



Etudes et observations des risques
2020-2

Dossier
RISQUE ET INTERNET

Edito

Cher lectorat,

Ce numéro de Riséo est doublement nouveau ! Nouveau car il est le dernier numéro en date, mais également parce qu'il est fait d'une formule enrichie. Vous y découvrirez une première partie *Varia*, qui accueillera désormais les contributions des chercheurs et chercheuses qui écrivent sur le risque. La traditionnelle partie « dossier » est bien sûr conservée, pour vous permettre de prendre connaissance d'un ensemble de textes sur une thématique précise. Dans ce numéro, ce sont les actes de la deuxième édition des *Rendez-vous du Risque* de l'Université de Haute-Alsace, dédiés à l'étude des risques d'Internet, qui sont à l'honneur. Enfin, le présent numéro inaugure la rubrique « Un autre regard », faisant intervenir un ou une professionnelle du droit autre qu'un chercheur ou une chercheuse, ou un justiciable, sur un sujet d'actualité en lien avec le risque et le droit. Il s'agit de rappeler les enjeux de la recherche juridique du point de vue de ceux qui vivent et pratiquent le droit.

Je vous souhaite une bonne lecture et découverte de ce numéro.

Julie Mattiussi
Maîtresse de conférences – Université de Haute-Alsace
CERDACC

Sommaire

PARTIE I : VARIA	3
« <i>TINY HOUSES</i> » ET DROIT DE L'URBANISME : UN MALENTENDU ? - MARTIN MATTIUSSI-POUX	4
LE VOTE PAR CORRESPONDANCE EN DROIT SUISSE DES ELECTIONS ET DES VOTATIONS POLITIQUES - MAXIME CHARITÉ.....	10
LE RISQUE EN ENTREPRISE : LES CRITERES ET METHODES DE NOTATION DES OFFRES SOUMISES POUR ATTRIBUTION DES MARCHES PUBLICS - NICOLAS LOPEZ	29
PARTIE II : DOSSIER RISQUE ET INTERNET	53
RISQUE, INTERNET ET DROIT DU TRAVAIL - YANN LEROY.....	54
LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR DANS LES CONTRATS CONCLUS SUR INTERNET - PHILIPPE SCHULTZ.....	63
LE SPOILER DES SERIES TELEVISEES : QUELLE QUALIFICATION ? QUELLE REPONSE ? - DARIUSZ PIATEK.....	78
RISQUE INTERNET ET DONNEES LIEES A LA SANTE - STEPHANIE MAUCLAIR	83
INTERNET, UN ATOUT OU UN DANGER POUR LA VIE FAMILIALE ? - ISABELLE CORPART.....	90
INTERNET ET RISQUE PENAL - ROMAIN BOOS.....	108
PARTIE III : UN AUTRE REGARD SUR	124
LA JUSTICE FILMEE, <i>REGARD D'UNE MAGISTRATE</i> - MORGANE EVANGHELOU	125

PARTIE I :
VARIA

« *Tiny houses* » et droit de l'urbanisme : un malentendu ?

Martin MATTIUSSI-POUX

Avocat au barreau de Strasbourg, SCP Seban et associés

La crainte du risque environnemental, et la volonté d'agir pour lutter contre ce risque, en choisissant une vie souvent plus sobre sur le plan énergétique et dans un cadre non urbanisé, est susceptible d'engendrer la survenue d'autres risques, en l'occurrence judiciaires.

L'engouement actuel pour les « *tiny houses* », encore appelées « maisons minuscules » ou encore « micro-maisons », dicté notamment par la volonté de mener une vie plus éco-responsable en réduisant le gaspillage des ressources naturelles, est ainsi l'objet de litiges de plus en plus nombreux entre les propriétaires de ces maisons et les autorités municipales ou intercommunales¹, celles-ci assimilant, dans certains cas, les *tiny houses* à des constructions classiques.

Lorsqu'elles sont installées en zone agricole, les propriétaires sont alors sommés par l'administration d'enlever leurs maisons au motif qu'elles ne respectent pas les prescriptions du plan local d'urbanisme. Dans les cas les plus litigieux, une procédure de sanction pénale est mise en œuvre par l'administration (art. L480-1 et suiv. du Code de l'urbanisme).

Précisons, à cet égard, que le législateur a récemment permis aux autorités de pouvoir de police de l'urbanisme d'assortir les mises en demeure, adressées aux contrevenants aux règles d'urbanisme de s'y conformer, d'astreintes journalières pouvant atteindre jusqu'à 500 euros (art. L481-1 du Code de l'urbanisme, modifié par la loi n° 2019-1461 du 27 décembre 2019 dite « Engagement et Proximité »).

Ce qui conduit à s'interroger sur le régime juridique s'appliquant à ces installations. Force est de constater qu'en droit de l'urbanisme, les choses sont loin d'être simples pour qui souhaite faire installer une *tiny house*, les textes en vigueur témoignant d'une réelle méfiance du législateur à l'égard de ces nouveaux types d'habitat.

¹« Une micromaison indésirable dans le petit village de Marcy », *Le Monde*, 4 septembre 2020.

I) Le caractère démontable des *tiny houses* : élément non déterminant du régime juridique applicable

Les *tiny houses* ont fait l'objet, dans le cadre des textes d'application de la loi ALUR du 24 mars 2014, d'une disposition spécifique relativement récente, codifiée à l'article R111-51 du Code de l'urbanisme², qui prévoit que :

« Sont regardées comme des résidences démontables constituant l'habitat permanent de leurs utilisateurs les installations sans fondation disposant d'équipements intérieurs ou extérieurs et pouvant être autonomes vis-à-vis des réseaux publics. Elles sont destinées à l'habitation et occupées à titre de résidence principale au moins huit mois par an. Ces résidences ainsi que leurs équipements extérieurs sont, à tout moment, facilement et rapidement démontables ».

De cette définition découle le rattachement de la plupart des *tiny houses* à la catégorie des « résidences démontables constituant l'habitat permanent de leurs utilisateurs ». Pour qu'elles soient identifiées comme telles, encore faut-il qu'elles soient notamment utilisées au moins 8 mois par an et qu'elles soient facilement, rapidement, et à tout moment, démontables.

La création de l'article R111-51 du Code de l'urbanisme aurait pu avoir pour effet de faciliter l'implantation des *tiny houses*, eu égard à leur caractère démontable, et parfois mobile, puisque cet article met en exergue le fait qu'elles sont dépourvues de fondations. Or il n'en est rien, le législateur ayant vraisemblablement souhaité encadrer très strictement leur installation.

Tout d'abord, la construction d'une *tiny house* est en principe soumise à autorisation d'urbanisme selon les règles de droit commun, étant précisé qu'en vertu de l'article L421-1 du Code de l'urbanisme, « les constructions, même ne comportant pas de fondations, doivent être précédées de la délivrance d'un permis de construire ».

Ainsi, en vertu des articles R421-1 et R421-9 du Code de l'urbanisme, toute construction nouvelle dont la hauteur dépasse 12 mètres et, soit dont l'emprise au sol dépasse 5 mètres carrés et la surface de plancher 20 mètres carrés, soit dont l'emprise au sol dépasse 20 mètres carrés et la surface de plancher 5 mètres carrés, est soumise à l'obtention d'un permis de construire, ce qui implique que,

² Ce texte est issu du décret n° 2015-482 du 27 avril 2015 portant diverses mesures d'application de la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014, dite ALUR.

sauf pour les plus petites d'entre elles, les *tiny houses* nécessitent un permis de construire (dans le cas contraire, elles seront soumises à déclaration préalable de travaux).

Outre l'obtention d'un permis de construire pour l'édification d'une *tiny house*, l'aménagement préalable de terrains pour y implanter plusieurs résidences démontables constituant l'habitat permanent de leurs utilisateurs est également soumis à autorisation (ce qui implique une division foncière et/ou des travaux de viabilisation et de création de voies et réseaux divers), en vertu de l'article L444-1 du Code de l'urbanisme :

« L'aménagement de terrains bâtis ou non bâtis, pour permettre l'installation de résidences démontables constituant l'habitat permanent de leurs utilisateurs définies par décret en Conseil d'Etat ou de résidences mobiles au sens de l'article 1^{er} de la loi n° 2000-614 du 5 juillet 2000 relative à l'accueil et à l'habitat des gens du voyage, est soumis à permis d'aménager ou à déclaration préalable, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat. Ces terrains doivent être situés dans des secteurs constructibles. Ils peuvent être autorisés dans des secteurs de taille et de capacité d'accueil limitées, dans les conditions prévues à l'article L. 151-13 ».

Ainsi, l'opération d'aménagement de terrains en vue d'y permettre l'installation d'au moins deux *tiny houses* est soumise, soit à déclaration préalable de travaux si la surface de plancher à créer est égale ou inférieure à 40 m² (art. R421-23), soit à permis d'aménager si elle est supérieure à 40 m² (art. R421-19 m). Cette autorisation viendra ainsi s'ajouter à l'obtention d'un permis de construire, pour la construction des *tiny houses*, dans un second temps.

En outre, dans cette hypothèse, il est nécessaire que le terrain d'implantation soit classé soit en zone constructible, soit en zones agricole ou naturelle mais seulement dans les « secteurs de taille et de capacité d'accueil limitées » (les « STECAL ») définis par l'article L151-13 du Code de l'urbanisme, ceux-ci devant être prévus, « à titre exceptionnel », dans le règlement du plan local d'urbanisme. Il faut également préciser que la création de ces STECAL est soumise à l'avis de la commission départementale de la préservation des espaces naturels, agricoles et forestiers.

En dépit de leur caractère démontable (et donc réversible), les *tiny houses* ne se voient donc pas soumises à un régime juridique assoupli : elles intègrent le droit commun des constructions et, lorsqu'un terrain est aménagé dans le but d'en

accueillir plusieurs, une disposition spécifique permet d'inclure cet aménagement dans le champ de la déclaration préalable de travaux ou du permis d'aménager.

II) Le caractère mobile des *tiny houses* : quel impact ?

Le Ministre de la cohésion des territoires et des relations avec les collectivités territoriales a donné récemment une réponse à une question parlementaire, dans laquelle il a opéré une distinction entre les *tiny houses* « *conservant en permanence un moyen de mobilité et destinées à un usage de loisirs* » et celles ne disposant pas « *en permanence de moyens de mobilité propres* »³.

Il convient, selon le Ministre, d'appliquer à ces dernières le régime prévu à l'article R111-51 du Code de l'urbanisme, soit celui des résidences démontables constituant l'habitat permanent de leurs utilisateurs, c'est-à-dire le régime de droit commun des constructions qui vient d'être exposé.

Les *tiny houses* « mobiles en permanence » (celles qui seraient en définitive dotées de roues⁴) sont en revanche à rattacher, en vertu de cette réponse ministérielle, à la catégorie des caravanes, réglementées à l'article R111-47 du Code de l'urbanisme, ou des résidences mobiles de loisirs (qui recouvrent principalement les mobil-homes), prévues à l'article R111-41 du même Code.

Or les *tiny houses*, si elles sont assimilées aux résidences mobiles de loisirs, définies comme des « *véhicules terrestres habitables (...) destinés à une occupation temporaire ou saisonnière à usage de loisirs*⁵ », ne peuvent, en vertu de l'article R111-42 du Code de l'urbanisme, être implantées en dehors des parcs résidentiels de loisirs spécialement aménagés à cet effet, des villages de vacances classés en hébergements légers ou des terrains de camping.

L'installation de *tiny houses* assimilées à des caravanes, lesquelles répondent à la même définition que les résidences mobiles de loisirs, mais avec la

³Rép. min. n° 8720 : *JO Sénat Q*, 27 juin 2019, p. 3420.

⁴« *Les « moyens de mobilité s'entendent des roues munies de pneumatiques, d'un moyen de remorquage et des dispositifs réglementaires de freinage et de signalisation* » (Mémento pratique, Urbanisme-Construction 2017, § 18690).

⁵Les mobil-homes se distinguent toutefois des caravanes par leur mobilité non permanente. Il faut également souligner que ces installations doivent répondre à une norme AFNOR (NF S 56-410) définissant les critères de cette mobilité. Si cette dernière n'est pas établie, le mobil-home sera qualifié de construction (Cass. 2^{ème} civ., 27 mai 1999, n° 97-20.488). Ainsi, il a été jugé que ne sont pas des résidences mobiles les hébergements reposant sur des plots de fondation (CE, 15 avril 1983, n° 28555), sur un soubassement en parpaings (CE, 22 mai 1992, 110719), ou sur cales (CAA Paris, 10 décembre 1998, n° 97PA01037).

conservation permanente des moyens de mobilité et avec l'autorisation de circuler, est autorisée dans tous les endroits où elle ne fait pas l'objet d'une interdiction nationale ou locale.

En dehors des interdictions nationales réglementaires (dans les espaces boisés classés, forêts classées, dans les sites inscrits, dans les sites patrimoniaux remarquables, etc.), les interdictions d'installation des caravanes dépendent largement de la réglementation locale, à savoir soit du PLU soit des arrêtés municipaux pris en application de l'article R111-34 du Code de l'urbanisme.

Dans ce dernier cas, les motifs admissibles d'interdiction des *tiny houses* assimilées aux caravanes sont larges, en l'occurrence l'atteinte à la salubrité, la sécurité ou la tranquillité publiques, aux paysages naturels ou urbains, à la conservation des perspectives monumentales, à la conservation des milieux naturels ou à l'exercice des activités agricoles et forestières.

Par exception, certains terrains peuvent toujours recevoir des *tiny houses* s'apparentant à des caravanes, à savoir le terrain où est implantée la résidence de l'utilisateur et les terrains affectés spécifiquement au garage collectif des caravanes, les aires de stationnement ouvertes au public ou encore les dépôts de véhicules (art. R111-50 du Code de l'urbanisme).

Concernant les endroits ne faisant pas l'objet d'une interdiction, et en dehors des parcs résidentiels de loisirs, des villages de vacances ou d'une dépendance de maison familiale de vacances agréée, l'installation d'une *tiny house* d'une durée supérieure à trois mois par an (la durée étant fractionnable) doit faire l'objet d'une déclaration préalable de travaux (art. R421-23 d° du Code de l'urbanisme).

On le voit, le fait qu'une *tiny house* soit dotée de dispositifs de mobilité permanent ne facilitera pas son implantation, bien au contraire, si les propriétaires entendent faire jouer régulièrement cette mobilité.

III) Les *tiny houses* : des habitations légères de loisirs ?

Une dernière interrogation qui se fait jour est celle de l'application aux *tiny houses* du régime juridique applicable aux habitations légères de loisirs (ci-après « HLL »).

Ces dernières sont définies, à l'article R111-37 du Code de l'urbanisme, comme des « *constructions démontables ou transportables, destinées à une occupation temporaire ou saisonnière à usage de loisirs* ».

Les HLL sont dispensées de toute autorisation d'urbanisme en-deçà de 35 mètres carrés de surface de plancher créée, pour autant, dans ce cas, qu'elles soient situées dans un parc résidentiel de loisirs spécialement aménagés à cet effet, dans les villages de vacances classés, dans les dépendances des maisons familiales de vacances agréées et dans les terrains de camping (art. R421-2 b° du Code de l'urbanisme).

En dehors de ces cas particuliers, et sauf régime local d'interdiction plus large, les HLL sont soumises au droit commun des constructions, comme les résidences démontables constituant l'habitat permanent de leurs utilisateurs.

C'est donc l'usage saisonnier ou temporaire de l'habitation et sa vocation de loisirs qui caractérise les HLL. Est-ce à dire qu'une *tiny house*, non dotée de moyens de mobilité permanents, qui serait implantée sur un terrain moins de 8 mois par an (ainsi que le prévoit l'article R111-51 du Code de l'urbanisme), puisse être qualifiée de temporaire ou de saisonnier et être qualifiée de HLL ?

Une telle réponse n'est pas évidente, car une *tiny house* n'a pas nécessairement une fonction de loisirs. Un flou juridique existe sur ce point, et ce d'autant plus qu'aux termes d'une réponse du ministre de l'égalité des territoires et du logement, « *l'appellation de « terrain de loisirs » relève de l'usage et non pas d'une catégorie juridique du code de l'urbanisme. Elle résulte, en effet, de l'activité de camping qui aboutit à l'installation d'hébergements de loisirs sur des parcelles privées situées dans des espaces non constructibles, naturels ou agricoles* »⁶.

En définitive, il faut retenir que la qualification d'une *tiny house* de HLL ou de résidence démontable constituant un habitat permanent n'aura quasiment aucun impact si celle-ci se situe au sein d'une propriété privée classique, dans les deux cas, le régime de droit commun des constructions s'applique, rendant impossible leur implantation en zone agricole ou naturelle hors STECAL.

⁶Rép. Min. n° 45920, JOAN Q. 10 décembre 2013, n° 12822.

Le vote par correspondance en droit suisse des élections et des votations politiques.

Étude d'un mode de vote à distance au carrefour des risques inhérents à l'expression exacte de la volonté populaire

Maxime CHARITÉ

Enseignant contractuel en droit public à l'Université Le Havre Normandie

L'organisation de scrutins durant la période de lutte contre la pandémie de Covid-19 et sa logique première de limitation maximum de l'exercice des activités, droits et libertés impliquant des rapports interpersonnels, catégorie qui inclut la présence de l'électeur aux urnes, a particulièrement mis en avant la question du vote par correspondance. C'est, notamment, parce qu'ils pratiquent ce mode de vote à distance que le *Land* de Bavière et le canton de Genève ont pu maintenir l'organisation du second tour des élections communales les 29 mars et 5 avril 2020. En France, où cette forme de vote fut abrogée par la loi n° 75-1329 du 31 décembre 1975 modifiant certaines dispositions du Code électoral¹, deux propositions de loi visant à rétablir le vote par correspondance et tendant à sécuriser l'organisation du second tour des élections municipales de juin 2020 ont été présentées le 2 juin 2020². Aux États-Unis, où certains États l'utilisent (notamment l'Utah, l'Oregon, le Colorado, Hawaï et l'État de Washington), la question de sa facilitation oppose les camps démocrate et républicain et défraie la chronique dans la course à la Maison Blanche.

Comme le remarque le Professeur Antoine Bevort, « *seule démocratie pratiquant l'assemblée physique des citoyens votant à main levée, la Suisse est*

¹Loi n° 75-1329 du 31 décembre 1975 modifiant certaines dispositions du Code électoral, *J.O.R.F.*, 1976, pp. 141-142. Aujourd'hui en France, le vote par correspondance, électronique ou sous pli fermé, n'est possible que pour l'élection de députés par les Français établis hors de France (articles R. 176-3 à R. 176-4-7 du Code électoral). Le système du vote électronique n'a néanmoins pas été mis en œuvre à l'occasion du dernier renouvellement général de l'Assemblée nationale compte tenu du niveau de menace extrêmement élevé de cyberattaques (Arrêté du 17 mars 2017 relatif au vote par correspondance électronique pour l'élection de députés par les Français établis hors de France, *J.O.R.F.* n° 71 du 24 mars 2017, texte n° 7). Le vote par correspondance sous pli fermé a également été expérimenté pour l'élection de représentants au Parlement européen par les détenus (article 87 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, *J.O.R.F.* n° 71 du 24 mars 2019, texte n° 2).

²Proposition de loi n° 3039 visant à rétablir le vote par correspondance ; Proposition de loi n° 93 tendant à sécuriser l'établissement des procurations électorales et l'organisation du second tour des élections municipales de juin 2020. Sur cette dernière, v. : R. RAMBAUD, « Proposition de loi sénatoriale sur le vote par correspondance : un attelage baroque pour une idée risquée », *Le Blog du droit électoral*, 3 juin 2020.

également le laboratoire du vote par correspondance »³. En effet, si les *Landsgemeinden* des cantons d'Appenzell Rhodes-Intérieures et Glaris constituent les institutions les plus remarquables de la démocratie directe⁴, l'exemple helvétique est, de manière générale, un observatoire privilégié du « droit des élections et des référendums politiques »⁵. Comme le souligne la circulaire du Conseil fédéral aux gouvernements concernant les mesures à prendre pour garantir la qualité du vote par correspondance du 31 mai 2006, « la Suisse a, à elle seule, organisé depuis la Révolution française plus du tiers des votations qui ont eu lieu sur la planète »⁶. D'ailleurs, les épidémies y sont depuis longtemps considérées comme constitutives d'un cas de force majeure justifiant des mesures de police sanitaire empêchant les citoyens de se rendre aux urnes⁷, et donc, la possibilité pour un Conseil d'État cantonal d'ordonner de manière générale le vote par correspondance⁸.

Le vote par correspondance ou vote par la poste désigne un mode de vote à distance dans lequel « l'électeur envoie lui-même son bulletin par la poste »⁹. Cette forme de vote met en cause le principe de la présence de l'électeur aux urnes. Ce principe est, avec la notion du domicile politique, à la base du droit suisse des élections et des votations politiques. Ces principes sont, notamment, combinés dans la loi du 19 juillet 1872 sur les élections et votations fédérales, qui, en interdisant le vote par procuration, oblige ainsi tout citoyen qui désire participer à un scrutin à se rendre au bureau de vote du lieu de son domicile ; son article 4 réservant des facilités aux militaires en service. Rigides, ces prescriptions initiales ont fait l'objet de deux grandes séries d'assouplissements. La première a été initiée par le législateur qui, tout d'abord, le 20 décembre 1888, étendit, sous certaines conditions, aux fonctionnaires et employés des postes, des télégraphes, des péages (douanes), des chemins de fer, des bateaux à vapeur, des établissements et des corps de police cantonaux les facilités

³A. BEVORT, « Démocratie, le laboratoire suisse », *Revue du MAUSS*, 2011, p. 458.

