autorités de poursuite. Mais y contribue aussi de façon sans aucun doute décisive l'existence d'une voie administrative, résultant du pouvoir de sanction reconnu à la CNIL, dans les conditions prévues au chapitre VII de la loi de 1978. Sont susceptibles d'emporter sanctions tous les comportements de non-respect des obligations résultant de la loi. Les sanctions prévues sont l'avertissement, des sanctions pécuniaires pouvant aller jusqu'à 3 millions d'euros, et l'injonction de cesser le traitement.

Les comportements pénalement sanctionnés sont donc, comme ceux qui ne le sont pas, passibles du pouvoir de sanction de la CNIL. Sans entrer ici dans l'étude des questions liées à l'application de la règle *non bis in idem*, on relèvera seulement que la loi prévoit que lorsqu'une sanction pécuniaire est devenue définitive, le juge pénal par ailleurs saisi des mêmes faits ou de faits connexes peut décider que cette sanction pécuniaire s'imputera sur l'amende qu'il prononce.

On signalera seulement une articulation intéressante entre sanction administrative et sanction pénale : l'article 226-16, alinéa 2, punit des mêmes peines que celles prévues à l'alinéa 1^{er} le fait de procéder à un traitement malgré le prononcé par la CNIL des sanctions d'injonction de cesser le traitement (s'il relève d'un régime déclaratif) ou de retrait de l'autorisation (lorsque celle-ci, requise, a été accordée). Ainsi, si la sanction administrative n'est pas respectée, une poursuite pénale peut prendre le relais. L'intérêt de ce texte doit être toutefois relativisé : en 2016, parmi les 13 sanctions prononcées par la formation spécialisée de la CNIL,³⁴ on ne trouve en effet aucune injonction ou retrait d'autorisation (mais quatre sanctions pécuniaires et neuf avertissements).

Le même rapport annuel de la CNIL pour l'année 2016, qui fournit cette information, donne l'exemple d'une autre articulation intéressante entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire. Le président de la CNIL a usé de son pouvoir de mise en demeure préalable à l'engagement d'une poursuite pouvant aboutir à une sanction administrative³⁵ à l'encontre de la société éditrice d'une application dénommée 'Gossip, les potins anonymes', utilisée par des centaines de milliers de personnes et permettant à un internaute de diffuser à tous ses contacts utilisant l'application une rumeur visant un desdits contacts (qui, s'il n'utilise pas l'application, ignorera cette diffusion), mise en demeure suivie d'effet dès lors que la société éditrice a fermé l'application, ce qui a entraîné, comme le prévoit la loi, la clôture de la procédure administrative. La CNIL a néanmoins saisi le procureur de la République conformément à l'article 40 du code de

34 Rapport d'activité 2016 de la CNIL, La Documentation française

35 Articles 45 de la loi du 6 janvier 1978 et 73 du décret du 20 octobre 2005

procédure pénale, compte tenu des manquements constatés et des risques qui avaient été encourus, notamment par des mineurs.

L'incrimination de la consultation de contenus prohibés sur internet

Le sort de l'article 421-2-5-2 du code pénal vient offrir une illustration des difficultés de la pénalisation en lien avec l'internet, lorsqu'elle se combine avec un décentrage du type de celui rencontré avec la question de la compétence du juge pénal de presse en raison de propos mis en ligne.

Cet article, dans sa version initiale,³⁶ incriminait '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', sauf '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'.

L'incrimination de la consultation d'un contenu lui-même pénalement prohibé³⁷ n'est ni naturelle ni fréquente.³⁸ La logique de la loi sur la liberté de la presse, c'est que ce sont les éditeurs et les auteurs des contenus prohibés qui doivent en répondre. Ce dispositif classique a été complété par des règles particulières régissant les intermédiaires techniques sur internet, qui bénéficient d'un régime d'irresponsabilité conditionnelle, mais sont tenus de concourir à la lutte contre la diffusion, notamment, des délits de provocation et d'apologie des actes de terrorisme, par des moyens que la loi détaille.³⁹

Mais il n'en reste pas moins que, pour le ministère public, il est matériellement impossible d'obtenir la suppression de ces contenus, généralement diffusés par des individus qui prennent aisément les dispositions qui leur permettent d'être hors d'atteinte. C'est notamment cette incapacité des autorités nationales de poursuite à faire assurer le respect de leur propre loi sur le réseau qui a conduit à l'incrimination de l'acte de consultation des dits contenus. Ce n'est, bien sûr, pas la seule raison: il a, notamment, été observé que la consultation habituelle de tels

36 Loi du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale

37 En l'espèce par l'article 23 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse pour la provocation suivie d'effet à commettre un acte de terrorisme et l'article 421-2-5 du code pénal pour la provocation directe et l'apologie

38 Il faut citer la loi du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance, dont l'article 29 a créé, à l'article 227-23, alinéa 7, du code pénal, un délit de consultation habituelle de site pédo-pornographique, dont la constitutionnalité n'a jamais été remise en cause, et qui donne lieu régulièrement à poursuites

39 Article 6 I. 7 de la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique

contenus s'assimilait à une forme d'apprentissage,⁴⁰ pour ainsi dire les prémisses d'un possible passage à l'acte. Une telle consultation habituelle a d'ailleurs été retenue comme un des éléments constitutifs du délit d'entreprise individuelle terroriste.⁴¹

Pour autant, après le Conseil d'État, qui lors d'une précédente tentative du Gouvernement de créer ce délit de consultation habituelle, avait émis de claires réserves sur la conformité d'une telle disposition à la Constitution comme à la Convention européenne des droits l'homme,⁴² la Cour de cassation, saisie d'une question prioritaire de constitutionnalité et s'interrogeant sur 'la nécessité et la proportionnalité de cette atteinte au principe de la liberté de communication' comme sur la définition précise de la notion de consultation habituelle de bonne foi, l'a transmise au Conseil constitutionnel.⁴³