⁴V. notamment, J.-D. DELLEY, « La démocratie directe. Un système politique aux portes ouvertes », *Pouvoirs*, 1987, n° 43, pp. 101-114 ; P. GAUDEMET, « Choses vues : les "Landsgemeinde", survivance de la démocratie directe », *Pouvoirs*, 1989, n° 51, pp. 127-132.

⁵R. RAMBAUD, *Droit des élections et des référendums politiques*, LGDJ, 2019.

⁶Circulaire du Conseil fédéral aux gouvernements concernant les mesures à prendre pour garantir la qualité du vote par correspondance du 31 mai 2006, *Feuille fédérale*, 2006, p. 4981. Elle poursuit : « les électeurs suisses ont donc été appelés aux urnes au moins dix fois plus souvent que les électeurs de n'importe quel autre État ».

⁷Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant des facilités en matière de votations et d'élections fédérales du 4 septembre 1964, *Feuille fédérale*, p. 414.

⁸V. notamment, dans le canton du Valais, article 25 de la loi sur les droits politiques du 13 mai 2004.

⁹Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant un projet de loi relatif à l'exercice du droit de vote par les citoyens absents de leur domicile du 20 août 1947, *Feuille fédérale*, p. 768.

réservées jusqu'alors aux militaires en service¹⁰. Puis, le 30 mars 1900, il autorisa les cantons à ouvrir le scrutin la veille du jour fixé pour l'élection ou la votation¹¹. La seconde a été, quant à elle, initiée par le Conseil fédéral qui, à la suite du postulat Straüli de septembre 1923, par circulaire du 13 novembre 1925, a interprété la notion du domicile politique de manière extensive en autorisant le vote au lieu de présence pour faciliter l'exercice de ce droit par les citoyens absents¹². Parce que cette interprétation extensive de la notion du domicile politique était manifestement inconciliable avec la jurisprudence dite des « kroumirs » de Knutwil du Tribunal fédéral¹³, cette circulaire fut abrogée en 1937.

Avant même d'abroger sa circulaire, le Conseil fédéral proposa à l'Assemblée fédérale, par message du 14 décembre 1936, le projet de loi fédérale autorisant l'exercice du droit de vote hors du lieu de domicile, qui autorisait les cantons à prévoir l'exercice du droit de vote par correspondance sur demande et dans des cas motivés¹⁴. Le Conseil national et le Conseil des États décidèrent toutefois de ne pas passer à la discussion de détail.

Onze ans plus tard, le projet de loi fédérale relatif à l'exercice du droit de vote par les citoyens absents de leur domicile, proposé par le Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale, par message du 20 août 1947, envisageait un système que la Chancellerie fédérale appela « système secrétariat communal/poste », dans lequel l'électeur remet personnellement son bulletin à un organe de la commune dans laquelle il se trouve au moment donné ; cet organe transmettant ensuite le

¹⁰Loi fédérale modifiant l'article 4 sur la loi fédérale du 19 juillet 1872 sur les élections et votations fédérales du 20 décembre 1888, *Feuille fédérale*, IV, pp. 1260-1261.

¹¹Déjà à midi (Circulaire du Conseil fédéral aux gouvernements cantonaux concernant les facilités à apporter dans l'exercice du droit de vote en matière fédérale du 16 mars 1925, *Feuille fédérale*, p. 839-841). Puis, dès le matin (Circulaire du Conseil fédéral aux gouvernements cantonaux concernant les facilités à apporter dans l'exercice du droit de vote en matière fédérale (scrutin du samedi) du 3 avril 1925, *Feuille fédérale*, II, pp. 149-150). En ce qui concerne les malades hospitalisés ou retenus à leur domicile, le législateur admit que leur bulletin de vote pouvait être recueilli par une délégation du bureau électoral.

¹²Circulaire du Conseil fédéral à tous les gouvernements cantonaux concernant la participation des citoyens en séjour aux élections et votations fédérales du 13 novembre 1925, *Feuille fédérale*, III, p. 337-338.

¹³Tribunal fédéral, 23 novembre 1923, *Bachmann et consorts contre Jost et Hummel et Conseil d'État du canton de Lucerne*, ATF 49, I, 431 : « L'exercice des droits politiques n'est rien d'autre que la participation aux affaires publiques d'une collectivité. Il suppose en principe l'affiliation à cette collectivité. En droit fédéral comme en droit lucernois, cette affiliation de citoyens suisses s'acquiert par la prise de domicile, exception faite des affaires purement bourgeoises. Celui qui s'affilie dans ces conditions à une collectivité doit pouvoir coopérer à la gestion des affaires de cette dernière si, au surplus, il possède la qualification personnelle nécessaire. Mais il ne peut être question d'affiliation à une collectivité que si aux relations externes avec cette dernière s'ajoute la volonté d'en faire partie, ce qui se manifeste d'ordinaire en ce que l'intention de s'établir dans un lieu déterminé se combine avec le séjour en ce lieu. Celui qui n'a pas de tels rapports avec une collectivité n'en fait pas partie et n'a pas le droit de s'immiscer dans ses affaires ».

¹⁴Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui d'un projet de la loi autorisant l'exercice du droit de vote hors du lieu de domicile du 14 décembre 1936, *Feuille fédérale*, p. 449-459. Jusqu'alors, quatre cantons autorisaient déjà le vote par correspondance : Glaris et Bâle-Ville (dans les élections cantonales et communales, pour les malades), Neuchâtel (pour les chômeurs placés hors de leur commune de domicile) et Soleure (pour tous les absents).

bulletin à l'autorité compétente du canton de domicile¹⁵. La commission du Conseil national, auquel la priorité de discussion avait été attribuée, proposa une variante sous la forme d'un projet instituant le vote par correspondance. Cette divergence entre les deux chambres accoucha d'une souris puisque si le Conseil des États finit par se rallier au principe du vote par correspondance, lorsque vint le vote final (le 20 juin 1952), il rejeta la loi par 19 voix contre 10.

Entre les différents modes de vote à distance (le vote dans un local officiel de la commune de présence, avec transmission du bulletin, le vote par correspondance, le vote par procuration, le vote dans les formes militaires et le vote à la poste), le Conseil fédéral proposa à l'Assemblée fédérale, par message du 4 septembre 1964, la forme du vote par correspondance dans les cas où il y a lieu de la prévoir¹⁶. C'est ainsi que la loi fédérale instituant des facilités en matière de votations et d'élections fédérales du 25 juin 1965, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1967 puis abrogée le 1^{er} juillet 1978, a prévu le vote par correspondance pour quatre catégories de citoyens : les malades et les infirmes, les patients de l'assurance militaire qui, sans être malades ou infirmes, sont l'objet d'un traitement ou des mesures de réadaptation professionnelle hors du lieu de leur domicile, les citoyens qui séjournent hors de leur domicile pour l'exercice d'une activité professionnelle et les citoyens empêchés de se rendre aux urnes dans un cas de force majeure¹⁷.

La loi fédérale sur les droits politiques du 17 décembre 1976, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1978, l'a étendu aux « *électeurs empêchés par des raisons de caractère impérieux de se rendre aux urnes* » et aux « *électeurs séjournant hors de leur lieu de domicile* », tout en ne l'admettant « *au plus tôt trois semaines avant le jour de la votation* »¹⁸.

En 1994, la révision partielle de la législation fédérale sur les droits politiques a libéralisé le vote par correspondance en supprimant les conditions et restrictions dont il faisait l'objet – non seulement la définition des exceptions admissibles, mais également la limitation *terminus a quo* (date à partir de laquelle le vote par

¹⁵Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant un projet de loi relatif à l'exercice du droit de vote par les citoyens absents de leur domicile du 20 août 1947, *op.cit.*, p. 768.

¹⁶Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant des facilités en matière de votations et d'élections fédérales du 4 septembre 1964, *op.cit.*, pp. 405-421.

¹⁷Loi fédérale instituant des facilités en matière de votations et d'élections fédérales du 25 juin 1965, *Feuille fédérale*, pp. 370-372. La troisième de ces quatre catégories, « *les citoyens qui séjournent hors du lieu de leur domicile pour l'exercice d'une activité professionnelle* » fit l'objet d'une interprétation extensive par une circulaire du Conseil fédéral aux gouvernements des cantons concernant l'exercice du droit de vote par correspondance du 28 novembre 1966, comme incluant les étudiants, qui ne sont pas dans une situation différente de celle des apprentis, « *qui exercent déjà dans une certaine mesure une activité professionnelle* », ainsi que les citoyens qui séjournent hors de leur domicile pour l'exercice d'une activité professionnelle et qui, habituellement, regagnent leur domicile en fin de semaine mais qui, pour une raison ou une autre, renoncent à le faire lors d'une votation (Circulaire du Conseil fédéral aux gouvernements des cantons concernant l'exercice du droit de vote par correspondance du 28 novembre 1966, *Feuille fédérale*, pp. 697-698).

¹⁸Loi fédérale sur les droits politiques du 17 décembre 1976, *Feuille fédérale*, pp. 1476-1502.

correspondance est admissible). Désormais, l'article 8, 2^e alinéa de la loi fédérale sur les droits politiques dispose que « *les électeurs peuvent voter par correspondance dès qu'ils ont reçu les documents qui, au regard du droit cantonal, leur permettent d'exprimer valablement leur vote* »¹⁹.

Parallèlement, le Conseil fédéral a accordé, dans un premier temps aux seuls fonctionnaires et employés de la Confédération en service à l'étranger²⁰, puis, dans un second temps à l'ensemble des Suisses de l'étranger²¹, le droit de voter par correspondance. Ce droit a été généralisé à la suite de la modification par le Conseil de sa pratique le 12 avril 1989 et de l'octroi aux étrangers résidant en Suisse du droit de participer par correspondance à des élections et votations de leur pays d'origine, principes d'égalité et de réciprocité obligent. Dorénavant, c'est l'article 18, 3^e alinéa de la loi dite « sur les Suisses de l'étranger » du 26 septembre 2014 qui dispose que ces derniers « *exercent leurs droits politiques en personne, par correspondance, ou encore par voie électronique, pour autant que les conditions nécessaires soient remplies* »²².

C'est ainsi que le vote par correspondance tel que la Suisse le connaît aujourd'hui est le fruit d'une longue conquête historique. Comme le considère la Cour d'Arbitrage de Belgique, « *le droit de vote est le droit politique fondamental de la démocratie représentative* »²³. La façon dont son exercice est réglé constitue donc un enjeu démocratique majeur. En effet, le droit de vote garanti par l'article 34, alinéa 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 donne aux électeurs le droit d'exiger que le résultat d'une votation ou d'une élection ne soit reconnu que s'il est l'expression fidèle et sûre d'une volonté librement exprimée par le corps électoral. Afin d'être propre à garantir la réalisation de ce droit constitutionnel à l'expression fidèle, sûre et libre de la volonté du corps électoral, rattachable au « *droit à la composition exacte du corps électoral* »²⁴, la réglementation de l'exercice du droit de vote se situe au carrefour de deux risques inhérents à l'expression exacte de la volonté populaire.

Le premier est le risque d'abstention, « *fait, par un électeur qui a le droit de voter et la jouissance de ce droit, de ne pas exercer son droit, de ne pas prendre part*

¹⁹Loi fédérale sur les droits politiques (Procédure pour l'élection au Conseil national) – Modification du 18 mars 1994, *Feuille fédérale*, p. 223.

²⁰Article 7a de la loi fédérale sur les droits politiques des Suisses de l'étrangers du 19 décembre 1975.

²¹Loi fédérale sur les droits politiques des Suisses de l'étranger – Modification du 22 mars 1991, *Feuille fédérale*, pp. 1260-1261.

²²Loi fédérale sur les personnes et les institutions suisses à l'étranger (Loi sur les Suisses de l'étranger, LSEtr) du 26 septembre 2014, *Recueil officiel*, 2015, pp. 3857-3878.

²³Cour d'Arbitrage, 27 avril 1989, n° 9/89 ; Cour d'Arbitrage, 14 juillet 1990, n° 26/90.

²⁴Qui oblige les autorités à vérifier, notamment, que tous les citoyens qui ont l'exercice de droits politiques puissent effectivement participer au scrutin (A. AUER, G. MALINVERNI, M. HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, vol. I, 2^e éd., Stämpfli, not. 787 et 885). Sur ce droit, v. notamment, B. TORNAY, *La démocratie directe saisie par le juge : l'empreinte de la jurisprudence sur les droits populaires*, Schulthess, 2008, pp. 186-192.

au scrutin »²⁵. En effet, l'institution de facilités pour l'exercice du droit de vote en général, le vote par correspondance en particulier, sont « *des moyens de diminuer les abstentions* »²⁶. Dans cette mesure, le processus électoral prévoit le vote par correspondance « *en vue d'une participation maximale* »²⁷. Mais, contrairement au vote obligatoire, ces moyens ne poursuivent pas l'objectif de lutte contre l'abstention en tant que phénomène un et indivisible, mais celui de lutte contre certaines abstentions, pas celles qui « *sont dues sans doute à l'indifférence, à l'oubli, à la perplexité* », « *mais d'autres, en assez grand nombre, [qui] ont pour cause telle ou telle circonstance de fait qui empêche le citoyen de s'approcher des urnes* »²⁸. De tels moyens luttent donc contre les abstentions involontaires. Le second risque inhérent à l'expression exacte de la volonté populaire est le risque de fraude électorale. Comme le remarquait dès 1902 Alfred Guy dans sa thèse de doctorat, « *c'est l'objection la plus grave qu'on lui adresse, on a reproché au vote par correspondance d'ouvrir toutes grandes les portes à la fraude* »²⁹. Des risques, l'abstention involontaire et la fraude électorale le sont dans la mesure où leur réalisation est non seulement éventuelle et incertaine préalablement au déroulement du scrutin, mais également dommageable en ce que leur survenance a pour effet de fausser l'expression de la volonté populaire.

Ces deux risques inhérents à l'expression exacte de la volonté populaire sont par essence même contradictoires. Lutter contre l'un ouvre les portes au développement de l'autre. Cette tension permanente entre les risques d'abstention involontaire et de fraude électorale fait que la facilitation de l'exercice du droit de vote en général, le vote par correspondance en particulier, doivent concilier simplicité et sécurité. C'est ce qu'a souligné le Conseil fédéral dans son message du 20 août 1947 : « *Lorsqu'on cherche à régler la question de l'exercice du droit de vote par les absents, on doit se préoccuper de trouver un système alliant un maximum de simplicité avec un maximum de sécurité* »³⁰. La simplicité garantit l'aptitude de la facilité instituée à minimiser le risque d'abstention involontaire. La sécurité garantit, quant à elle, sa capacité à minimiser le risque de fraude électorale. Le régime juridique du vote par correspondance en droit suisse des élections et des votations politiques est

²⁵A. GUY, *Des moyens de diminuer les abstentions et en particulier du vote par correspondance*, thèse, Paris, L. Boyer, 1902, p. 5.

²⁶*Ibid.*, 107 pp.

²⁷ CEDH, 8 juillet 2010 et 15 mars 2012, *Sitaropoulos et Giakoumopoulos c. Grèce*, req. n° 42202/07.

²⁸ Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant un projet de loi relatif à l'exercice du droit de vote par les citoyens absents de leur domicile du 20 août 1947, *op.cit.*, p. 767.

²⁹A. GUY, *op.cit.*, p. 64.

³⁰ Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant un projet de loi relatif à l'exercice du droit de vote par les citoyens absents de leur domicile du 20 août 1947, *op.cit.*, p. 769.

finalement le produit de la tension permanente entre le risque d'abstention involontaire et le risque de fraude électorale, entre la simplicité et la sécurité. La Suisse en étant un observatoire privilégié, les risques y étant inhérents et commandant son régime juridique, l'étude du vote par correspondance outre-Jura a doublement vocation à être abritée dans Riséo, la revue du Centre Européen de recherche sur le Risque, le Droit des Accidents Collectifs et des Catastrophes de l'Université de Haute-Alsace. Cette étude permet de démontrer que le vote par correspondance en droit suisse des élections et des votations politiques est un mode de vote à distance non seulement simple luttant contre le risque d'abstention involontaire (I), mais également sécurisé luttant contre le risque de fraude électorale (II).

I) Un mode de vote à distance simple luttant contre le risque d'abstention involontaire

Mode de vote à distance simple luttant contre le risque d'abstention involontaire, le vote par correspondance est une forme de vote à distance démocratique, à l'instar de l'ensemble des facilités instituées pour l'exercice du droit de vote par les absents (A). Entre ces différentes formes de vote à distance, elle est également celle qui est préférée aux autres (B).

A) Une forme de vote à distance démocratique

Le vote par correspondance est une forme de vote à distance démocratique, non seulement dans la mesure où elle a été voulue par le peuple, mais également en ce qu'elle a produit des effets démocratiques notables.

Historiquement, l'institution de facilités pour l'exercice du droit de vote par les absents en droit suisse des élections et des votations politiques est une réponse aux plaintes de citoyens qui ne pouvaient participer au scrutin parce que, pour une raison ou pour une autre, ils se trouvaient, ce jour-là, absents du lieu de leur domicile. Il s'agissait de professionnels mobiles, de négociants ou d'industriels en voyage d'affaires, d'ouvriers occupés dans un autre canton. Il s'agissait aussi de membres de sociétés tenant leurs assises fédérales dans une autre ville, telle la société suisse des commerçants, dont l'assemblée générale avait coïncidé une année avec un scrutin fédéral, ce qui avait empêché 1500 citoyens de participer à ce dernier. Certaines de ces plaintes ont suscité des réactions du Conseil fédéral. En 1925, le Conseil d'État du canton du Tessin se plaignit que les ouvriers saisonniers tessinois occupés dans le reste du pays ne fussent pas admis, par certains cantons, à participer aux élections et votations fédérales. C'est en réaction à cette plainte que le Conseil fédéral prit la circulaire du 13 novembre

1925. En octobre 1935, le gouvernement schwytois refusa d'admettre au scrutin, pour l'élection du Conseil national, 250 ouvriers zurichoises qui étaient occupés aux travaux de l'Etzel. C'est en réaction à ce refus que le Conseil fédéral soumit le projet de loi fédérale autorisant l'exercice du droit de vote hors du lieu de domicile le 14 décembre 1936. Dans sa requête du 16 mars 1944 (renouvelée les 8 juin 1945 et 28 février 1946), la fédération des sociétés suisses d'employés mentionna le cas d'un citoyen qui, pendant six ans, n'a jamais pu voter, parce qu'il ne résidait jamais dans sa commune de domicile au moment des votations. C'est en réaction à cette requête que le Conseil fédéral proposa le projet de loi relatif à l'exercice du droit de vote par les citoyens absents de leur domicile le 20 août 1947.

À partir de là, le Conseil fédéral a transformé ces plaintes en argument d'ordre démocratique au service d'un plaidoyer pour l'exercice du droit de vote pour les absents et l'institution de facilités en droit suisse des élections et des votations politiques. Un tel argument ressort clairement de ses messages à l'Assemblée fédérale des 14 décembre 1936, 20 août 1947 et 4 septembre 1964 :

« Dans une démocratie, en effet, c'est-à-dire dans un État où, par définition, la souveraineté est exercée par le peuple, l'exercice du droit de vote forme la base de toute la pyramide politique. C'est ce droit qui est l'instrument de la volonté populaire, et il donne au simple citoyen la mesure de sa fonction dans la vie publique. Il doit donc, dans son principe, pouvoir s'exercer en tout temps »³¹.

« Un État démocratique, à suffrage universel, doit chercher à pourvoir à ce que les absents puissent, au moins dans certains cas, participer au scrutin, de façon que l'élection ou la votation soit autant que possible l'expression de la conscience générale »³².

« Dans un État démocratique, l'exercice du droit de vote devrait en effet être réglé de telle façon que le plus grand nombre possible de citoyens puissent voter. Le résultat de la votation reflète alors aussi exactement que possible la volonté du souverain »³³.

Ces trois extraits de messages à l'Assemblée fédérale montrent que le Conseil fédéral considère que la facilitation de l'exercice du droit de vote est une

³¹Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui d'un projet de la loi autorisant l'exercice du droit de vote hors du lieu de domicile du 14 décembre 1936, *op.cit.*, p. 452.

³²Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant un projet de loi relatif à l'exercice du droit de vote par les citoyens absents de leur domicile du 20 août 1947, *op.cit.*, p. 767.

³³Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant des facilités en matière de votations et d'élections fédérales du 4 septembre 1964, *op.cit.*, pp. 408-409.

condition de la démocratie. Selon cette considération, selon laquelle la facilitation de l'exercice des droits électoraux est « *un devoir sacré pour une démocratie* »³⁴, la démocratie n'est pas seulement un système où le droit de vote existe, mais un système qui « n'entrave pas inutilement »³⁵ son libre exercice. Fondées sur cet argument, l'introduction et l'extension du vote par correspondance ont produit des effets démocratiques notables. D'une part, à partir de 1994, date d'intervention de sa libéralisation, le vote par correspondance est devenu la forme privilégiée de participation aux scrutins populaires et la tendance s'accroît (d'après les chiffres de la Poste, 90 % des votants choisissent d'utiliser ce système, ce qui représente généralement plus de deux millions de personnes). D'autre part, la participation moyenne a légèrement augmenté (l'effet moyen estimé sur la participation est d'environ 4,1 points de pourcentage pour un taux de participation moyen de 43 % entre 1970 et 2005)³⁶.

Cette augmentation de la participation électorale serait de 4 % supplémentaires si le Conseil fédéral investissait 85 centimes par électeur : c'est l'objet de l'étude du Professeur Mark Schelker et de Marco Schneiter de l'Université de Fribourg parue à la Revue *Electoral Studies* en 2017³⁷. Déjà, lors de la procédure de consultation de 1989, le Parti démocrate-chrétien et le canton de Saint-Gall exprimèrent le vœu qu'on introduise le vote en franchise de port, souhait auquel le Conseil fédéral considéra qu'il n'avait pas lieu de donner suite. Aussi et surtout, Yvette Estermann, conseillère nationale de l'Union démocratique du centre, a déposé au Conseil national une interpellation le 13 juin 2013³⁸, ainsi qu'une motion le 27 septembre 2017³⁹. La première fut liquidée par le Conseil fédéral le 27 septembre 2013. La seconde fut l'objet d'une proposition de rejet par le Conseil fédéral le 22 novembre 2017, adoptée par le Conseil national le 7 mars 2018 (par 109 voix contre 73 et 8 abstentions), l'objet d'une proposition de rejet par la Commission des institutions politiques du Conseil des États le 14 mai 2018 (par 6 voix contre 5), puis rejetée par le Conseil des États le 12 juin 2018 (par 29 voix contre 10). Le raisonnement contre-argumentatif du Conseil fédéral et de la Commission des institutions politiques du Conseil des États est syllogistique. Prémisse majeure : le vote par correspondance est gratuit pour les

³⁴A. LABUSSIÈRE, « Le vote par correspondance », *R.P.P.*, 1905, t. XLV, p. 266.

³⁵Avis du Conseil fédéral du 22 novembre 2017 sur la motion « 85 centimes pour plus de démocratie » déposée par Yvette Estermann le 27 septembre 2017 au Conseil national.

³⁶S. LUECHINGER, M. ROSINGER, A. STUTZER, « The Impact of Postal Voting on Participation: Evidence for Switzerland », *Swiss Political Science Review*, 2007, vol. 13, issue 2, pp. 167-202.

³⁷M. SCHELKER, M. SCHNEITER, « The elasticity of voter turnout: Investing 85 cents per voter to increase voter turnout by 4 percent », *Electoral Studies*, 2017, n° 49, pp. 65-74.

³⁸Y. ESTERMANN, « Vote par correspondance gratuit dans toute la Suisse », interpellation déposée le 13 juin 2013 au Conseil national.

³⁹Y. ESTERMANN, « 85 centimes pour plus de démocratie », motion déposée le 27 septembre 2017 au Conseil national.

citoyens dans tout le territoire de neuf cantons (Argovie, Appenzell Rhodes-Intérieures, Bâle-Ville, Genève, Glaris, Obwald, Saint-Gall, Zoug, Zurich), ainsi que dans quelques communes dans d'autres cantons. Prémisse mineure : son extension à toute la Suisse porterait atteinte à l'autonomie des cantons et des communes, à moins que la Confédération ne prenne en charge les frais supplémentaires estimés à un peu plus d'un million de francs suisses par son entreprise qu'est la Poste, prise en charge qui serait contraire à l'article 16 de la loi sur la poste selon lequel « *les tarifs doivent être fixés selon des principes économiques* »⁴⁰. Conclusion : l'introduction et l'extension du vote électronique est prioritaire par rapport à un encouragement du vote par correspondance.

L'introduction en 1978 et l'extension à la fin de 1994 du vote par correspondance a toutefois produit un effet démocratique négatif : elle a rendu plus difficile la collecte de signatures pour les initiatives populaires. Le Conseil fédéral a néanmoins considéré qu'« *on peut tout à fait imaginer que les nouvelles possibilités électroniques (p. ex., remise du formulaire de signatures par Internet) pourraient la faciliter* »⁴¹. D'ailleurs, aujourd'hui, si un citoyen suisse souhaite appuyer la demande d'une initiative populaire, il peut imprimer une liste de signatures, la mettre dans une enveloppe et la renvoyer au plus vite avant la date d'expiration du délai imparti pour la récolte des signatures.

Au-delà de sa nature démocratique, partagée par l'ensemble des formes de vote à distance, le vote par correspondance est également, parmi ces dernières, celle qui est préférée aux autres.

B) Une forme de vote à distance préférée aux autres

Le vote par correspondance est une forme de vote à distance préférée aux autres. En effet, l'histoire de l'institution de facilités pour l'exercice du droit de vote par les absents montre que, parmi les différents modes de vote à distance, le vote par correspondance s'est progressivement imposé, tout d'abord au vote par procuration, ensuite au vote dans un local officiel de la commune de présence, avec transmission du bulletin, que la Chancellerie fédérale appela « système secrétariat communal/poste », puis au vote dans les formes militaires, enfin au vote à la poste.

Tout d'abord, le vote par correspondance s'est imposé au vote par procuration. Historiquement, ces deux modes de vote à distance sont pourtant frappés par la même interdiction. En effet, l'article 8, 2^e alinéa de la loi du 19 juillet 1872 sur

⁴⁰Loi sur la poste (LPO) du 17 décembre 2010, *Recueil officiel*, 2012, p. 4998.

⁴¹Message concernant l'initiative populaire « pour davantage de droits au peuple grâce au référendum avec contre-proposition (référendum constructif) » du 1er mars 1999, *Feuille fédérale*, p. 2704 et 2729.

les élections et votations fédérales interdit le vote par procuration et le Conseil fédéral considère que ladite interdiction s'applique également au vote par correspondance, à l'envoi des bulletins par la poste⁴². Cette interprétation, l'interdiction du vote par correspondance par assimilation à l'interdiction du vote par procuration, a été l'objet d'une controverse doctrinale, les uns l'approuvant⁴³, les autres la critiquant⁴⁴. Le contre-argument développé par le conseiller d'État du canton de Berne Rudolf est le suivant : « *L'envoi de bulletins par la poste n'est pas une procuration, parce que le tiers (la poste) n'intervient pas avec sa propre volonté ; la poste ne sert qu'à transmettre la volonté de l'électeur* »⁴⁵. Entre le vote par procuration et le vote par correspondance, il n'y aurait donc pas une simple différence de degré, mais une différence de nature : celle de l'intervention de la volonté du tiers. Le Conseil fédéral finit par se rallier à cette conception en considérant que si le vote par procuration proprement dit devait demeurer interdit, le vote par correspondance, qui ne fait pas intervenir la volonté d'un tiers, lui paraissait parfaitement conciliable avec les principes du droit suisse des élections et des votations politiques. Ainsi le vote par correspondance triompha-t-il du vote par procuration.

Ensuite, le vote par correspondance s'est imposé au « système secrétariat communal/poste ». Cela constitue l'objet même de la forte opposition lors des débats parlementaires des années 1948 à 1952 sur le projet de loi fédérale relatif à l'exercice du droit de vote par les citoyens absents de leur domicile. Le « système secrétariat communal/poste » est un mode de vote à distance qui met l'accent sur la sécurité dans la mesure où l'électeur remet personnellement son bulletin à un organe de la commune dans laquelle il se trouve au moment donné, qui le transmet ensuite à l'autorité compétente du canton de domicile. Le vote par correspondance est, quant à lui, un système qui met l'accent sur la simplicité en ce que l'électeur envoie lui-même son bulletin par la poste. Dans la mesure où une majorité de cantons s'était prononcée en faveur du premier, le Conseil fédéral rechercha les moyens de le simplifier. Mais la commission du Conseil national, auquel la priorité de discussion avait été attribuée, proposa un projet instituant le vote par correspondance, principe auquel le Conseil des États finit par se rallier. Mais lorsque vint le vote final (le 20 juin 1952), il rejeta la loi par 19 voix contre 10. En dépit de ce rejet, le vote par correspondance avait pris le pas sur le « système secrétariat communal/poste », prédominance qui fut actée avec la loi fédérale instituant des facilités en matière de votations et d'élections

⁴²Circulaire du Conseil fédéral aux gouvernements cantonaux concernant les facilités à apporter dans l'exercice du droit de vote en matière fédérale du 16 mars 1925, *loc.cit.*, p. 839-840.

⁴³V. notamment, F. FLEINER, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Mohr, 1923, p. 304.

⁴⁴V. notamment, M. RUDOLF, *Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltungen*, Orell Füssli, 1923, p. 20.

⁴⁵*Ibid.*

fédérales du 25 juin 1965. Ainsi, le vote par correspondance triompha-t-il du « système secrétariat communal/poste ».

Puis, le vote par correspondance s'est imposé au vote dans les formes militaires. Ce dernier, « *une sorte de vote par correspondance, mais avec transmission du bulletin par la troupe* »⁴⁶, fut pourtant le premier mode de vote à distance institué en droit suisse des élections et des votations politiques par l'article 4 de la loi du 19 juillet 1872 sur les élections et votations fédérales. Dans les années 1950, la Chancellerie fédérale élaborait même un avant-projet étendant le vote dans les formes militaires à certaines catégories de citoyens vivant dans des conditions semblables à celles des militaires, c'est-à-dire groupés dans une sorte d'organisation dont on peut requérir les services pour le scrutin. Mais cet avant-projet fut nettement rejeté par dix gouvernements cantonaux, avant que le Conseil fédéral n'estime que ce système ne pouvait pas entrer en considération pour le législateur fédéral. C'est finalement le vote par correspondance qui a englobé le vote dans les formes militaires. Ainsi, le vote par correspondance triompha-t-il du vote dans les formes militaires.

Enfin, le vote par correspondance s'est imposé au vote à la poste. Ce dernier fut d'abord envisagé par la Chancellerie fédérale à la suite du postulat déposé par Fritz Grütter, conseiller national, en 1956, puis proposé par M^e Usteri, avocat à Zurich, dans le rapport présenté à l'assemblée de la société des juristes en 1959. Selon ce système, le citoyen se ferait envoyer son matériel de vote (bulletin, enveloppe) au bureau de poste de son choix et l'y retirerait pour remplir son bulletin et le renvoyer sans quitter les lieux. Considérant que seuls ces deux systèmes pouvaient entrer en considération pour le législateur fédéral, le Conseil fédéral donna la préférence au vote par correspondance, forme de vote qu'il lui proposa. Ainsi le vote par correspondance triompha-t-il du vote à la poste.

Aujourd'hui et depuis 2004, le vote par correspondance est concurrencé par le vote électronique. D'ailleurs, le Conseil fédéral considère que l'introduction et l'extension du vote électronique est prioritaire par rapport à un encouragement du vote par correspondance. C'est la raison pour laquelle le Conseil fédéral et la Commission des institutions politiques du Conseil des États ont proposé de rejeter le vote par correspondance gratuit dans toute la Suisse. Mais cette priorité accordée à l'encouragement du vote électronique par rapport au vote par correspondance gratuit dans toute la Suisse s'est néanmoins heurtée à la réalité de sa mise en exploitation et les deux systèmes qui faisaient l'objet d'une expérimentation ont été suspendus. D'une part, le canton de Genève a annoncé en novembre 2018 qu'il cesserait d'exploiter son système de vote électronique à partir de 2020. D'autre part, le test d'intrusion public auquel a été soumis le

⁴⁶Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant un projet de loi relatif à l'exercice du droit de vote par les citoyens absents de leur domicile du 20 août 1947, *loc.cit.*

système de la poste a permis de déceler « *des failles majeures dans le code source de ce système* ». C'est la raison pour laquelle le Conseil fédéral a décidé de restructurer la phase d'essai et de renoncer pour l'instant à en faire un canal de vote ordinaire⁴⁷. Ainsi le vote par correspondance résiste-t-il au vote électronique.

L'histoire de l'institution de facilités pour l'exercice du droit de vote par les absents montre que parmi les différentes formes de vote à distance, le vote par correspondance a, petits pas par petits pas, triomphé des autres. Les raisons n'en sont pas toujours ni évidentes ni identiques : c'est sans doute parce qu'il est personnel, contrairement au vote par procuration, plus simple que le « système secrétariat communal/poste » et que le vote à la poste, plus général que le vote dans les formes militaires et plus sûr que le vote électronique. Mais, ce qui est évident, c'est qu'il est le grand vainqueur de l'histoire, précisément parce qu'il est globalement moins risqué que les autres.

Simple, luttant contre le risque d'abstention involontaire et globalement moins risqué que les autres, le vote par correspondance n'en demeure pas moins un mode de vote à distance générateur d'un risque de fraude électorale, risque qui est combattu par des mesures de sécurité.

II) Un mode de vote à distance sécurisé luttant contre le risque de fraude électorale

Mode de vote à distance sécurisé luttant contre le risque de fraude électorale, le vote par correspondance comporte, en réalité, des risques divers qui lui sont inhérents (A) et qui sont combattus par des mesures garantissant sa qualité (B).

A) Les risques inhérents au vote par correspondance

Inhérents au vote par correspondance, les risques le sont dans la mesure où ce mode de vote à distance dissocie l'exercice du droit de vote de la présence de l'électeur aux urnes. D'ailleurs, cette exigence « *constituait une garantie nécessaire contre la brigue électorale et tous autres abus* »⁴⁸. Ces abus ont été progressivement révélés par le Conseil fédéral au fur et à mesure du développement de l'institution de facilités pour l'exercice du droit de vote par les absents en droit suisse des élections et des votations politiques.

Déjà, dans son message à l'Assemblée fédérale du 20 août 1947, il a considéré que « *les deux grands dangers que présente toute forme de vote instituée pour*

⁴⁷« Vote électronique : le Conseil fédéral restructure la phase d'essai et renonce pour l'instant à en faire un canal de vote ordinaire », communiqué de presse du Conseil fédéral du 27 juin 2019.

⁴⁸Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui d'un projet de la loi autorisant l'exercice du droit de vote hors du lieu de domicile du 14 décembre 1936, *op.cit.*, p. 450.

les absents sont : la participation au scrutin de personnes n'ayant pas le droit de vote et les doubles votes »⁴⁹.

Aussi et surtout, dans son message à l'Assemblée fédérale du 4 septembre 1964, le Conseil fédéral a estimé :

« Les débats des années 1948 à 1952 ont cependant montré que le vote par correspondance avait des adversaires déclarés. La lecture du Bulletin sténographique de l'Assemblée fédérale relève qu'on a en particulier formulé les reproches suivants : a. La sûreté du vote n'est pas assurée (possibilité de soustractions de bulletins, manœuvres illicites lors de l'inscription de la réponse sur le bulletin et contrôle illicite de son contenu) ; b. Le secret du vote n'est pas garanti ; c. L'institution du vote par correspondance dans des cas spéciaux risque d'être un premier pas vers la généralisation de cette forme de vote, quand bien même le vote par les urnes devrait rester la forme normale ; d. Le vote par correspondance entraîne pour l'État des complications et des frais supplémentaires sans rapport avec le résultat recherché »⁵⁰.

Cette typologie quadripartite des risques inhérents au vote par correspondance est, en apparence, égalitaire. Elle appelle, en réalité, une observation : leur diversité ne doit pas avoir pour effet de masquer l'importance différente de chacun d'entre eux.

D'une part, les risques inhérents à la sûreté du vote par correspondance ont progressivement éclipsé les risques inhérents au secret du vote. C'est ce qu'il ressort, notamment, de la circulaire du Conseil fédéral aux gouvernements concernant les mesures à prendre pour garantir la qualité du vote par correspondance du 31 mai 2006, dans laquelle il a identifié trois séries de risques, abus et problèmes lors de la récolte et la garde des enveloppes qui arrivent dans les communes. Le premier est la disparition par manque de surveillance de bulletins renvoyés par correspondance ainsi que tout vol et toute falsification du matériel de vote ou du matériel électoral qui a été rempli ou renvoyé. Le deuxième est la soustraction des bulletins de vote anticipés dans une boîte aux lettres communale ainsi que le vol du matériel déposé. Le troisième est la récupération des cartes de légitimation qui ont été jetées – par exemple dans une poubelle – par des personnes non autorisées avant d'être abusivement utilisées pour la remise de votes supplémentaires⁵¹. D'ailleurs, le Conseil fédéral

⁴⁹Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant un projet de loi relatif à l'exercice du droit de vote par les citoyens absents de leur domicile du 20 août 1947, *op.cit.*, p. 770.

⁵⁰Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant des facilités en matière de votations et d'élections fédérales du 4 septembre 1964, *op.cit.*, p. 415.

⁵¹Circulaire du Conseil fédéral aux gouvernements concernant les mesures à prendre pour garantir la qualité du vote par correspondance du 31 mai 2006, *op.cit.*, pp. 4982-4983. V. notamment, Tribunal fédéral, 16 août 1995,

considère que la disparition par manque de surveillance de bulletins renvoyés par correspondance et le fait de soustraire des bulletins de vote anticipés de la boîte aux lettres communale constituent des violations du droit de vote des personnes concernées⁵². Ces trois séries de risques, abus et problèmes sont essentiellement inhérentes à la sûreté du vote. S'ils existent, les risques inhérents au secret de vote, notamment la pratique du « vote familial », sont plus difficilement perceptibles. D'ailleurs, comme le remarque Bénédicte Tornay dans sa thèse de doctorat, « *la violation du secret du vote lors d'un vote par correspondance n'a jamais été un grief invoqué dans un recours au Tribunal fédéral* »⁵³.

D'autre part, les risques inhérents à la généralisation de la forme du vote par correspondance sont devenus progressivement secondaires par rapport aux risques inhérents à ses coûts à mesure que cette forme de vote s'est « normalisée » en droit suisse des élections et des votations politiques. En 1964, ces risques servirent d'argument contre l'institution du vote par correspondance pour les absents en général⁵⁴. 30 ans plus tard, le vote par correspondance était libéralisé et étendu sans conditions ni restrictions. Un an auparavant, ces risques servirent d'arguments contre l'introduction du vote en franchise de port⁵⁵. Aujourd'hui déjà, d'après les chiffres de la Poste, 90 % des votants choisissent d'utiliser ce système, ce qui représente généralement plus de deux millions de personnes. Aussi et surtout, le vote par correspondance est gratuit pour les citoyens dans tout le territoire de neuf cantons (Argovie, Appenzell Rhodes-Intérieures, Bâle-Ville, Genève, Glaris, Obwald, Saint-Gall, Zoug, Zurich), ainsi que dans quelques communes dans d'autres cantons ; gratuité ayant permis au canton de Genève de maintenir l'organisation du second tour des élections communales le 5 avril 2020. Si le Conseil fédéral et le Conseil des États s'opposent toujours à l'extension du vote par correspondance gratuit à toute la Suisse, leur doctrine justificative a changé : ce n'est plus une doctrine démocratique – la Commission des institutions politiques du Conseil des États ayant même souhaité que d'autres cantons suivent le mouvement, « *dans*

Stefan Wehrle contre Conseil du gouvernement du canton de Bâle-Ville, ATF 121, I, 187. Sur ce jugement, voir, notamment, B. KNAPP, N. HAUSSMANN, B. FLESICHMANN, N. WISARD, « Suisse », in « Chroniques », A.I.J.C., 1995, p. 1016-1017.

⁵²*Ibid.*

⁵³B. TORNAY, *op.cit.*, p. 213.

⁵⁴Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant des facilités en matière de votations et d'élections fédérales du 4 septembre 1964, *op.cit.*, p. 415-416.

⁵⁵Message concernant une révision partielle de la législation fédérale sur les droits politiques du 1^{er} septembre 1993, *Feuille fédérale*, p. 437 : « *en effet, il ne faut pas que le fait de se rendre personnellement aux urnes perde tout attrait : le caractère éminemment politique du vote doit passer avant la possibilité de voter gratuitement par correspondance ; à la longue, il n'est plus guère possible de s'occuper en commun des affaires de la collectivité si chacun reste dans son coin. Les échanges d'idées et la discussion font partie du tout. Dans beaucoup d'endroits, on en a l'occasion en se rendant aux urnes* ».

l'intérêt de leurs citoyens »⁵⁶ – mais une doctrine économique. Cette dernière se trouve toutefois fragilisée par la crise sanitaire, le Conseil d'État genevois n'ayant pu ordonner le maintien de l'organisation du second tour des élections communales le 5 avril 2020 qu'exclusivement par correspondance dans la mesure où ce mode de vote à distance y est gratuit.

Afin d'y remédier, ces risques inhérents au vote par correspondance sont combattus par des mesures garantissant sa qualité.