Il faut rappeler que cette juridiction, saisie de la loi confiant à une autorité administrative chargée de protéger les droits d'auteur en ligne la possibilité de prononcer des sanctions incluant la suppression de l'accès à internet du contrevenant (dite Hadopi 1), a en effet 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, ce droit implique la liberté d'accéder à ces services; [...] que les pouvoirs de sanction institués par les dispositions critiquées habilite la commission de protection des droits, qui n'est pas une juridiction, à restreindre ou à empêcher l'accès à internet de titulaires d'abonnement ainsi que des personnes qu'ils en font bénéficier ; que la compétence reconnue à cette autorité administrative n'est pas limitée à une catégorie particulière de personnes mais s'étend à la totalité de la population; que ses pouvoirs peuvent conduire à restreindre l'exercice, par toute personne, de son droit de s'exprimer et de communiquer librement, notamment depuis son domicile ; que, dans ces conditions, eu égard à la nature de la liberté garantie par l'article 11 de la Déclaration de 1789, le législateur ne pouvait, quelles que soient les garanties encadrant le prononcé des sanctions, confier de tels pouvoirs à une autorité administrative dans le but de protéger les droits des titulaires du droit d'auteur et de droits voisins'.⁴⁴

Saisie, donc, de la question relative à l'article 421-2-5-2 du code pénal, la juridiction constitutionnelle⁴⁵ a relevé que 'les autorités administrative et judiciaire

40 Sénat, 2 février 2016, intervention de M. le sénateur Mercier, rapporteur de la proposition de loi tendant à renforcer l'efficacité de la lutte antiterroriste

41 Article 421-2-6 du code pénal, créé par la loi du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme

42 Avis n° 386618 du 5 avril 2012, *Rapport d'activité* 2013, pp. 202 et 203

43 Cass. crim., 29 novembre 2016, QPC n° 16-90.024

44 Cons. const., 10 juin 2009, précité

45 Cons. const., 10 février 2017, décision n° 2016-611 QPC

disposent, indépendamment de l'article contesté, de nombreuses prérogatives, non seulement pour contrôler les services de communication au public en ligne provoquant au terrorisme ou en faisant l'apologie et réprimer leurs auteurs, mais aussi pour surveiller une personne consultant ces services et pour l'interpeller et la sanctionner lorsque cette consultation s'accompagne d'un comportement révélant une intention terroriste, avant même que ce projet soit entré dans sa phase d'exécution', que 'les dispositions contestées n'imposent pas que l'auteur de la consultation habituelle des services de communication au public en ligne concernés ait la volonté de commettre des actes terroristes ni même la preuve que cette consultation s'accompagne d'une manifestation de l'adhésion à l'idéologie exprimée sur ces services' et que, la portée de l'exemption au titre de la bonne foi restant incertaine, elles 'font 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', a jugé ces dispositions contraires à la Constitution, en ce qu'elles 'portent une atteinte à l'exercice de la liberté de communication qui n'est pas nécessaire, adaptée et proportionnée'.

Le Parlement a, presque immédiatement, voté une nouvelle version de ce texte ;⁴⁶ la consultation habituelle est maintenant punissable seulement 'lorsque cette consultation s'accompagne d'une manifestation de l'adhésion à l'idéologie exprimée sur ce service' et lorsqu'elle est effectuée 'sans motif légitime', lequel peut être notamment constitué par les trois exemptions définies dans la version initiale du texte (information du public, recherche scientifique, preuve judiciaire) ou par 'le fait que cette consultation s'accompagne d'un signalement des contenus de ce service aux autorités publiques compétentes'. Il n'est pas impossible que la question de la conformité à la Constitution de cette nouvelle rédaction soit à nouveau posée aux juridictions saisies de poursuites engagées pour des faits postérieurs à son entrée en vigueur, dès lors que la pénalisation de la consultation de contenus accessibles sur internet reste conditionnée au respect de ce droit de la personne, reconnu par le Conseil constitutionnel, d'accéder aux services de communication en ligne.

Au delà de leurs spécificités propres, les trois thèmes qui viennent d'être abordés illustrent diverses faces d'une même difficulté, pour le droit pénal, d'appréhender l'ère numérique. Le caractère universel du réseau internet se heurte à l'essence nationale du droit pénal. En conséquence, il est largement inévitable que ce réseau soit, non pas un espace de non-droit, comme on le dit parfois, mais à tout le moins un espace où les droits nationaux peinent à s'imposer, même quand ils sont légitimes à le faire. De sorte que le droit pénal national, qui avait pourtant depuis longtemps renoncé à poursuivre ceux qui détenaient un livre prohibé, faute de maîtriser les contenus en ligne, est conduit à incriminer ceux qui en

⁴⁶ Loi du 28 février 2017 relative à la sécurité publique

prennent connaissance, dans des conditions susceptibles de porter une atteinte excessive à leurs droits. Quant au principe cardinal de la légalité des délits et des peines, il est mis à mal par la technicité du monde numérique, alors même que cette complexité technique permet de nombreuses dérives qui mettent en péril, notamment, les données personnelles, et donc la vie privée.

Voici donc le législateur et le juge contraints d'effectuer, dans un champ nouveau et selon des conditions particulières, une appréciation, bien connue, de la nécessité et de la proportionnalité des infractions qu'ils définissent ou sanctionnent, entre objectif de protection de l'ordre public poursuivi et respect des droits fondamentaux. Rien que de très classique: la protection pénale des droits privés menacés par le numérique ne se pose finalement pas dans des termes à proprement parler nouveaux.