B) La garantie de la qualité du vote par correspondance

La garantie de la qualité du vote par correspondance est le corollaire de sa nature démocratique et des risques qui lui sont inhérents. En effet, ce mode de vote à distance n'est compatible avec le droit constitutionnel à l'expression fidèle, sûre et libre de la volonté du corps électoral, défini à l'article 34, alinéa 2 de la Constitution, que dans la mesure où sa qualité est garantie.

Déjà en 1936, lorsque le Conseil fédéral considéra que si contrairement au vote par procuration, le vote par correspondance lui paraissait parfaitement conciliable avec les principes du droit suisse des élections et des votations politiques, il estima que certaines prescriptions devaient être observées : sa limitation à des cas particuliers, dûment motivés, l'obligation pour l'électeur de ne voter qu'en un seul endroit et l'obligation de sauvegarde du secret du vote⁵⁷. Aussi et surtout, l'article 8 de la loi fédérale sur les droits politiques du 17 décembre 1976 dispose que les cantons, non seulement « *instituent une procédure simple pour le vote par correspondance* », mais également « *arrêtent notamment les prescriptions tendant à garantir le contrôle de la qualité d'électeur, à assurer un dépouillement sans lacunes du scrutin, à sauvegarder le secret du vote et à prévenir les abus* »⁵⁸.

C'est ainsi que la garantie de la qualité du vote par correspondance est, avant tout, procédurale. En effet, les différentes lois cantonales sur les droits politiques ont progressivement arrêté des prescriptions de procédure tendant à garantir la qualité de ce mode de vote à distance et ce, jusque dans le très traditionaliste canton du Tessin ! En particulier, l'État envoie à l'électeur le matériel nécessaire pour exercer son droit de vote. Ce matériel de vote contient, notamment, un bulletin, une enveloppe de vote, une carte de légitimation et une enveloppe-

⁵⁶Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil des États du 14 mai 2018 examinant la motion « 85 centimes pour plus de démocratie », déposée le 27 septembre 2017 par Yvette Estermann et adoptée le 7 mars 2018 par le Conseil national.

⁵⁷Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui d'un projet de la loi autorisant l'exercice du droit de vote hors du lieu de domicile du 14 décembre 1936, *op.cit.*, p. 457.

⁵⁸Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant des facilités en matière de votations et d'élections fédérales du 4 septembre 1964, *op.cit.*, p. 410.

réponse. L'électeur doit, tout d'abord, remplir le bulletin puis le glisser dans l'enveloppe de vote. Cette première manœuvre garantit le secret du vote. Il doit, ensuite, signer la carte de légitimation. Cette deuxième manœuvre permet, quant à elle, son identification. Il doit, enfin, glisser l'enveloppe de vote contenant le bulletin rempli et la carte de légitimation signée dans l'enveloppe-réponse et la renvoyer. L'envoi doit parvenir à l'administration communale au plus tard du « *vendredi précédant la votation ou l'élection* » dans le canton du Valais⁵⁹, « *à la clôture du bureau de vote* » dans le canton de Vaud⁶⁰. La méconnaissance de l'une de ces prescriptions procédurales est de nature à frapper le vote de non-prise en compte ou de nullité. La circulaire du Conseil fédéral aux gouvernements concernant les mesures à prendre pour garantir la qualité du vote par correspondance du 31 mai 2006 a complété ces prescriptions de procédure en fixant six instructions qui tendent à renforcer la garantie de la sûreté du vote⁶¹. Depuis, cette circulaire est systématiquement visée par le Conseil fédéral dans ses circulaires aux gouvernements cantonaux relatives aux votations populaires, de même que celle, éponyme, du 15 juin 2007 relative à ses problèmes d'exécution.

La garantie de la qualité du vote par correspondance est ensuite pénale. En effet, le Titre 14 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 réprime les « *délits contre la volonté populaire* ». Ses dispositions punissent d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire les violences (article 279), l'atteinte au droit de vote (article 280), la corruption électorale (article 281), la fraude électorale (article 282) et la violation du secret du vote (article 283). La loi fédérale sur les droits politiques du 17 décembre 1976 a complété cet arsenal législatif pénal en créant un nouvel acte délictueux de captation de suffrages, puni d'une simple amende (article 282^{bis}). Cette dernière disposition a précisément été introduite « *contre les abus possibles en relation avec le vote par correspondance* »⁶². Elle protège le droit du citoyen de former et exprimer

⁵⁹Article 24 de la loi sur les droits politiques du 13 mai 2004.

⁶⁰Article 17b de la loi sur l'exercice des droits politiques du 16 mai 1989.

⁶¹« a. Dans le cadre de la récolte, de la garde et du dépouillement des bulletins des scrutins fédéraux, aucun acte officiel ne sera plus effectué par une seule personne ni sans procès-verbal [...] b. Tous les bulletins envoyés par la poste ou remis de manière anticipée devront immédiatement être mis dans des urnes scellées et contrôlées, lesquelles ne pourront être ouvertes que lors de l'établissement du résultat et en présence de plusieurs personnes [...] c. Les bulletins remis de manière anticipée à un bureau officiel devront être enregistrés dans un procès-verbal [...] d. Les enveloppes-réponses officielles des électeurs devront être conçues de sorte que des personnes non autorisées ne puissent identifier l'électeur qui a glissé son bulletin dans l'enveloppe qui a été renvoyée [...] e. La boîte aux lettres communale destinée au vote anticipé devra avoir une taille appropriée ; elle devra être vidée régulièrement et en présence de plusieurs personnes. Son contenu sera placé dans une urne scellée [...] f. Sur les enveloppes dans lesquelles la commune adresse le matériel de vote aux électeurs, l'indication suivante devra obligatoirement figurer de manière lisible : "Celui ou celle qui ne veut pas exercer son droit de vote doit déchirer sa carte de légitimation avant de la jeter" ».

⁶²V. , pour la première fois, Tribunal fédéral, Cour de droit pénal, 30 janvier 2012, *Procureur général du canton de Berne contre X.*, ATF 138, IV, 70.

librement sa volonté politique et prohibe des comportements qui peuvent influencer le vote individuel et fausser ainsi la volonté populaire⁶³.

La garantie de la qualité du vote par correspondance est enfin juridictionnelle. Deux voies de droit protègent le droit de vote par correspondance : le recours au gouvernement cantonal touchant le droit de vote et le recours en matière de droit public au Tribunal fédéral qui concerne le droit de vote des citoyens ainsi que les élections et votations populaires⁶⁴. Ces deux recours se rattachent à la « *protection juridictionnelle de la démocratie directe fédérale* »⁶⁵. Leurs motifs incluent la violation des dispositions spécifiques portant, notamment, sur la modalité de vote qu'est le vote par correspondance ; les décisions rendues en application de l'article 5, alinéas 3 et 6 de la loi fédérale sur l'exercice des droits politiques étant des actes susceptibles de violer le droit de vote attaquables par le biais d'un recours au gouvernement cantonal⁶⁶.

Cette garantie juridictionnelle de la qualité du vote par correspondance est essentielle dans la mesure où elle parachève son système de garanties, comme en témoigne l'affaire *Stefan Wehrle contre Conseil du gouvernement du canton de Bâle-Ville*⁶⁷. En l'espèce, les prescriptions procédurales prévoyaient que les citoyens pouvaient voter par correspondance sans avoir à se légitimer en aucune manière et « *la menace des sanctions pénales, figurant sur le matériel de vote, ne constituait pas une prévention suffisante à cet égard* »⁶⁸. Les garanties procédurale et pénale étant respectivement incomplètes et insuffisantes, c'est une garantie juridictionnelle, le recours en matière de droit public au Tribunal fédéral, qui a permis la concrétisation effective de la qualité du vote par correspondance en suspendant l'ordonnance bâloise sur les votations et élections en tant qu'elle n'arrêtait pas les prescriptions tendant à garantir le contrôle de la qualité de l'électeur, en violation de l'article 8 de la loi fédérale sur les droits politiques.

C'est ainsi que le droit suisse des élections et des votations politiques a établi un système complet de garanties de la qualité du vote par correspondance destiné à lutter contre les risques qui lui sont inhérents. Ce système est conforme à la ligne directrice n° 3.2.iii du *Code de bonne conduite en matière électorale* adopté par la Commission de Venise en 2002 qui dispose que « *le vote par correspondance ne doit être admis que si le service postal est sûr et fiable ; il peut être limité aux personnes hospitalisées, aux détenus, aux personnes à mobilité*

⁶³B. CORBOZ, *Les infractions en droit suisse*, vol. II, 3^e éd., Stämpfli, n° 3 ad art. 282 CP.

⁶⁴Article 77 de la loi fédérale sur les droits politiques du 17 décembre 1976 ; Articles 82 à 89 de la Loi sur le Tribunal Fédéral du 17 juin 2005.

⁶⁵B. TORNAY, *op.cit.*, pp. 40-50.

⁶⁶*Ibid.*, pp. 40, 41, 45 et 50.

⁶⁷Tribunal fédéral, 16 août 1995, *Stefan Wehrle contre Conseil du gouvernement du canton de Bâle-Ville*, jugement précité.

⁶⁸B. KNAPP, N. HAUSSMANN, B. FLESICHMANN, N. WISARD, *op.cit.*, p. 1016.

réduite et aux électeurs résidant à l'étranger ; la fraude et l'intimidation ne doivent pas être possibles »⁶⁹. Or, la poste suisse fonctionne régulièrement et, comme nous venons de le démontrer, le système complet de garanties de la qualité du vote par correspondance protège des risques de fraude et d'intimidation.

Complet, ce système de garanties de la qualité du vote par correspondance n'en demeure toutefois pas moins perfectible. En témoigne, notamment, l'audit de légalité et de gestion du traitement du vote par correspondance dans les locaux du service des votations et élections (ci-après S.V.E.) de la Cour des comptes de Genève du 27 février 2020. Dans ce dernier, la Cour identifie trois faiblesses importantes : l'absence d'un système d'information permettant une traçabilité du matériel électoral, l'encadrement insuffisant du personnel auxiliaire et l'inadéquation et la vétusté des locaux du S.V.E.⁷⁰. Gageons que les axes d'amélioration proposés par la Cour suffiront à remédier à ces dysfonctionnements ; les entités concernées s'étant d'ailleurs engagées à les mettre en œuvre dans des délais raisonnables.

⁶⁹Commission européenne de la démocratie par le droit (Commission de Venise), avis n° 190/2002, 30 octobre 2002, *Code de bonne conduite en matière électorale – Lignes directrices et rapport explicatif adoptés par la Commission de Venise lors de ses 51^e et 52^e sessions (Venise, 5-6 juillet et 18-19 octobre 2002)*, p. 8.

⁷⁰Cour des comptes de Genève, *Audit de légalité et de gestion – Traitement du vote par correspondance dans les locaux du service des votations et élections*, rapport n° 158, février 2020.

Le risque en entreprise : les critères et méthodes de notation des offres soumises pour attribution des marchés publics

Nicolas LOPEZ

Docteur en droit public

Ancien ATER à l'Université d'Orléans et à l'Université Paris Nanterre

Le risque est inhérent à l'entreprise notamment en ce que celle-ci se soumet au jeu de l'offre et de la demande. Au sein d'un marché de type concurrentiel, l'offre émanant d'une entreprise se trouve en effet dans l'attente d'une demande correspondante, qui peut se manifester d'une façon assez aléatoire. On veut dire par là que la demande intervient au regard de critères indéfinis, voire insusceptibles de l'être.

Dans le cas d'une offre soumise pour attribution d'un marché public, l'entreprise répond à un appel lancé par un pouvoir adjudicateur ou une autorité agissant pour le compte d'une personne publique, c'est-à-dire un acheteur¹ dont le rôle est d'attribuer le marché à un titulaire, candidat², aussi dénommé le soumissionnaire³ d'une offre, et de lui en payer le prix. Ici, l'acheteur doit au contraire se référer à des critères préétablis⁴, précis et mentionnés dès l'avis d'appel public à concurrence. Lors de l'examen des offres, ces critères doivent être appréciés compte tenu d'une méthode de notation appliquée dans le respect des grands principes du droit de la commande publique⁵, que sont la liberté d'accès, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures.

A cet égard, l'entreprise se confronte à une pluralité de risques, dont la nature est avant tout procédurale. Ce risque apparaît à l'issue de la période de consultation, c'est-à-dire après la date limite de réception des offres. De l'examen des candidatures au classement des offres, en passant par l'appréciation de la régularité des premières, la réception et l'évaluation des secondes, chacune de ces étapes comporte un risque variable quant à la commission d'irrégularités. Lorsqu'elle est examinée, l'offre doit d'abord ne pas

¹Il est ici permis d'utiliser l'expression « pouvoir adjudicateur » dans un sens générique car la jurisprudence ne distingue pas, sauf lorsque cela s'avère pertinent, entre pouvoir adjudicateur et entité adjudicatrice au sens que le fait le Code de la commande publique (CCP). Sur cette distinction, v. : art. L1211-1 et L1212-1.

² Quant aux définitions des notions d'opérateur économique et de candidat, v. respectivement CCP, art. L1220-1 et L1220-2.

³CCP, art. L1220-3.

⁴CCP, art. L2152-7.

⁵CCP, art. L3.

être considérée comme irrégulière⁶, inacceptable⁷ ou inappropriée⁸. Ensuite, celle-ci est évaluée au regard du critère financier et du critère technique selon la méthode de notation élaborée par le pouvoir adjudicateur. Ces deux critères sont généralement décomposés en critères plus détaillés. Ils sont accompagnés d'un cahier des clauses techniques particulières (CCTP) dont le soumissionnaire doit tenir compte dans la présentation de son offre. L'ensemble des informations utiles aux candidats doit être regroupé dans un dossier comportant ce qu'on appelle les « documents de la consultation ». Après avoir été notées, les offres sont enfin classées par ordre décroissant⁹, l'offre la mieux notée étant considérée comme l'offre économiquement la plus avantageuse. L'évaluation des offres soumises pour attribution d'un marché public fait l'objet d'un contentieux nourri.

Les litiges peuvent en premier lieu porter sur la nature des critères. En effet, ceux-ci sont parfois susceptibles de ne pas être liés à l'objet du marché ou bien aux conditions de son exécution. Les points d'achoppement peuvent, en second lieu, se situer sur la décomposition des critères en « sous-critères » ou sur divers éléments détaillés de leur appréciation. Les différends peuvent en dernier lieu concerner l'évaluation concrète de l'offre, au gré d'une certaine forme d'injustice ou de favoritisme ressentie par un concurrent évincé de la procédure de passation du marché. Alors que le pouvoir adjudicateur est libre de déterminer et d'adapter les critères d'attribution du marché selon ses besoins, le rôle du juge, européen ou administratif, consiste à sanctionner les abus de cette liberté¹⁰. Tel est le cas si le juge constate un manquement de l'acheteur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence ou une rupture d'égalité dans le traitement des candidats.

À ce titre, une jurisprudence consolidée permet aux entreprises soumissionnaires de mieux appréhender les marges de manœuvre de l'acheteur quant à la définition des outils destinés à l'évaluation de l'offre. Si l'action du juge peut en effet rassurer les entreprises candidates aux marchés publics et conforter les principes de sécurité juridique et de confiance légitime¹¹, elle leur permet ainsi de réduire l'internalisation tant du risque comportemental de

⁶CCP, art. L2152-2 : « Une offre irrégulière est une offre qui ne respecte pas les exigences formulées dans les documents de la consultation, en particulier parce qu'elle est incomplète, ou qui méconnaît la législation applicable notamment en matière sociale et environnementale ».

⁷CCP, art. L2152-3 : « Une offre inacceptable est une offre dont le prix excède les crédits budgétaires alloués au marché, déterminés et établis avant le lancement de la procédure ».

⁸CCP, art. L2152-4 : « Une offre inappropriée est une offre sans rapport avec le marché parce qu'elle n'est manifestement pas en mesure, sans modification substantielle, de répondre au besoin et aux exigences de l'acheteur qui sont formulés dans les documents de la consultation ».

⁹CCP, art. R2152-6.

¹⁰CCP, art. L2152-8.

¹¹V. CJCE, 26 avril 1988, *Hauptzollamt Hamburg-Jonas c/ Firma P. Krücken*, C-316/86.

l'acheteur que de l'aléa juridique ou matériel se trouvant à l'origine d'une formulation erronée, ou moins compétitive de l'offre. Cela signifie qu'elles ont une meilleure connaissance de ce que l'acheteur a le droit de faire, ou de ne pas faire, et donc une meilleure capacité d'anticipation de son comportement. Cela leur permet, au demeurant, de mieux appréhender ce qu'est une « bonne » offre, quant au degré de précision ou de correspondance aux critères que l'acheteur est en droit d'attendre. En revanche, l'action jurisprudentielle pousse, d'une part, à ce que le pouvoir adjudicateur parfois manœuvre, par exemple, pour retrouver une latitude dans la définition des critères. La jurisprudence ne saurait empêcher, d'autre part, que le risque de méconnaissance des grands principes de la commande publique demeure, voire se renouvelle.

Il s'agit ainsi de montrer que si l'action du juge européen ou administratif réduit le besoin d'internalisation du comportement de l'acheteur par l'entreprise (I), celle-ci doit dans le même temps renouveler cette internalisation (II). Le constat de ce mouvement entre réduction et renouvellement du risque procédural auquel se confronte l'entreprise s'inscrit dans le cadre plus général et essentiel d'une évolution dialectique du risque.

I) La moindre internalisation par l'entreprise du risque comportemental de l'acheteur.

L'action du juge permet de remédier au comportement éventuellement erratique du pouvoir adjudicateur en sanctionnant les manquements de ce dernier à ses obligations de publicité et de mise en concurrence. Favorisant la prévisibilité du droit, la jurisprudence permet au soumissionnaire d'éliminer des facteurs d'incertitude au moment de la formulation de son offre. La sanction du comportement du pouvoir adjudicateur intervient en cas d'abus dans l'usage par ce dernier de sa liberté de détermination des critères d'attribution du marché (A). Cette sanction peut, de même, procéder d'un mauvais emploi de la méthode de notation desdits critères (B).

A) La libre détermination des critères bornée par le juge

En la matière, le juge vérifie que, conformément au Code de la commande publique, les critères sont bien liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution (1). Le juge s'assure également de ce que les éléments, détaillant les critères, utiles à la formulation des offres ont bien été communiqués dans les documents de la consultation (2).

1) La liaison obligatoire avec l'objet du marché ou ses conditions d'exécution

En sus des dispositions édictées par la voie législative ou réglementaire, les juges administratif et européen ont encadré le choix des critères d'attribution des marchés publics à de nombreux égards. Il s'agit, ce faisant, de prévenir un choix discrétionnaire de l'attributaire par l'administration. La juridiction luxembourgeoise rappelle d'ailleurs que les critères déterminés par l'acheteur doivent être intelligibles. A ce titre, les soumissionnaires « *raisonnablement informés et normalement diligents* » doivent être mis en mesure de les interpréter de la même manière¹². Lorsque, le cas échéant, ce premier contrôle est passé, le juge peut ensuite vérifier que le critère est bien lié, par nature, à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution.

Le critère géographique constitue un premier exemple de contrôle. Par principe, le juge administratif n'admet pas que le choix du pouvoir adjudicateur puisse privilégier une entreprise locale afin qu'elle acquitte un impôt local à la commune et maintienne ou favorise l'emploi local¹³. En date de 1994, cette décision est motivée par le fait, d'une part, que les offres formulées par les concurrents s'avéraient avoisinantes et, d'autre part, que l'implantation locale de l'entreprise ne consistait pas en une condition de bonne exécution du marché. Dans une perspective plus récente, le localisme demeure très encadré. En 2018, le Conseil d'Etat a jugé que le choix du candidat le plus proche géographiquement ne peut se justifier sans tenir compte, ce faisant, du coût d'éventuelles externalités liées à l'acquisition des fournitures faisant l'objet du marché¹⁴. A la vérité, le critère géographique est consubstantiel au critère social, dans la mesure où il peut s'agir de favoriser des commerçants locaux et l'emploi incident. Le critère social se révèle en réalité une source majeure du contentieux en la matière.

La prise en considération de la politique sociale ou générale de l'entreprise ne permet pas de caractériser un processus spécifique de production ou de fourniture de travaux, produits ou services¹⁵. Ce type de critère social n'est donc pas lié, même indirectement, à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution. Quand bien même un type de critère social, comme l'insertion professionnelle de publics en difficulté, est expressément mentionné par les

¹²CJCE, 18 octobre 2001, *SIAC Construction Ltd*, Aff. C-19/00, § 42.

¹³CE, 29 juillet 1994, *Commune de Ventenac-en-Minervois*, n° 131562.

¹⁴CE, 12 septembre 2018, *Conseil départemental de la Haute-Garonne*, n° 420585.

¹⁵CE, 15 février 2013, *Société Derichebourg Polyurbaine*, n° 363921. V. aussi CE, 25 mai 2018, *Nantes Métropole*, n° 417580.

textes¹⁶, le juge s'assure que le critère ne comporte pas d'effet discriminatoire entre les soumissionnaires et permette d'apprécier objectivement leurs offres¹⁷. Il en va de même eu égard aux critères liés au nombre des personnels consacrés à l'exécution du marché ou à l'expérience de ceux-ci.

Le Conseil d'État a en effet autorisé le critère relatif aux moyens en personnel et en matériel destinés à garantir la qualité technique de l'exécution du marché¹⁸. Ce critère ne doit pas être confondu avec la procédure préalable de sélection des candidats admis à soumettre leurs offres. Néanmoins, le Conseil d'État a accepté auparavant, dans le cadre d'une procédure adaptée¹⁹, que l'acheteur puisse retenir un critère reposant sur l'expérience du candidat à une double condition. D'une part, la prise en compte de cette expérience doit être rendue nécessaire par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser. D'autre part, cette prise en compte ne doit pas induire un effet discriminatoire²⁰.

Dans le même sens, le juge administratif a prohibé le rejet d'une offre, comme inacceptable au sens de l'acheteur, au seul motif que celle-ci ne protège pas suffisamment l'environnement²¹. Il revient donc à l'administration²¹ de retenir des critères permettant de concilier de manière satisfaisante l'objectif de développement durable avec l'obligation légale requérant le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse. Si l'argument, non fondé sur une évaluation de critères, de l'insuffisance de protection de l'environnement pour éliminer une offre avait prévalu devant le juge, le risque tendant au choix discrétionnaire de l'attributaire aurait naturellement été renforcé. C'est précisément à ce titre que le juge européen avait d'ores et déjà prolongé aux critères environnementaux les obligations de lien avec l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution.²² Le législateur a par la suite posé la présomption légale, telle une tautologie, selon laquelle « *les conditions d'exécution du marché se rapportant aux travaux, fournitures, services objet du marché, à quelque*

¹⁶V. CCP, art. R2152-7.

¹⁷CE, 25 mars 2013, *Département de l'Isère*, n° 364950.

¹⁸CE, 11 mars 2013, *AP-HP*, n° 364706.

¹⁹En procédure adaptée, le pouvoir adjudicateur dispose d'une liberté plus grande pour déterminer les modalités de passation du marché que celle qu'il connaît dans le cadre de la procédure formalisée. Le seuil hors taxe en deçà duquel le pouvoir adjudicateur peut choisir la procédure adaptée est fixé par la Commission européenne chaque année.

²⁰CE, 2 août 2011, *Parc naturel régional des Grands Causses*, n° 348254. V. aussi : II), A., 1).

²¹CE, 23 novembre 2011, *Communauté urbaine de Nice-Côte d'Azur*, n° 351570.

²²CJCE, 17 septembre 2002, *Concordia Bus Finland*, Aff. C-513/99, § 64 et s. : « [Le pouvoir adjudicateur] peut prendre en considération des critères relatifs à la préservation de l'environnement pour autant que ces critères sont liés à l'objet du marché, ne confèrent pas audit pouvoir une liberté inconditionnée de choix, sont expressément mentionnés dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché et respectent tous les principes fondamentaux du droit communautaire, notamment le principe de non-discrimination ».

égard que ce soit et à n'importe quel stade de leur cycle de vie sont réputées liées à l'objet du marché »²³. Le législateur a pu être encouragé en ce sens par la jurisprudence de la CJUE qui a admis le critère du commerce équitable, eu égard aux matières utilisées pour confectionner les produits qui constituent l'objet du marché²⁴. Les critères d'appréciation de ces conditions d'exécution peuvent alors être raisonnablement analysés comme étant, eux aussi, réputés à l'objet du marché. Il revient ainsi, devant le juge, au concurrent évincé d'argumenter contre cette liaison entre le critère et l'objet du marché. Toutefois, l'ensemble des limites au principe de libre détermination des critères qui viennent d'être mentionnés interroge sur la portée de ce principe.

Il est en effet possible de percevoir ces limites comme des restrictions. Contre cette intuition première, il est toutefois possible d'observer que le champ des marchés publics, particulièrement vaste, rend loisible l'interprétation de ces limites comme des points de repère, ou bien des bornes, sur un chemin qu'est celui de la passation des marchés. Le juge peut également sanctionner le fait de passer outre ces limites en annulant la procédure de passation ou bien en enjoignant au pouvoir adjudicateur, en référé, de retirer un critère du règlement de consultation si celui-ci ne présente pas de lien avec l'objet du marché²⁵.

Dans ce contexte, les sous-critères et autres éléments de précision de la portée des critères forment un biais à partir duquel le pouvoir adjudicateur retrouve une plus grande marge de manœuvre afin d'apprécier les offres. Par principe, le juge tient compte de ce que les sous-critères influent sur la présentation des offres formulées par les soumissionnaires pour déterminer s'ils devaient être portés à leur connaissance. Le juge en apprécie naturellement la légalité au regard des principes de la commande publique.

2) La publicité conditionnée des éléments de précision des critères.

La liberté dans le choix des critères vaut également en ce qui concerne les sous-critères. A leur égard, le problème réside davantage dans l'absence de leur publicité, notamment quant à leur pondération²⁶, que dans leur nature. Ces sous-critères ont en effet vocation à décomposer les critères en précisant leur portée. En 2005, la CJCE a eu l'occasion de fixer certains principes en la matière. Les sous-critères peuvent se voir attribuer une pondération à l'issue de la

²³CCP, art. L2112-3.

²⁴CJUE, 10 mai 2012, *Commission européenne c/ Royaume des Pays-Bas*, Aff. C-368/10, § 89 et s.

²⁵CE, 25 juillet 2001, *Commune de Gravelines*, n° 229666.

²⁶Le juge a d'ailleurs bien précisé que la pondération consistait en la règle générale d'appréciation des critères d'attribution. Ce n'est que dans la seule impossibilité d'une pondération que la hiérarchisation des critères est permise. V. CE, 29 juin 2005, *Commune de la Seyne-sur-Mer*, n° 267992.

période de soumission des offres dès lors, d'une première part, que ladite pondération ne modifie pas les critères d'attribution, d'une deuxième part, qu'elle ne soit pas en mesure d'influencer la présentation des offres, d'une troisième part, qu'elle ne comporte pas d'effet discriminatoire²⁷. En 2008, la CJCE a généralisé le principe de publicité des règles de pondération et des sous-critères, tout en maintenant le principe d'une définition conditionnée de la pondération des sous-critères à la suite de la période de consultation²⁸.

L'année suivante, la Cour administrative d'appel de Bordeaux a ainsi jugé que l'absence de communication aux soumissionnaires de l'existence et de la pondération, selon des coefficients allant jusqu'à trois, de sept sous-critères entraîne une méconnaissance, par l'acheteur, de ses obligations de publicité et de mise en concurrence²⁹. En effet, la valeur des coefficients, si celle-ci avait été connue des soumissionnaires, aurait été très vraisemblablement prise en compte lors de la formulation des offres. Le Conseil d'Etat a par la suite adapté la jurisprudence européenne au contexte national en jugeant que l'acheteur, recourant à des sous-critères, doit porter ceux-ci à la connaissance des candidats³⁰ dès lors que, eu égard à leur nature et à l'importance de leur pondération ou hiérarchisation, ils sont susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres.³¹ Inversement, l'absence de publicité de sous-critères « dont l'amplitude est faible et qui ne modifie pas les attentes définies par le pouvoir adjudicateur dans le règlement de la consultation » a pu être admise³². Ces solutions ont été récemment rappelées dans un important arrêt *Véolia*, à l'occasion duquel le juge administratif a considéré que des sous-critères, non pondérés, notés sur 5 n'ont pas influencé la présentation des offres des soumissionnaires et n'avaient, dès lors, pas à être rendus publics³³. Entre temps, le Conseil d'Etat a posé le principe de l'assimilation des sous-critères influençant la présentation des offres à des critères distincts³⁴. Au demeurant, le principe de publicité s'applique également aux informations utiles à la présentation des offres.

²⁷CJCE, 24 novembre 2005, *ATI EAC e Viaggi di Maio*, aff. C-331/04, § 32.

²⁸CJCE, 24 janvier 2008, *Lianakis*, aff. C-532/06, § 38 et 43.

²⁹CAA Bordeaux, 14 mai 2009, *Communauté d'agglomération du territoire de la Côte Ouest*, n° 07BX00712.

³⁰De manière plus générale, le pouvoir adjudicateur doit, dès le début de la procédure de passation, informer les candidats de manière appropriée dans l'AAPC ou le cahier des charges sur les critères d'attribution du marché, y compris dans le cas d'une procédure adaptée. V. CE, 24 février 2010, *Communauté de communes de l'Enclave des Papes*, n° 333569.

³¹CE, 18 juin 2010, *Commune de Saint-Pal-de-Mons*, n° 337377.

³²CAA Nantes, 20 juillet 2012, *Société Axiroute*, n° 10NT01815.

³³CE, 8 février 2019, *Société Véolia*, n° 420296.

³⁴CE, 5 février 2018, *CNES*, n° 414846.

Ainsi, le Conseil d'Etat a jugé que les documents de la consultation doivent mentionner la production de justificatifs attestant de l'exactitude des données fournies, par le soumissionnaire, quant aux caractéristiques techniques à respecter impérativement lors de l'exécution du marché. Il s'agit à cet égard d'apprécier le caractère complet de l'offre formulée par le soumissionnaire³⁵. L'exigence de ces justificatifs prêche ainsi très justement à conséquence sur la présentation de l'offre. Tous les critères techniques ne connaissent cependant pas la même rigueur lors de leur évaluation, notamment parce que certains peuvent être concrétisés de différentes façons lors de l'exécution du marché.³⁶ A ce titre, le Conseil d'Etat a considéré que, si certains critères techniques appellent une présentation d'éléments correspondants « *sommaires* », alors le pouvoir adjudicateur ne méconnaît pas ses obligations de publicité et de mise en concurrence « *en ne prévoyant pas de justificatif particulier* »³⁷.

Il n'est en outre pas permis au pouvoir adjudicateur de retenir, si l'utilisation d'un matériel appartenant à l'acheteur est facultative pour déterminer la valeur technique de l'offre, un sous-critère financier relatif à la mise à disposition de ce matériel³⁸. En réalité, un tel sous-critère est de nature à rompre l'égalité de traitement des candidats, quant à l'appréciation de leurs offres, car il forme un élément supplémentaire d'appréciation et ne concerne précisément que certains candidats. Il a ainsi été jugé que le caractère facultatif d'un élément d'appréciation des offres ne doit pas pénaliser un candidat. La présence de ce sous-critère influençait encore, nécessairement, la présentation de l'offre.

Le contrôle juridictionnel, passant des critères aux sous-critères ainsi qu'à leur pondération, s'étend désormais aux méthodes de notation établies par le pouvoir adjudicateur si leur définition ou leur application vient léser un soumissionnaire. La lésion est au demeurant devenue nécessaire pour que le juge tienne véritablement compte des différents types d'irrégularités alléguées par le concurrent évincé.

B) La détermination et l'emploi de la méthode de notation contrôlés par le juge

³⁵CE, 9 novembre 2015, *Société Autocars de l'île de Beauté*, n° 392785.

³⁶C'est d'ailleurs pourquoi les soumissionnaires sont autorisés à soumettre des offres comportant des variantes sous réserve, le cas échéant, qu'ils formulent dans le même temps une offre de base en respectant les critères retenus par l'acheteur. A cet égard, v. : CE, 20 septembre 2019, *Société BGC*, n° 421317. Sur la définition jurisprudentielle de la variante, v. : CE, 5 janvier 2011, *Société Technologie Alpine Sécurité*, n° 343206. Sur le possible refus, dès lors qu'il est prévu dans le règlement de la consultation, de la présentation de variantes dans les offres, v. : CE, 12 mars 2012, *Société Clear Channel France*, n° 353826.

³⁷CE, 22 juillet 2016, *Communauté d'agglomération du Centre littoral*, n° 396597.

³⁸CE, 7 mars 2018, *Centre hospitalier de Péronne*, n° 415675.

Si les méthodes de notation n'ont, par principe, pas à être communiquées aux soumissionnaires, c'est parce qu'elles n'ont pas pour objet d'exercer une influence sur la présentation de l'offre. Le premier enjeu à cet égard est de bien identifier ce qu'est une méthode de notation, parfois assimilée, à tort ou à raison, à un critère ou à un sous-critère (1). Lorsque le juge est effectivement confronté à l'application litigieuse d'une méthode de notation, celui-ci doit au préalable vérifier si le concurrent évincé a véritablement été lésé par le manquement invoqué pour en tirer les conséquences (2).

1) La nécessaire identification de la méthode de notation

Le Conseil d'Etat définit la méthode de notation comme la manière selon laquelle on attribue une valeur chiffrée à une prestation compte tenu de critères préétablis³⁹. Dans le même temps, la Haute juridiction a précisé que le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu d'informer les candidats de la méthode de notation des offres, même s'il reste libre de le faire. Le Conseil d'Etat a aussi assimilé à une méthode de notation « *le processus par lequel le pouvoir adjudicateur a, au vu des résultats obtenus sur les différents critères, procédé au classement des offres* »⁴⁰. Cet effort de définition est en effet apparu nécessaire dès lors qu'il existe un risque avéré de confusion entre la présence d'une méthode de notation et celle d'un critère ou sous-critère. Le juge administratif a concomitamment tenté de circonscrire le domaine de la méthode de notation et celui du critère ou du sous-critère.

En 2013, le Conseil d'Etat a requalifié, dans une ordonnance de référé, ce qui avait été qualifié de « critère de prix » par le juge du premier degré en un « élément d'appréciation du critère prix »⁴¹. En l'espèce, le critère prix devait être apprécié, d'une part, pour 80 % du montant total général proposé par le soumissionnaire et, d'autre part, pour 20 % compte tenu d'un rabais appliqué à des matériaux non identifiés par l'acheteur dans les documents de la consultation. Ainsi, la difficulté d'appréciation relève en l'espèce de ce qu'il est possible de considérer les deux pourcentages donnés comme deux sous-critères ou bien comme des éléments d'évaluation d'un seul critère. Cela s'explique par le fait que la méthode de notation peut être matériellement analysée comme une décomposition avancée d'un critère ou d'un sous-critère.

³⁹CE, 31 mars 2010, *Collectivité territoriale de Corse*, n° 334279.

⁴⁰CE, 6 décembre 2013, *Département de la Corse du Sud*, n° 370901.

⁴¹CE, 25 mars 2013, *Société Cophignon*, n° 364951.

Conscient de cette gageure, le juge a tenté de prévenir une décomposition en cascade des critères et sous-critères. En 2016, le Conseil d'État a jugé que le fait de noter sur 30 et 5 points, deux éléments d'un sous-critère de 35 points, relevant d'un critère de 60 points au total, portant sur la valeur technique de l'offre, devait être assimilé à une méthode de notation et non à un critère ou sous-critère distinct qui aurait dû être communiqué aux candidats⁴². Cette solution jurisprudentielle épargne la création d'une catégorie de « sous-sous-critères », si l'on veut bien excuser l'emploi de ce barbarisme. L'appréhension correcte de ce qui consiste en un sous-critère ou en une méthode de notation se complique encore lorsque le pouvoir adjudicateur décide de recourir à une « simulation », qui plus est tirée au sort, pour apprécier les offres au regard des critères d'attribution du marché.

Dans ce cas de figure, le juge administratif a considéré que, pour évaluer le montant des offres présentées par les soumissionnaires, l'acheteur peut avoir recours à une méthode de notation consistant à multiplier les prix unitaires d'intervention proposés par les candidats par le nombre d'interventions envisagées. Ne s'agissant pas là d'un sous-critère, l'acheteur n'a donc pas à informer les candidats de ladite méthode de notation. Au vu des difficultés que les candidats pourraient éprouver à comprendre leur classement, le Conseil d'Etat a alors conditionné l'usage d'une telle méthode dans un but de transparence. La simulation doit d'abord correspondre à l'objet du marché. Le contenu de la simulation ne doit pas ensuite favoriser un aspect particulier du marché qui dénaturerait alors l'évaluation du critère prix. Tous les candidats doivent enfin être évalués à partir de la même simulation⁴³.

De telles conditions sont en effet rendues nécessaires dès lors que la CJUE a posé le principe selon lequel la méthode de notation, qui n'a pas à être publiée, ne doit pas altérer les critères d'attribution ou leur pondération relative⁴⁴. La CJUE définit dans le même temps ce qu'est une méthode de notation, c'est-à-dire « *la méthode d'évaluation appliquée par le pouvoir adjudicateur afin d'évaluer et de classer concrètement les offres au regard des critères d'attribution du marché et de leur pondération relative préalablement établis* »⁴⁵. Les définitions de la méthode de notation posées antérieurement par le Conseil d'Etat semblent ainsi validées par le juge supranational. Au demeurant, la méthode de notation doit être fixée, dans la mesure du possible, avant la période de consultation afin d'éviter tout favoritisme, la Cour admettant toutefois que certaines « *raisons*

⁴²CE, 6 avril 2016, *Commune de Bohalle*, n° 388123.

⁴³Sur l'ensemble de ces éléments, v. CE, 16 novembre 2016, *Société SNEF*, n° 401660.

⁴⁴CJUE, 14 juillet 2016, *TNS Dimarso*, aff. C-6/15, § 37.

⁴⁵*Ibid.*, § 27.

démonstrables »⁴⁶ pourraient justifier qu'elle le soit *a posteriori*. L'éventuelle définition ou adaptation de la méthode de notation, au terme de la période de formulation des offres, ne doit pas non plus altérer les critères d'attribution ou leur pondération relative⁴⁷. On peut donc s'interroger si, en cas d'altération, cette méthode doit être communiquée dans les documents de la consultation et la période de soumission des offres ouverte de nouveau.

Dans l'affirmative, les modifications aux documents de la consultation doivent être apportées dans des conditions garantissant l'égalité de traitement des candidats. Les candidats doivent alors être à même de disposer d'un délai suffisant, avant la date limite de réception des offres, pour prendre connaissance desdites modifications et adapter leur offre en conséquence⁴⁸. Dans la négative, le concurrent évincé disposerait alors d'un motif invocable devant le juge afin de contester la procédure de passation. Quoiqu'il en soit, le juge doit au préalable vérifier que les intérêts du concurrent évincé ont bel et bien été lésés avant de tirer les conséquences d'un vice intrinsèque de la méthode de notation ou bien d'un défaut d'application de celle-ci.

2) La nécessaire lésion des intérêts du concurrent évincé

Il apparaît évident que la méthode de notation ne doit pas constituer un facteur de lésion des intérêts des candidats évincés. A cet égard, le juge administratif a contribué à borner le champ des possibles en matière d'élaboration des méthodes de notation. Dans le cadre du référé précontractuel, le contrôle de la méthode de notation se restreint à sanctionner l'erreur de droit ou bien le caractère discriminatoire que cette méthode peut refléter⁴⁹. Cette sanction vise alors essentiellement la modification de la portée des critères par le biais de la notation ou bien son emploi en faveur d'un candidat. En revanche, le contrôle de la méthode de notation se révèle plus étendu dans le cadre d'un recours de plein contentieux.

Ainsi le juge peut-il analyser l'incidence concrète de la méthode de notation et apprécier si celle-ci est conforme aux grands principes de la commande publique. En 2013, le Conseil d'Etat a jugé, par exemple, qu'il est porté atteinte au principe

⁴⁶*Ibid.*, § 30 et 31. On peut envisager, à cet égard, une erreur matérielle ou substantielle dans l'établissement préalable de la méthode de notation. On peut autrement considérer, par exemple, que le choix de l'acheteur doit se porter entre deux variantes justifiant l'adaptation de la méthode initialement retenue.

⁴⁷*Ibid.*, § 32.

⁴⁸CE, 9 février 2004, Communauté urbaine de Nantes, n° 259369.

⁴⁹CE, 11 mars 2013, *Assemblée des chambres françaises de commerce et d'industrie*, n° 364551. Dans le même sens, v. CE, 20 janvier 2016, *CIVIS*, n° 394133 ; CE, 8 avril 2019, *Commune de Cannes*, n° 425373.

d'égalité de traitement des candidats si le pouvoir adjudicateur adapte la méthode de notation lors de l'analyse des offres⁵⁰. En l'espèce, un candidat ayant proposé le prix de zéro euro pour la réalisation d'une prestation a conduit l'acheteur à revoir sa méthode de notation car l'équivalence à zéro faussait le calcul. Le pouvoir adjudicateur a alors remplacé le prix gratuit par celui d'un euro. Le Conseil d'Etat a considéré que cette façon de procéder mettait en exergue le caractère intrinsèquement défaillant de la méthode retenue. L'adaptation opérée par le pouvoir adjudicateur n'avait pourtant ni vocation à favoriser le candidat concerné, ni à altérer un critère ou sa pondération. On peut, à ce double égard, présumer la caducité de cette solution jurisprudentielle si l'on tient compte de l'adaptabilité conditionnée de la méthode de notation, reconnue pragmatiquement par la CJUE⁵¹. Cela ne signifie néanmoins pas que certaines méthodes de notation ne puissent pas être prohibées.

A ce titre, le Conseil d'Etat a par exemple invalidé la méthode dite du « barycentre », par laquelle les offres sont évaluées en fonction de leur proximité avec les estimations financières de l'acheteur. Celle-ci s'avère irrégulière dans la mesure où elle fait interférer « *un concept étranger* » au critère du prix et ne permet pas d'attribuer la meilleure note à l'offre la moins-disante⁵². En effet, les méthodes de notation, pourtant déterminées librement, sont abusives « *si, en méconnaissance des principes fondamentaux d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, elles sont par elles-mêmes de nature à priver de leur portée les critères de sélection ou à neutraliser leur pondération et sont, de ce fait, susceptibles de conduire, pour la mise en œuvre de chaque critère, à ce que la meilleure note ne soit pas attribuée à la meilleure offre, ou, au regard de l'ensemble des critères pondérés, à ce que l'offre économiquement la plus avantageuse ne soit pas choisie* »⁵³. Le Conseil d'Etat précise alors immédiatement que le fait de publier de telles méthodes de notation dans les documents de consultation ne les régularise pas pour autant. Par ailleurs, le juge administratif a posé le principe selon lequel la méthode de notation adoptée doit permettre la comparabilité des offres⁵⁴.

⁵⁰CE, 19 avril 2013, *Ville de Marseille*, n° 365340.

⁵¹V. *Supra*, 1).

⁵²CE, 29 octobre 2013, *OPH Val d'Oise Habitat*, n° 370789.

⁵³CE, 3 novembre 2014, *Commune de Belleville-sur-Loire*, n° 373362.

⁵⁴CE, 10 avril 2015, *Centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie*, n° 386912. En suivant cet objectif de comparabilité, le pouvoir adjudicateur doit concomitamment, dans la mesure du possible, prévoir des prestations de type forfaitaire appelant à la proposition d'un prix correspondant par le soumissionnaire. Dans l'espèce en cause, il paraissait en effet délicat de déterminer, au stade de la préparation de l'avis d'appel public à concurrence, un prix forfaitaire au mois et à la minute du trafic aérien induit par l'exécution du marché servant de référence à la notation des offres présentées.

Comme on peut le constater au travers des cas évoqués, le contrôle du juge s'affirme pleinement concernant les méthodes de notation des critères d'attribution des marchés publics. Cela dit, le Conseil d'État a décidé de restreindre les possibilités d'annulation ou de résiliation des marchés résultant soit d'un défaut inhérent à la méthode de notation, de son application ou même d'autres motifs. Des marchés ont, à la vérité, pu être annulés sans pour autant que le concurrent évincé ait réellement été lésé.⁵⁵ Si le puriste du droit peut estimer que toute erreur de légalité mérite sanction, le candidat attributaire du marché doit, à tout le moins, pouvoir bénéficier d'une certaine sécurité eu égard aux investissements entrepris, lorsque l'irrégularité de la procédure de passation n'a pas été commise au détriment des autres soumissionnaires. L'arrêt *Tropic Travaux*⁵⁶ formant le point de départ d'une montée en puissance du contentieux contractuel duquel les concurrents évincés sont à l'origine, le juge administratif a rationalisé le contentieux relatif à la méthode de notation en lui appliquant le principe posé par la jurisprudence *Smirgeomes*⁵⁷. Dès lors, le concurrent évincé dont la candidature était irrégulière, inacceptable ou inappropriée, n'est pas réputé être lésé par le caractère irrégulier de l'attribution du marché⁵⁸. Plus particulièrement, la méthode de notation appliquée par une commission d'appel d'offres en méconnaissance du règlement de la consultation, ayant favorisé le concurrent évincé au lieu de l'avoir lésé, ne peut donner lieu à l'annulation de la procédure de passation⁵⁹.

En pratique, seul le deuxième, voire le troisième au classement des offres ont intérêt à former un recours contentieux. En 2018, le Conseil d'Etat a, par exemple, jugé qu'une erreur de plume, commise dans la retranscription des offres financières des deux derniers candidats et n'ayant pas influencé la décision de la commission d'appel d'offres quant à la notation, ne méconnaît pas

⁵⁵V. : B. DACOSTA, « Dix ans de *Smirgeomes* », *AJDA* 2018. 2000.

⁵⁶CE, 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, n° 291545. Cet ancien grand arrêt posait le principe de l'ouverture d'un recours de pleine juridiction à tout concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif. Depuis le 4 avril 2014, « tout tiers à un contrat administratif [signé à partir de cette date] susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ». V. : CE, 4 avril 2014, *Département du Tarn-et-Garonne*, n° 358994. NB : Les concurrents évincés des marchés publics ne peuvent naturellement invoquer que des motifs en rapport direct avec l'intérêt lésé ou bien des motifs d'ordre public, que le juge doit quoiqu'il en soit relever d'office.

⁵⁷CE, 3 octobre 2008, *Syndicat mixte intercommunal de réalisation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du secteur est de la Sarthe*, n° 305420. Cet arrêt pose le principe selon lequel peuvent agir, au titre du référé précontractuel, les personnes susceptibles d'être lésées par les manquements du pouvoir adjudicateur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence. Le juge doit rechercher si les manquements allégués sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte, en avantageant une entreprise concurrente.

⁵⁸CE, 11 avril 2012, *Syndicat Ody 1218 Newline du Lloyd's de Londres et BEAH*, n° 354652.

⁵⁹CE, 26 septembre 2012, *Communauté d'agglomération Seine-Eure*, n° 359706.

le principe d'égalité de traitement des candidats⁶⁰. L'irrégularité n'a pas, dès lors, lésé l'auteur du recours. Le rejet des conclusions des requérants n'a cependant pas restreint la capacité du juge administratif de censurer d'autres types de méthodes de notation.

Ainsi, le Conseil d'Etat a prohibé l'usage de notes négatives en considérant qu'elles étaient par nature susceptible de fausser la pondération des critères d'attribution du marché⁶¹. Plus récemment, la Cour administrative d'appel de Nancy a pu juger que la méthode de notation ne pouvait être destinée à la détection des offres anormalement basses⁶². Lorsque le critère du prix et celui de la valeur technique sont tous deux pondérés à 50 %, le pouvoir adjudicateur ne peut mettre en œuvre un sous-critère du critère prix relatif à la cohérence de l'offre financière pondéré à 25 % dans le but d'une telle détection. Cette méthode ne permettant pas d'attribuer le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse, les offres anormalement basses ne peuvent de surcroît être appréciées qu'en vertu des dispositions du Code de la commande publique. Le contentieux ayant trait aux méthodes de notation marque ainsi toujours l'actualité.

On perçoit désormais bien mesurer l'objet ainsi que la réalité de l'encadrement jurisprudentiel du comportement de l'acheteur, quant à la détermination des critères et des méthodes de notation, en matière d'attribution des marchés publics. Si un tel encadrement permet de réduire le risque du choix discrétionnaire de l'attributaire du marché, il permet dans le même temps aux soumissionnaires d'avoir une meilleure appréhension de ce qu'est la formulation d'une offre précise, complète et d'anticiper le comportement de l'acheteur dans la notation. Pour autant, cette réduction du besoin d'internalisation du risque comportemental de l'acheteur n'en est pas moins synonyme de son renouvellement.

II) L'internalisation renouvelée par l'entreprise du risque comportemental de l'acheteur

Les interrogations que le soumissionnaire à un marché public peut se poser en formulant son offre ne peuvent être levées en totalité par l'action du juge. En la matière, le risque comporte naturellement une part d'irréductibilité au sein de laquelle se situe les germes de son renouvellement. On peut rendre compte de

⁶⁰CE, 6 avril 2018, *Habitat Sud Atlantic*, n° 402219.

⁶¹CE, 18 décembre 2012, *Département de la Guadeloupe*, n° 362532.

⁶²CAA Nancy, 19 mars 2019, *Chambre de commerce et d'industrie Grand Est*, n° 18NC01306.

cette réalité en s'intéressant d'abord à la manœuvrabilité des critères (A) puis à la malléabilité de la notation des offres (B).

A) La manœuvrabilité des critères

En ce qu'ils sont librement déterminés, les critères sont par principe manœuvrables et sont en ce sens adaptés aux besoins du pouvoir adjudicateur ou, selon sa sensibilité, aux normes environnementales ou sociales en vigueur. Le risque, soit relatif à la sortie du cadre défini par le juge ou induit par la jurisprudence, se révèle à la fois inhérent à la nature des critères (1) ainsi qu'aux éléments les précisant (2).

1) Le risque inhérent à la nature du critère

En encadrant le type de critères qu'il est loisible au pouvoir adjudicateur de retenir, la jurisprudence a pu dans le même temps être à l'origine d'un renouvellement du risque comportemental de l'autorité d'attribution. En 2011, le Conseil d'Etat a, par exemple, admis que le pouvoir adjudicateur puisse, dans le cadre d'une procédure adaptée, retenir un critère relatif à l'expérience du candidat, sous la double condition que sa prise en compte soit objectivement rendue nécessaire par l'objet du marché, par la nature des prestations à réaliser et ne comporte pas d'effet discriminatoire. En l'espèce, le juge a considéré que le pré-diagnostic énergétique de bâtiments communaux justifiait un critère d'expérience lié aux références portant sur l'exécution d'autres marchés. Le juge a aussi tenu compte de ce que ce critère était pondéré à hauteur de 20 %⁶³. Ce type de solution peut surprendre à plusieurs égards.

On peut d'abord s'interroger sur la pertinence qu'il y aurait à restreindre un tel principe aux marchés passés selon une procédure adaptée. Le critère de l'expérience peut en effet s'avérer opportun dans le cadre d'une procédure formalisée, dont les montants et, par conséquent, les enjeux du marché sont sensiblement supérieurs. On peut ensuite relever, comme critique la plus forte, que la nature de la prestation en cause semble aisément « standardisable » et, ce faisant, délicate à faire figurer dans la catégorie des prestations d'une difficulté particulière, justifiant réellement l'attribution du marché à un candidat dont l'expérience est vérifiée. En outre, l'expérience est mesurée en l'espèce compte tenu des références dans l'exécution d'autres marchés publics. Cela peut alors entraîner une entreprise spécialisée dans le domaine du diagnostic énergétique mais débutante dans la soumission d'offres pour attribution d'un

⁶³CE, 2 août 2011, *Parc naturel régional des Grands Causses*, n° 348254, précité.

marché public à partir avec un handicap par rapport à des concurrents régulièrement candidats. On peut enfin remarquer que ce type de critère semble par nature discriminatoire, sans que ce terme doive ici comporter une connotation négative. A cet égard existe-t-il ainsi une discrimination légale car relative, pondérée à 20 % dans le cas d'espèce, et une discrimination illégale, dans d'autres cas, qu'il appartient au juge de relever dans son appréciation des critères retenus par le pouvoir adjudicateur. On peut alors noter, de manière plus générale, que l'appréciation relative de la discrimination occasionnée par un critère, par sa nature ou par son objet constitue un facteur de risque conséquent afférent au comportement potentiellement discrétionnaire du pouvoir adjudicateur. Le propos n'a pas pour but de regretter ce facteur de risque mais de le mettre en évidence.

Il n'est en effet pas impossible qu'un critère lié à l'objet du marché puisse simultanément constituer un risque d'un comportement discrétionnaire de l'acheteur. Afin de prévenir ce risque, le juge administratif a ainsi justifié, concernant un marché de transport de voyageurs, que « *la limite d'âge de quinze ans pour les véhicules imposée par le département de la Guadeloupe, qui est en rapport avec l'objet du marché, ne peut être regardée comme restreignant la concurrence dès lors que tous les candidats étaient également susceptibles d'y satisfaire* »⁶⁴. Dans un arrêt ultérieur relatif au même marché, le Conseil d'Etat a toutefois jugé que, par principe, « *l'utilisation d'un tel critère se rapportant objectivement aux caractéristiques de confort, de sécurité et d'efficience que le pouvoir adjudicateur était en droit d'attendre des véhicules proposés par les candidats, était manifestement justifié par l'objet du marché* »⁶⁵. Cette fois-ci, la précision selon laquelle « *tous les candidats étaient également susceptibles d'y satisfaire* » a disparu. S'il va de soi qu'un critère demeure contrôlé par le juge au regard des grands principes de la commande publique lorsqu'il est litigieux, cette imprécision, sur le critère de l'âge des véhicules imposé par l'acheteur, ouvre cependant la porte au risque d'un comportement discrétionnaire et contraire à la fois à la liberté d'accès à la commande publique ainsi qu'à l'obligation de mise en concurrence.

Dans une affaire en date de 2018, on observe encore qu'une solution jurisprudentielle peut très bien, de façon ambivalente, réduire le risque comportemental de l'acheteur et engendrer son renouvellement. C'est par exemple le cas en matière de critères sociaux. Le Conseil d'État a eu l'occasion de rappeler que « *des critères à caractère social, relatifs notamment à l'emploi,*

⁶⁴CE, 18 décembre 2012, *Département de la Guadeloupe*, n° 362532, précité.

⁶⁵CE, 17 juillet 2013, *Département de la Guadeloupe*, n° 366864.

aux conditions de travail ou à l'insertion professionnelle des personnes en difficulté, peuvent concerner toutes les activités des entreprises soumissionnaires, pour autant qu'elles concourent à la réalisation des prestations prévues par le marché ». « [C]es dispositions n'ont, en revanche, ni pour objet ni pour effet de permettre l'utilisation d'un critère relatif à la politique générale de l'entreprise en matière sociale, apprécié au regard de l'ensemble de son activité et indistinctement applicable à l'ensemble des marchés de l'acheteur »⁶⁶. En l'espèce, le marché concernait l'impression de documents pour la Communauté urbaine de Nantes. Différentes imprimeries ont alors très logiquement soumis une offre.

On doit à cet instant observer que ce type d'activité met en œuvre des tâches standardisées et organisées dans un but d'optimisation. Les impressions ne sont dès lors que peu susceptibles d'être réalisées dans des conditions différentes de celles qui seraient suivies pour répondre au besoin d'un client privé, ordinaire. Il apparaît donc que les critères propres aux « *conditions de travail* » ou à « *l'insertion de professionnelle des personnes en difficulté* » ne peuvent pas véritablement être liés au marché donné, mais mettent en exergue plus globalement la politique générale ou sociale de l'entreprise. Cette observation semble être appuyée par le fait, qu'eu égard à l'espèce citée, la collectivité requérante a vu ses conclusions rejetées en raison de ce que le critère de « *performance en matière de responsabilité sociale* » a été jugé insuffisamment lié avec l'objet du marché. La même observation semble s'appliquer au demeurant à l'ensemble des entreprises fonctionnant selon un modèle « fordiste ».

A ce titre, le risque réside dans le fait que les critères retenus ne soient pas concrètement adaptés, quant à leur objet, au secteur d'activités concerné. Si les exemples évoqués ici concernent la nature des critères retenus, le renouvellement du risque de comportement discrétionnaire de l'acheteur peut procéder des éléments d'appréciation des critères définis par les documents de la consultation.

2) Le risque inhérent aux éléments de précision des critères

Les critères sont extrêmement manœuvrables non seulement par leur substance, mais aussi par leur pondération. Ainsi, le critère du prix ou de la valeur technique peut être relativisé assez fortement. Si l'objet du marché le requiert, le critère de la valeur technique peut être pondéré de façon rigoureuse, si bien

⁶⁶CE, 25 mai 2018, *Nantes Métropole*, n° 417580.

que le critère du prix ne sera plus qu'accessoire. A cet égard, l'acheteur doit au préalable prendre la mesure du niveau de concurrence dans le secteur d'activités concerné. Par exemple, la Cour administrative d'appel de Nantes a jugé que la détermination d'un coefficient de pondération à 10 % du critère prix et à 90 % du critère de la valeur technique, au titre d'un marché de défense et de sécurité dont l'objet relève d'un domaine fortement concurrentiel, ne permet pas de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse⁶⁷. Cette manoeuvrabilité des critères peut de surcroît entraîner une certaine contradiction entre leur objet et leur contenu véritable.

Récemment, le Conseil d'Etat a jugé que le « *sous-critère relatif au montant des pénalités à infliger en cas de retard dans l'exécution des prestations, qui n'a ni pour objet ni pour effet de différencier les offres au regard du délai d'exécution des travaux, ne permet pas de mesurer la capacité technique des entreprises candidates à respecter des délais d'exécution du marché ni d'évaluer la qualité technique de leur offre* »⁶⁸. Si, intuitivement, on peut comprendre que le montant élevé des pénalités de retard proposées par le soumissionnaire laisse présager qu'il sera enclin à respecter les délais de livraison, le Conseil d'État considère que le montant des pénalités de retard n'a pas force probante quant au respect des délais de livraison. Il refuse d'ailleurs de faire entrer le critère des pénalités dans la décomposition du critère de la valeur technique. On peut ainsi remarquer qu'un tel critère devrait plutôt décomposer le critère du prix. Comme on peut le constater, la manoeuvrabilité des critères n'est pas infinie. Ainsi le risque peut-il se déplacer et porter alors sur les informations ou exigences relatives aux critères et précisées dans les documents de la consultation.

Si le juge a précisé que ces éléments doivent être obligatoirement mentionnés dans les documents de la consultation pour conditionner le caractère complet de l'offre, ce principe connaît des applications à géométrie variable. Le risque est donc renouvelé à cet égard. Pratiquement, il demeure impossible d'attribuer le marché à un soumissionnaire dont l'offre serait incomplète, quand bien même celle-ci respecterait les exigences du Code de la commande publique, à l'exception de ce que l'exigence mentionnée dans les documents de la consultation serait dépourvue d'utilité⁶⁹. Le risque est ici double : le soumissionnaire doit d'abord évaluer, à la lecture desdits documents, ce qui peut apparaître superfétatoire. Il dépend ensuite de l'appréciation que l'acheteur va faire de cette évaluation réalisée par le soumissionnaire. Dans un autre sens, une

⁶⁷CAA Nantes, 29 mars 2019, *Société Eric's Associés et Société Altaris*, n° 17NT01869.

⁶⁸CE, 9 novembre 2018, *Société Savoie Frères*, n° 413533.

⁶⁹CE, 22 mai 2019, *Société Corsica Ferries*, n° 426763.

offre peut ne pas présenter certains éléments permettant d'apprécier un critère, sans pour autant que cette offre soit considérée comme incomplète, et donc irrégulière.

A ce titre, le Conseil d'Etat a jugé que le pouvoir adjudicateur peut attribuer une note de zéro à un critère ou à un sous-critère en l'absence d'informations utiles, mais non nécessaires, permettant de l'apprécier⁷⁰. L'intérêt de cette solution tend à la possibilité de reconnaître le caractère facultatif de certains éléments dans la présentation de l'offre. La notion d'offre complète apparaît alors moins rigide. Néanmoins, la possibilité de noter zéro un critère ou un sous-critère dès lors que certains éléments facultatifs sont absents peut surprendre, par sa sévérité de prime abord. En outre, le Conseil d'Etat a jugé que la présence d'un sous-critère facultatif ne devait pas pénaliser l'auteur d'une offre s'il ne l'intégrait pas à son offre financière⁷¹. On s'étonne ainsi de ce que des informations facultatives puissent pénaliser un soumissionnaire. Cet exemple de notation d'un critère compte tenu de la présence ou de l'absence d'informations utiles offre une transition utile pour montrer le caractère malléable de l'évaluation des offres.

B) La malléabilité de la notation

La notation se révèle très malléable car elle est librement définie par le pouvoir adjudicateur, n'est par principe pas communiquée lors de la consultation et peut être adaptée au cours de l'évaluation. Le risque est ainsi lié tant à la définition (1) qu'à l'application de la méthode de notation (2).

1) Le risque lié à la définition de la méthode de notation

La définition d'une méthode de notation, à l'instar du choix des critères d'attribution du marché, n'est jamais neutre. Et c'est ce que l'on propose à ce stade de montrer. Cette définition suscite ainsi un risque comportemental de l'acheteur, eu égard notamment à la différenciation qu'il est susceptible d'opérer par la suite dans la notation des candidats. Ce type de situation s'est posé par exemple à propos de la note maximale qui consiste en un mode légal de différenciation des candidats⁷². Il s'agissait en l'espèce d'attribuer, pour évaluer le critère technique, la note maximale à la meilleure offre sans tenir compte d'une stricte proportionnalité en la matière. Le principe de

⁷⁰CE, 20 septembre 2019, *Collectivité territoriale de Corse*, n° 421075.

⁷¹V. : *supra*, I), B., 1).

⁷²CE, 15 février 2013, *Société SFR*, n° 363854.

proportionnalité implique pourtant que les notes doivent restituer la mesure de la différence entre les propositions des soumissionnaires sur un critère donné. Très récemment encore, le juge administratif a pu rappeler que la notation devait, par principe, refléter la différence réelle entre les offres, tout en admettant que la notation pouvait ne pas être parfaitement proportionnelle⁷³. Nonobstant, le Conseil d'État a confirmé, dans un important arrêt *Hauts-de-Seine Habitat*, sa jurisprudence quant à la spécificité de la note maximale relative à la différenciation des candidats⁷⁴. Il a en outre précisé que le pouvoir adjudicateur s'avère libre d'établir cette méthode « différenciante » au regard d'un critère seulement, « *la seule circonstance que les méthodes de notation mises en œuvre par l'acheteur soient susceptibles d'aboutir à une différenciation plus grande des candidats sur certains seulement des critères de jugement des offres ne saurait être regardée comme privant ceux-ci de leur portée ou comme neutralisant leur pondération* ». Il s'agit là d'une position précisément circonstancielle ; la privation de la portée des critères ou bien la neutralisation de leur pondération aurait par principe conduit à la censure de la méthode de notation litigieuse⁷⁵. La pratique de la note maximale n'est donc pas dénuée de tout encadrement, alors qu'elle comporte un risque certain de comportement discrétionnaire de l'acheteur. La reconnaissance de la note éliminatoire pose une difficulté de même nature.

Par son objet, la note éliminatoire consiste en un mode dérogatoire d'évaluation des offres, en ce qu'elle écarte précisément le principe de proportionnalité quant à l'évaluation générale de l'offre. Elle n'opère pas simplement une différenciation entre les candidats mais une véritable discrimination, conforme au droit de l'Union européenne⁷⁶. Le risque de la note éliminatoire procède alors du seuil de points fixé par le pouvoir adjudicateur et en deçà duquel le soumissionnaire est évincé de la procédure de passation. Un seuil élevé au regard d'un critère ou sous-critère pourrait, d'une part, neutraliser la pondération d'ensemble des critères et, d'autre part, entraîner l'attribution du marché en fonction de ce seul critère ou sous-critère. À titre de rappel, la jurisprudence *Commune de Belleville-sur-Loire* pose en effet le principe qu'une méthode de notation est entachée d'irrégularité si elle conduit à priver les

⁷³CAA Douai, 3 juillet 2019, *Société Voyages Dumont*, n° 17DA00090.

⁷⁴CE, 25 mai 2018, *OPH Hauts-de-Seine Habitat*, n° 417428.

⁷⁵Pour un exemple, v. CAA Paris, 8 février 2016, *Société RJ 45 Technologies*, n° 15PA02953. Une méthode conduisant à attribuer la note maximale à l'offre la moins chère et une note nulle à l'offre la plus chère, sans considération de l'écart de prix entre les offres, ne peut être valablement retenue.

⁷⁶CJUE, 20 septembre 2018, *Montte SL c/ Musikene*, Aff. C-546/16. Au contraire, les notes négatives, qui n'ont pas pour objectif d'évincer un soumissionnaire, ont été jugées comme méconnaissant le principe de mise en concurrence en raison de ce qu'elles sont susceptibles de fausser la pondération des critères. V. *Supra*, I), B., 1).

critères de leur portée ou à neutraliser leur pondération ⁷⁷. A défaut d'information de la possibilité de se voir attribuer une note éliminatoire dans les documents de la consultation, le soumissionnaire éliminé ne prend connaissance de sa situation qu'à la suite de l'examen des offres. Il apparaît très vraisemblable que la connaissance de cette modalité de notation est susceptible d'influencer la présentation de l'offre. C'est pourquoi le juge européen a rendu obligatoire la mention de l'attribution possible d'une note éliminatoire dans les documents de la consultation ⁷⁸, sans quoi ce type de note aurait pu constituer une source conséquente de contentieux en droit de la commande publique. Le risque en matière de note éliminatoire se concentre ainsi dans le seuil de points fixé par le pouvoir adjudicateur.

Enfin, la notation relève de la responsabilité de ce dernier, qui ne peut y renoncer. Dernièrement, le Conseil d'Etat a jugé que les soumissionnaires ne pouvaient pas procéder par eux-mêmes à l'évaluation de leur offre ⁷⁹. L'espèce concernant un marché de transport de voyageurs, le soumissionnaire devait notamment s'évaluer de lui-même concernant « *la propreté du véhicule, l'ambiance générale au sein du véhicule, la ponctualité, la conduite respectueuse du code de la route ou la qualité de l'accueil à bord du véhicule* ». A cet égard, le juge administratif a considéré que ce type d'éléments ne pouvait donner lieu à une évaluation au stade de l'examen des offres. La circonstance selon laquelle la note auto-attribuée par le soumissionnaire devait servir de référence à un contrôle de qualité ultérieur, à la suite duquel des pénalités pouvaient être infligées, a été jugée inopérante. Par ailleurs, cette affaire signale peut-être l'excès de mathématisation qu'il est possible de constater dans l'évaluation de certaines offres. Il s'agit là d'un risque bien réel puisqu'il est en effet délicat d'attribuer une note chiffrée aux engagements pris ou aux déclarations d'intention émises par le soumissionnaire dans le cadre de l'exécution du marché. Si l'adoption de formules mathématiques permet d'objectiver le classement des candidats, des appréciations littérales sont aussi généralement utilisées ⁸⁰, indépendamment du montant du marché concerné. La difficulté réside alors dans la combinaison de la notation chiffrée et de la prise en compte d'une évaluation au moyen d'une appréciation littérale.

⁷⁷V. *Supra*, I), B., 2).

⁷⁸CJUE, 20 septembre 2018, *Montte SL c/ Musikene*, précité.

⁷⁹CE, 22 novembre 2019, *Société Autocars Faure*, n° 418460.

⁸⁰V. : à nouveau CJUE, 20 septembre 2018, *Montte SL c/ Musikene*, préc., § 12. Les critères étaient appréciés en l'espèce selon les mentions « *très bon* », « *satisfaisant* », « *faible* ». Le marché concernait dépassait le million d'euros. V. aussi, pour une évaluation non mathématique, CE, 8 avril 2019, *Commune de Cannes*, n° 425373, préc.

2) Le risque lié à l'application de la méthode

S'il est difficile, comme on vient de le constater, de combiner notation chiffrée et appréciation littérale dans une méthode d'évaluation, c'est aussi parce qu'à partir d'une appréciation semblable peut néanmoins résulter une notation chiffrée non identique. Est sujet au risque ici le principe d'égalité de traitement des candidats à l'attribution du marché. En effet, le Conseil d'Etat a considéré que, concernant un sous-critère, une appréciation littérale identique alors que les notes chiffrées attribuées sont différentes n'établit pas en soi que la méthode de notation serait irrégulière⁸¹. Cette différence de notation chiffrée montre en réalité le caractère plus précis que la mathématisation recèle, en comparaison de l'évaluation par appréciation. En réalité, la mathématisation de la notation peut parfois autoriser à distinguer là où l'évaluation littérale, seule, l'interdirait. C'est, au demeurant, la raison pour laquelle l'action du juge est essentielle afin de guider le pouvoir adjudicateur au sein du vaste champ des possibilités de définition d'une méthode de notation, dont le but ultime est de permettre l'attribution du marché à l'offre économiquement la plus avantageuse⁸². Dans le contentieux relatif à l'application de la méthode de notation, il appartient d'ailleurs au soumissionnaire requérant d'apporter du grain à moudre quant aux éventuels manquements préjudiciables du pouvoir adjudicateur, quand bien même d'une appréciation littérale similaire s'en est suivie une notation chiffrée différente⁸³.

Le fait qu'il appartienne au concurrent évincé de montrer en quoi il a été lésé, dans le cas d'appréciations littérales similaires donnant lieu à des notes différentes, peut surprendre. On ne voit pas, en effet, de quelle manière le requérant pourrait arguer et étayer en fait la lésion alléguée. Cette situation est d'autant plus évidente lorsque le secret des affaires s'oppose à la communication d'éléments des offres des concurrents du candidat évincé et requérant⁸⁴. Il s'agit plutôt du devoir du juge, d'une part, d'user de ses pouvoirs d'instruction afin de déterminer si cette lésion est vraisemblable et, d'autre part, de demander au pouvoir adjudicateur de se justifier quant à la concomitance d'une appréciation littérale identique et d'une note chiffrée dissemblable. Dans le cas contraire, le principe de transparence des procédures semble en souffrir. En vertu de la théorie des apparences également, il importe que le

⁸¹CE, 22 janvier 2018, *Commune de Vitry-le-François*, n° 414860.

⁸²Il ne saurait sans doute y avoir de « *vérité mathématique* » dans l'attribution d'un marché. V. *mutatis mutandis*, quant à l'absence d'une telle vérité à l'égard de l'allotissement éventuel d'un marché, CE, 26 juin 2015, *Ville de Paris*, n° 389682.

⁸³CAA Marseille, 11 février 2019, *Société Groupe Alter-Services*, n° 18MA01864.

⁸⁴*Ibidem*.

soumissionnaire comprenne les motifs du rejet de son offre au stade normal de la procédure et, au plus haut point, au stade de la procédure contentieuse. D'autres exemples permettent encore de montrer de quelle façon l'application d'une méthode de notation est sinieuse et renouvelle le risque eu égard au principe d'égalité de traitement des candidats.

Pour citer un premier exemple, le Conseil d'Etat a jugé que « *la circonstance que le candidat évincé a rempli toutes les lignes d'un barème technique tout en n'obtenant pas une note plus élevée que celle du candidat attributaire ne saurait révéler, par elle-même, que la méthode de notation, consistant à multiplier par deux le prix de l'offre la plus élevée pour chaque ligne non complétée, du critère prix n'aurait pas été appliquée.*⁸⁵ » Cela signifie concrètement que le prix global proposé par l'attributaire de l'offre demeurerait inférieur à celui du concurrent évincé malgré l'application du « malus » prévu par ligne non remplie. Il vaut donc mieux, pour le soumissionnaire, s'attacher à fixer les prix les plus bas possibles quant aux prestations sur lesquelles il sait être compétitif plutôt que de fixer des prix sur chaque type de prestation figurant dans le marché, quitte à être sanctionné par un malus ensuite. En admettant même que la méthode de notation du critère prix n'aurait pas été appliquée, la formulation du Conseil d'Etat implique également que le requérant doit soulever des arguments de fait ou de droit à l'appui de son moyen en contestation de l'application de la méthode de notation. On constate ainsi à nouveau la difficulté peu surmontable pour le requérant de montrer en quoi la méthode de notation n'a pas été correctement appliquée. Le degré de précision de l'annexe financière jointe à la notification du rejet de l'offre peut jouer à cet égard. La difficulté de contester la notation est d'autant plus éclairée si l'on tient compte de la possibilité que le pouvoir adjudicateur a de noter un second sous-critère en fonction de l'évaluation d'un premier⁸⁶. La Cour administrative d'appel de Lyon a considéré à ce titre, « *lorsque des sous-critères de la valeur technique sont pourvus de lien entre eux, [que] la prise en compte de l'évaluation du premier sous-critère pour évaluer le second ne vicie pas la méthode de notation* ». Au vu de ce qui précède, on peut effectivement affirmer que la malléabilité de la notation constitue un risque important de lésion des candidats.

Afin de formuler l'offre la plus compétitive, les soumissionnaires doivent tenir compte du fonctionnement de l'autorité d'attribution du marché, l'internaliser. L'expérience des relations contractuelles avec les autorités d'adjudication et la connaissance de la jurisprudence administrative y semblent favorables. Si le

⁸⁵CE, 12 juin 2019, *Société Prezioso Linjebygg*, n° 427397.

⁸⁶CAA Lyon, 20 juin 2019, *Société CCE*, n° 17LY01394.

risque se réduit par certains aspects, il s'étend aussi en même temps qu'il se renouvelle. En effet, le contentieux s'est peu à peu développé en ce qui concerne la notation concrète des offres, alors qu'il pouvait auparavant se concentrer sur le contenu des documents de la consultation, l'objet des critères voire leur pondération. On observe alors une mathématisation du contentieux de l'attribution des marchés publics. Cette tendance comporte en soi un risque nouveau et ambivalent. D'une part, le juge administratif est ainsi sujet à porter une appréciation davantage mathématique que juridique de l'offre. D'autre part, la juridiction peut être menée à se substituer à l'autorité d'attribution en procédant une nouvelle fois aux calculs. On peut à cette occasion s'interroger sur le point de savoir si la précision, la rigueur de la mathématisation permet dans tous les cas de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse. Ainsi semble-t-on, à titre plus général, s'éloigner des termes de la loi, qui prévoit que les critères ne doivent pas avoir « *pour effet de conférer une liberté de choix illimitée* »⁸⁷. *A contrario*, cette liberté doit être assurée. On peut alors encore se demander si le contrôle approfondi de la décomposition et de l'évaluation, ne s'éloigne pas également du sens de la loi, en remettant en cause la liberté contractuelle et la libre administration des collectivités territoriales, principaux pouvoirs adjudicateurs en nombre.

⁸⁷CCP, art. L2152-8.

PARTIE II
DOSSIER : RISQUE ET INTERNET

Les contributions du présent dossier sont issues de la demi-journée d'étude dédiée au même thème qui s'est déroulée le 2 mars 2020 à l'Université de Haute-Alsace, dans le cadre de la série des « Rendez-vous du Risque » dirigée par Dariusz Piatek et Julie Mattiussi.

Risque, internet et droit du travail

Yann LEROY

Agrégé des facultés de droit,

Professeur de droit privé à l'Université de Haute-Alsace, CERDACC (UR 3992)

Internet a incontestablement changé nos vies, nos sociétés. En bien, mais aussi en mal. L'inventeur du web, Tim Berners-Lee, avoue ne plus reconnaître sa créature, affirmant que « *le web a échoué à servir l'humanité comme il aurait dû le faire* ». Internet est, en effet, facteur de dangers, de risques¹.

Le monde du travail ne pouvait rester à l'abri de ce raz-de-marée numérique. Internet l'a donc, d'évidence, également impacté. Nous voudrions, dans les quelques lignes qui suivent, nous attarder sur les risques qu'internet pose en droit du travail, c'est-à-dire sur les risques que ce qu'on appelle les TIC – les technologies de l'information et de la communication – sont susceptibles de provoquer à l'égard des salariés ou des employeurs².

Ces risques sont multiples. Pour l'employeur, le risque principal est celui de fuite de données par les voies électroniques, le risque d'atteinte à la sécurité ou à la fluidité de son réseau informatique. Ainsi, dans une affaire ayant donné lieu à un arrêt de la cour d'appel de Paris le 26 juin dernier, un employeur reprochait à un de ses salariés de télécharger des films depuis son poste professionnel dans la mesure où cela monopolisait toute la bande passante du réseau de l'entreprise. Comme le salarié avait persévéré à télécharger malgré plusieurs rappels de la direction, il a pu valablement être licencié pour faute, la faute grave ayant toutefois été écartée en l'espèce. S'il existait bien, dans cette affaire, un risque pour la fluidité du réseau, ce que l'employeur reprochait, en réalité, à son salarié, c'est de surfer sur internet à des fins personnelles au lieu de travailler ! Et c'est effectivement ce que peut craindre un employeur. Si le salarié a accès à internet, il peut être tenté de consulter des sites personnels, d'envoyer des mails ou de regarder ces comptes *Facebook, Twitter, Instagram...* Et même si cela ne représente que dix minutes par jour, sur une année, cela donne trente-cinq heures, c'est-à-dire une semaine de travail ! En creux, c'est le contrôle de l'activité du salarié qui est en question (I).

Réciproquement, le salarié – mais aussi le candidat à un emploi – peut légitimement craindre que l'employeur utilise les potentialités qu'offrent ces technologies pour s'immiscer dans sa vie privée, se servir des traces – qui ne sont

¹Il faut donc féliciter les organisateurs du colloque dont est tiré cet article pour le choix du thème.

²Le style oral de la communication a été largement conservé.

pas toujours très glorieuses – que le salarié peut laisser sur le net afin de justifier un licenciement. La distinction *a priori* aisée entre vie privée et vie professionnelle l'est, en effet, beaucoup moins au temps d'Internet. Avant, on travaillait surtout sur son lieu de travail et pendant ses heures de travail. Aujourd'hui, on peut travailler n'importe où – et donc même de chez soi – et n'importe quand, le soir, le week-end... Et réciproquement, on peut ne pas travailler à son poste et surfer parfois des heures durant sur des sites personnels. Pour le dire autrement, Internet brouille de façon importante l'opposition entre vie privée et vie professionnelle (II).

Ce brouillage nous amène à un dernier risque que les TIC peuvent causer au salarié. Un risque pour sa santé ou pour sa sécurité en réalité lié à l'hyperconnexion induite par ces technologies. Pour certains salariés, le travail ne cesse jamais véritablement : ils regardent sans arrêt leurs mails, les messages des clients sur les réseaux sociaux, etc. Ils n'ont plus de « vrai » repos. Or, comme l'a fort justement indiqué la directive n° 93/104, chaque travailleur doit bénéficier de périodes de repos adéquates qui doivent non seulement être effectives, en permettant aux personnes concernées de récupérer la fatigue engendrée par le travail, mais également revêtir un caractère préventif de nature à réduire autant que possible le risque d'altération de la santé que l'accumulation de périodes de travail sans le repos nécessaire est susceptible de présenter (III).

I) Risque, internet et contrôle de l'activité du salarié

L'utilisation, par le salarié, de la connexion internet mise à sa disposition par l'entreprise à des fins personnelles renvoie à la question assez classique de l'utilisation, par le salarié et pour son propre compte, du matériel appartenant à l'entreprise. On parle ici du salarié qui se connecte à Internet pour faire son *shopping*, réserver ses prochaines vacances, regarder un match de Roland Garros ou de la coupe du monde de foot, mais c'est la même idée lorsque le salarié passe un appel téléphonique à des fins personnelles depuis le téléphone de l'entreprise, utilise la voiture de service pour aller faire des courses, etc.

Evidemment dans toutes ces situations, on comprend que cela ne plaise pas trop à l'employeur. Le salarié, pendant qu'il se connecte à Internet à des fins privées, par hypothèse, ne travaille pas³. Il semble donc légitime ou, pour le dire en utilisant les termes de la Cour européenne des droits de l'Homme dans un arrêt

³J. COLONNA et V. RENAUX-PERSONNIC, « Twitter au travail... oui, mais avec modération », *Gaz. pal.* 2016, n° 22, p. 77.

du 12 janvier 2016, il ne semble pas abusif qu'un employeur souhaite vérifier que ses salariés accomplissent leurs tâches professionnelles pendant les heures de travail. Dans cette affaire, il s'agissait d'un ingénieur des ventes roumain licencié pour avoir utilisé, pendant ses heures de travail, *Yahoo messenger*.

Que l'employeur souhaite vérifier que ses salariés accomplissent leurs tâches professionnelles pendant les heures de travail, on le comprend parfaitement. Mais qu'il puisse interdire, dans le règlement intérieur ou dans une charte quelconque, l'utilisation de l'ordinateur professionnel à des fins personnelles, qu'il puisse surveiller les communications en ligne de ses salariés puis les utiliser pour justifier son licenciement disciplinaire prête davantage à discussion.

Dans l'affaire de notre ingénieur roumain, celui-ci, mécontent de la décision rendue par la formation de chambre, a saisi la Grande Chambre de la CEDH qui, par une décision du 5 septembre 2017 se substituant à celle de 2016, a statué en sens inverse, ce qui est relativement rare⁴. La Grande Chambre juge qu'il y a violation de l'article 8 qui proclame le droit de toute personne au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. Autrement dit, les communications personnelles sur le lieu de travail relèvent de la protection de la vie privée et des correspondances. Et de préciser que ce type de messagerie instantanée sur internet n'est autre qu'une forme de communications faisant partie de l'exercice d'une vie privée sociale. Par conséquent, la Cour prohibe toute interdiction générale dans le règlement intérieur : les instructions d'un employeur ne pouvant réduire à néant l'exercice de cette vie privée sociale sur le lieu de travail.

Alors, cela ne signifie pas pour autant que l'employeur ne peut pas surveiller ses salariés et licencier celui qui utiliserait internet à des fins personnelles depuis son poste de travail. Non, mais il faut que les Etats veillent à ce que les employeurs, qui surveillent les communications de leurs salariés, prennent des mesures s'accompagnant de garanties adéquates et suffisantes. La CEDH liste ainsi plusieurs critères permettant d'apprécier la légalité d'un tel système de surveillance et notamment : information du salarié préalable et claire quant à la nature du système de surveillance des communications, étendue de la surveillance opérée et degré d'intrusion dans la vie privée (on peut surveiller le flux des communications sans pour autant surveiller leur contenu), motifs

⁴B. DABOSVILLE, « Communication personnelle en entreprise et surveillance patronale : new deal ou statu quo ? CEDH 5 sept. 2017 et CEDH 22 févr. 2018 », *Droit social* 2018. 455 ; A. BUGADA, « Messagerie électronique produite dans la procédure de licenciement : leçon de proportionnalité sur le respect de la vie privée », *Procédures* 2017, n° 10, p. 17.

légitimes justifiant la surveillance, possibilité de mettre en place un système moins intrusif.

Le droit français est-il en conformité avec ces exigences ? Il semble que oui puisque notre droit exige une information préalable du salarié lors de la mise en place d'un système de surveillance individuelle de l'activité des salariés, une information/consultation du CSE ainsi qu'une déclaration auprès de la CNIL.

S'agissant de l'atteinte à la vie privée et au secret des correspondances qui résulte du contrôle que l'employeur peut exercer sur les mails du salarié, elle semble répondre aux exigences de justification et de proportionnalité. En effet, si l'employeur peut, en principe, accéder au contenu de la messagerie professionnelle du salarié, les mails étant présumés professionnels – ce qui n'est pas choquant en soi et justifié par le bon fonctionnement de l'entreprise car il faut que l'on puisse répondre au client si le salarié destinataire est absent – il ne peut, en revanche, consulter les messages qui sont expressément indiqués comme étant privés. La solution apparaît donc équilibrée, proportionnée : elle évite que l'employeur ne viole le droit du salarié au respect de sa vie privée, puisqu'il ne peut pas prendre connaissance du contenu des messages privés, tout en lui laissant la possibilité de contrôler le nombre d'envois de mails personnels ou le volume de leurs pièces jointes et éventuellement de constater un abus dans l'utilisation de la messagerie.

La solution est, au départ, similaire en ce qui concerne le contrôle des connexions Internet. La Cour de cassation pose en effet que les connexions établies par un salarié sur des sites Internet pendant son temps de travail grâce à l'outil informatique mis à sa disposition par son employeur pour l'exécution de son travail sont présumées avoir un caractère professionnel, de sorte que l'employeur peut les rechercher aux fins de les identifier, même si le salarié n'est pas présent. La différence, par rapport aux mails, c'est que le salarié ne peut pas identifier ses connexions comme étant privées. Le droit au secret des correspondances n'est pas mobilisable ici puisqu'il n'y a tout simplement pas de correspondance.

Mais la logique est la même, car ce que peut faire l'employeur, c'est sanctionner les longs surfs sur des sites personnels, c'est sanctionner – on l'a vu précédemment – les atteintes à la fluidité de son réseau informatique, c'est sanctionner la propagation de virus, nul besoin pour cela d'aller plus loin et d'examiner le contenu précis des sites consultés. Ainsi, si le salarié se connecte sur des sites personnels durant plus de 40 heures sur un même mois ou s'il

consulte près de 10 000 sites extraprofessionnels en un mois, son comportement rend impossible son maintien dans l'entreprise et est constitutif d'une faute grave. Et ce d'autant plus lorsque le salarié ne se contente pas de surfer, mais envoie les vidéos ou photos à ces collègues pendant son temps de travail. Ce qui amène l'employeur à lui adresser une lettre de licenciement motivée ainsi : non seulement vous ne travaillez pas pendant vos heures de travail, mais vous vous évertuez à distraire vos collègues. Inutile, pour l'employeur, de se placer sur le terrain de la morale en s'estimant choqué par la consultation de sites pornographiques, d'autant plus que cela ne choque plus vraiment grand monde aujourd'hui. Il lui suffit de viser l'inexécution, par le salarié, de son contrat de travail et, ce faisant, il ne porte aucune atteinte à la vie privée de celui-ci. Ajoutons d'ailleurs que constitue le délit d'abus de confiance, l'utilisation par des salariés de leur temps de travail à des fins autres que celles pour lesquelles ils perçoivent une rémunération⁵...

Dernière précision rapide sur cette question de l'utilisation, par le salarié, du matériel informatique de l'entreprise à des fins privées et qui va nous ramener à la messagerie électronique. Que peut faire un employeur qui soupçonne un de ses salariés de transmettre *via* un mail titré « privé », des informations confidentielles à la concurrence ? Puisque le message est privé (en apparence tout du moins), il ne peut en prendre connaissance. Mais afin que la loyauté probatoire ne se traduise par l'impunité du fautif, la jurisprudence autorise le recours au juge des requêtes : le respect de la vie personnelle du salarié ne constitue pas, en lui-même, un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du nouveau Code de procédure civile, qui permet au juge d'ordonner des mesures d'instruction lorsqu'il constate que celles-ci procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les sollicite. L'employeur peut même, dans un cas bien précis, se passer de l'autorisation du juge et ouvrir lui-même les messages pourtant identifiés comme personnels. Mais il faut alors qu'il justifie d'un risque ou événement particulier, bref de circonstances extrêmement exceptionnelles (le seul exemple jurisprudentiel est le cas de menace d'attentat terroriste).

II) Risque, internet et liberté d'expression

Venons-en, à présent, à la question de la liberté d'expression du salarié, principalement sur les réseaux sociaux type Facebook, Twitter... Internet et ces réseaux sociaux en particulier libèrent la parole (ou plutôt l'écrit). Cela peut avoir des effets très positifs lorsqu'il s'agit de dénoncer des faits délictueux (l'actualité

⁵ C. pén., art. 314-1.

nous en fournit de nombreuses illustrations en ce moment), mais cette facilité d'expression peut aussi se révéler dangereuse car liberté d'expression ne signifie pas être libre de dire tout et n'importe quoi ou n'importe comment. Et l'on sait que *Facebook* a pu être un véritable exutoire professionnel pour les salariés.

Alors, certes, si le salarié, une fois rentré chez lui, tient des propos sur sa page Facebook qui déplaisent à son employeur, celui-ci ne peut pas *a priori* se placer sur le terrain disciplinaire. Pourquoi ? Parce que des faits tirés de la vie privée du salarié ne peuvent pas constituer une faute. Le salarié n'étant plus subordonné à son employeur en dehors du temps et du lieu de travail, les actes de sa vie privée, c'est-à-dire ici ses frasques sur internet, ne constituent pas en principe une faute. Le licenciement disciplinaire est une option à proscrire pour l'employeur.

Ce qui ne veut pas dire que ce dernier est totalement démuni face aux propos que ses salariés peuvent tenir sur Internet. En effet, un licenciement non disciplinaire reste possible si ces faits tirés de la vie privée du salarié ont causé un trouble objectif caractérisé dans l'entreprise. Donc, si les propos tenus par le salarié sur internet ont provoqué un *bad buzz* sur les réseaux sociaux ou une montagne de mails de protestation, le trouble objectif pourra être caractérisé et le licenciement du salarié justifié. Parce que c'est vrai que les dérapages d'un salarié sur *Facebook*, par exemple, peuvent provoquer des dégâts bien plus importants que les mêmes propos tenus au café du coin. Des 5 ou 6 personnes assis à la table voisine et qui pouvaient entendre les propos en question, on passe avec internet aux 200 amis *Facebook* et potentiellement aux 40 000 amis d'amis ... Or, on comprend bien, dans notre société de la communication, de la réputation, que toute atteinte à l'image de marque de l'entreprise soit très mal ressentie. Mais, répétons-le, ce sera un licenciement non disciplinaire avec donc le droit, pour le salarié licencié, au préavis et à l'indemnité de licenciement, et par conséquent un coût pour l'employeur qui n'existe pas en cas de licenciement pour faute grave.

La solution sera différente si le comportement du salarié est contraire aux obligations inhérentes au contrat de travail. Autrement dit, en cas d'abus par le salarié de la liberté d'expression dont il jouit en tant que citoyen, la faute peut être retenue. Ainsi, un directeur financier qui se répand sur internet en évoquant de futurs résultats calamiteux manque à son obligation de confidentialité.

Mais c'est surtout le manquement à l'obligation de loyauté qui peut être invoqué par l'employeur. Exemple : le salarié d'un supermarché a été licencié pour faute grave suite à des propos postés à chaud sur le site *Facebook* d'un journal

régional. Qu'avait-il écrit ? « *Aller travailler le dimanche bande de charlot, c'est pas vous qui vous levez et qui n'avez pas de vie de famille, nous faites pas chier à venir le dimanche !* » (sic). Faute grave validée par les juges du fond au motif que le salarié s'est adressé directement aux clients du supermarché ou à des clients potentiels en les traitant de bande de charlots. Terme excessif selon les juges qui ont non seulement nui à l'image de la société mais l'ont exposée à des conséquences économiques dans la mesure où le groupe Facebook du journal compte plus de 100 000 abonnés. Résultat : la faute grave est caractérisée, l'abus par le salarié de sa liberté d'expression constituant une violation de son obligation de loyauté rendant impossible son maintien dans l'entreprise⁶.

A l'inverse, le licenciement pour faute grave d'un salarié qui poste un billet sur un site, s'étonnant qu'un de ses collègues ait été sanctionné pour avoir soi-disant mal répondu à son chef d'équipe et avoir osé revendiquer l'application du Code du travail, a été rejeté au motif que le fait pour un salarié de s'interroger, par la voie d'un site internet revêtant un caractère quasiment confidentiel, sur la sanction frappant un de ses collègues sans que les propos ne soient injurieux ou vexatoires, n'excède pas les limites de la liberté d'expression.

On voit donc que ce qui compte, c'est la teneur des propos (injurieux, vexatoires, dénigrants, diffamatoires...), mais c'est aussi et peut-être surtout l'audience que peuvent avoir les propos. Si les propos sont considérés comme publics, ils vont pouvoir être invoqués à l'appui d'un licenciement pour faute dès lors qu'ils seront abusifs. Mais si les propos sont considérés comme relevant d'une conversation privée, ils ne pourront pas l'être. C'est ce que nous enseigne l'arrêt rendu le 12 septembre 2018 par la chambre sociale de la Cour de cassation⁷. Une salariée, vendeuse, a été licenciée pour faute grave en raison de publications sur Facebook. Elle a en fait adhéré à un groupe fermé intitulé « *extermination des directrices chieuses* » et y a écrit : « *éliminons nos patrons et surtout nos patronnes mal baisées qui nous pourrissent la vie ! Sarko devrait voter une loi pour exterminer les directrices chieuses comme la mienne* ». Suivant ce qu'avait décidé dès 2013 la Première chambre civile⁸, statuant, dans la même affaire, en matière de délits de presse, la chambre sociale retient que les propos litigieux n'ont été accessibles qu'à des personnes agréées par la salariée et peu nombreuses (groupe fermé de 14 personnes), de sorte qu'ils relevaient d'une

⁶V. aussi : J.-E. RAY, « Des "licenciements Facebook" à la sanction d'un "Like" ? », *Sem. soc. Lamy* 2018, n° 1830, p. 10.

⁷Cass. soc. 12 sept. 2018, n° 16-11690 : FS-P+B ; R. DALMASSO, « Insultes du salarié sur Facebook : dits et non-dits sur la médisance paramétrée », *Rev. droit du travail* 2019. 44 ; S. MAYOUX, « L'éclairage décevant de la Cour de cassation sur le caractère privé des propos tenus par un salarié sur Facebook », *Gaz. pal.* 2018, n° 37, p. 24.

⁸Cass. 1^{re} civ. 10 avr. 2013, n° 11-19-530 : FS-P+B+I.

conversation de nature privée et ne caractérisaient donc pas une faute grave. Ce qui signifie que la majorité des comptes *Facebook* est publique car ils sont rarement limités à aussi peu de personnes...

On ne saurait donc que trop conseiller aux salariés d'être prudents dans leur expression sur les réseaux sociaux et à bien paramétrer leur compte (groupe fermé plutôt qu'ouvert). Mais cela ne suffit pas, il faut aussi, d'une part, contrôler le nombre des soi-disant « amis » ayant accès à leurs posts. Autrement dit, un salarié peut médire sur internet sur son employeur, mais uniquement devant un public réduit. Le problème étant de savoir à partir de combien de participants la conversation devient publique. La question relève du pouvoir d'appréciation des juges du fond. Il faut, d'autre part, être vigilant sur ceux que l'on accepte en tant qu'ami. Car un ami peu fiable pourrait bien transmettre la capture d'écran comportant les propos peu aimables envers l'entreprise à l'employeur... Et dans ce cas, celui-ci pourra parfaitement s'en servir, sauf s'il a lui-même monté un stratagème consistant par exemple à demander à un autre salarié ou à la jeune stagiaire de faire ami pour avoir accès aux propos litigieux, la preuve étant dans cette dernière hypothèse déloyale. N'oublions pas que si les paroles au café du coin s'envolent, les écrits sur le net restent...

III) Risque, internet et santé

L'hyperconnexion induite par ces technologies est potentiellement dangereuse, dès lors que, pour certains salariés, le travail ne cesse véritablement jamais. Pour tenter de remédier à ce problème, la loi El Khomri du 8 août 2016⁹ a fait du droit à la déconnexion un thème de négociation obligatoire dans l'entreprise. La négociation annuelle sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la qualité de vie au travail doit, en effet, désormais porter également sur les modalités du plein exercice par le salarié de son droit à la déconnexion et la mise en place par l'entreprise de dispositifs de régulation de l'utilisation des outils numériques, en vue d'assurer le respect des temps de repos et de congé ainsi que de la vie personnelle et familiale. Et, à défaut d'accord, il revient à l'employeur d'élaborer une charte, après avis du comité social et économique, définissant les modalités de l'exercice de ce droit à la déconnexion et prévoyant, en outre, la mise en œuvre, à destination des salariés et du personnel d'encadrement et de direction, d'actions de formation et de sensibilisation à un usage raisonnable des outils numériques. La difficulté en la matière, c'est que les nouvelles générations (il n'y a qu'à regarder nos chers étudiants), mais parfois aussi les générations plus anciennes, ne se connectent plus ; elles sont

⁹ Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, *JORF* n° 0184 du 9 août 2016.

connectées en permanence ! Et ce sera pire demain (mieux, diront certains) avec l'Internet des objets puisque nous ne pourrons plus jamais être déconnectés !

Qu'est-ce que le droit à la déconnexion ? C'est le droit pour le salarié de ne pas être joignable en dehors de son temps de travail. Autrement dit, il s'agit de réguler l'utilisation des outils numériques en vue d'assurer le respect des temps de repos et de congé, ainsi que le respect de la vie personnelle et familiale. Le problème est de savoir comment faire. Faut-il couper les serveurs le soir et le week-end ? Cela ne ferait que déplacer le problème au lendemain matin ou au lundi suivant car la déconnexion technique ne signifie pas la déconnexion intellectuelle et n'empêche pas le salarié de s'avancer ou de rattraper son retard. Et puis il n'est pas possible de couper les réseaux sociaux. Or, des collègues, des clients sont parfois devenus des amis au sens de Facebook ou des membres du réseau LinkedIn... Les solutions pour parvenir à une véritable déconnexion ne sont pas aisées à trouver. Pourtant, à l'heure où le télétravail se démocratise, il est urgent de s'y pencher...

On le voit, les problèmes que peut soulever Internet dans les relations de travail sont nombreux. Et c'est encore sans compter sur les questions relatives à la protection des données personnelles, lesquelles mériteraient d'y consacrer un autre article¹⁰...

¹⁰S. RIOCHE, « RGPD et relations de travail : de l'importance d'être conforme », *Gaz. pal.* 2019, n° 20, p. 54 ; A. MOLE, « Les nouvelles obligations sous l'égide du RGPD », *Sem. soc. Lamy* 2018, n° 1840, p. 3.

La protection du consommateur dans les contrats conclus sur internet

Philippe SCHULTZ

**Maître de conférences en droit privé
Université de Haute-Alsace, CERDACC (UR 3992)**

Statistiques. Le commerce électronique ou e-commerce est défini comme l'activité économique par laquelle une personne propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services¹. Il connaît une progression non négligeable. Selon étude présentée le 5 février 2020 par la FEVAD² au Ministère de l'Économie et des Finances, qui dresse le bilan des ventes sur internet au cours de l'année 2019, le total des ventes sur internet s'est élevé à 103,4 milliards d'euros, soit une progression du chiffre d'affaires de 11,6 % par rapport à 2018. En 10 ans, le commerce en ligne a été multiplié par quatre. Il représente environ 10 % du commerce de détail, soit une progression de sept points par rapport à l'année 2010³.

Cette progression peut certainement s'expliquer par la rationalité économique du consommateur. Celui-ci peut en quelques clics comparer le prix proposé pour un bien interchangeable sur différents sites marchands. Cette évolution témoigne aussi d'une confiance du consommateur dans les contrats conclus sur internet.

Risques. Pareille confiance est-elle justifiée ? Le contrat conclu sur internet constitue la forme la plus aboutie du contrat à distance. Outre la traditionnelle question du moment et du lieu de conclusion du contrat, déjà soulevée du temps de la vente par correspondance sur catalogue, le contrat à distance soulève un risque quant à l'information du destinataire d'une offre. Lorsque celle-ci est faite de manière dématérialisée sur internet, ce risque est accru. Ainsi, dans une vente de chose corporelle, l'acheteur en magasin peut étudier personnellement la chose achetée, alors que l'acheteur en ligne doit se contenter d'une description faite par le vendeur sans voir concrètement l'objet de son achat. La déception peut être grande au moment de la réception de son achat⁴.

¹Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, art. 14.

²Fédération e-commerce et vente à distance.

³FEVAD, *Bilan du e-commerce en France 2019 : le e-commerce franchit le cap des 100 milliards d'euros en 2019*, communiqué de presse concernant une étude présentée par la FEVAD le 5 février 2020 au Ministère de l'Économie et des Finances (consulté le 2 mars 2020).

⁴J. JULIEN, *Droit de la consommation*, LGDJ, Précis Domat, Droit privé, 3^e éd., 2019, n° 158.

Pour les prestations de services, clients en magasin ou en ligne peuvent généralement se fier aux réalisations antérieures que le professionnel expose pour se déterminer à contracter avec lui. Mais le client en magasin dispose, au moins de manière implicite, d'une information supplémentaire sur le sérieux du professionnel. Son lieu d'accueil du public, dont l'entretien quotidien est coûteux, est la vitrine de son sérieux. Un atelier mal rangé peut faire fuir le prospect. En revanche, une vitrine en ligne, même mise à jour de manière épisodique, peut masquer des défauts d'organisation, voire camoufler une absence d'organisation.

L'identification des principaux risques soulevés par les contrats conclus par voie électronique a conduit à la mise en place d'une réglementation générale dans le Code civil par l'article 25 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique. Cette réglementation, qui se trouve aujourd'hui sous les articles 1125 à 1127-4 et 1174 à 1177 du Code civil, est complétée par les dispositions du Code de la consommation lorsqu'il s'agit d'un contrat à distance conclu entre un professionnel et un consommateur. Par contrat à distance, il faut entendre « *tout contrat conclu entre un professionnel et un consommateur, dans le cadre d'un système organisé de vente ou de prestation de services à distance, sans la présence physique simultanée du professionnel et du consommateur, par le recours exclusif à une ou plusieurs techniques de communication à distance jusqu'à la conclusion du contrat* »⁵. La réglementation consumériste actuelle, essentiellement issue de la directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, offre un cadre de protection au consommateur lorsqu'il conclut un contrat sur internet qui répond à la définition légale du contrat à distance.

Domaine. L'étude porte plus particulièrement sur la protection d'un consommateur qui conclut un contrat à partir d'une offre disponible sur internet. Cette offre n'est pas faite à personne déterminée : elle s'adresse au public. Elle s'adresse plus particulièrement à un consommateur. Celui-ci est entendu au sens de l'article liminaire du Code de la consommation comme toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole.

La disponibilité de l'offre sur internet peut provenir de deux sources. En premier lieu, elle peut se trouver sur le site marchand d'un professionnel qui est aussi l'auteur de l'offre. C'est la situation la plus fréquente. Le navigateur utilisé importe peu : il peut s'agir d'un navigateur généraliste – Chrome, Edge, Firefox,

⁵C. consom, art. L. 221-1, I, 1°.

Safari... – ou une application dédiée au marchand – application Leclerc, Carrefour...

En second lieu, cette offre peut se trouver auprès d'un opérateur de plateforme en ligne, c'est-à-dire un professionnel qui propose un service de communication au public en ligne reposant soit sur un classement ou référencement de biens ou services proposés par des tiers, soit une mise en relation de plusieurs parties en vue de la vente d'un bien ou de la fourniture d'un service⁶. Certains opérateurs n'offrent que cette activité d'entremise⁷. D'autres proposent ce service en plus de leurs propres offres⁸. Cette activité de « place de marché » a représenté en 2019, un tiers de l'activité de ces sites⁹.

L'étendue de la protection du consommateur varie selon que l'offre de contracter est faite à partir du site marchand d'un professionnel (I) ou d'un opérateur de plateforme en ligne (II).

I) La protection du consommateur et le contrat conclu à partir du site marchand du professionnel

Distinction. Dans ce premier cas, l'auteur de l'offre est un professionnel, c'est-à-dire, au sens du Code de la consommation, toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui agit à des fins entrant dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole, y compris lorsqu'elle agit au nom ou pour le compte d'un autre professionnel¹⁰. Lorsque le consommateur conclut un contrat à partir d'une offre disponible sur le site de e-commerce, le consommateur est protégé dans la formation du contrat (A), mais aussi dans une certaine mesure dans la mise en œuvre du contrat (B).

A) La protection dans la formation du contrat

Aperçu. La protection est assurée par trois vecteurs. Tout d'abord, le professionnel bénéficie d'une information précontractuelle. La protection résulte ensuite du processus de conclusion du contrat permettant au consommateur de vérifier jusqu'au dernier moment sa commande. Enfin, dans certains cas, le consommateur bénéficie d'un droit de rétractation.

⁶C. consom., art. L111-7.

⁷Par exemple, *LeBoncoin.fr* ou *Booking.com*.

⁸Tels *Amazon.fr* et *Cdiscount.com*.

⁹FEVAD, *op. cit.*

¹⁰C. consom. art. liminaire.

Information due par le professionnel. Avant tout, l'article 1127-1 du Code civil impose cinq catégories d'informations que l'offre de fourniture de biens ou de services par voie électronique doit contenir : elles concernent le processus de conclusion du contrat, les techniques de corrections des erreurs de saisie, la langue du contrat, son archivage et les règles professionnelles et commerciales auxquels le professionnel se soumet¹¹. En outre, le second alinéa permet de déroger à cette obligation lorsqu'il s'agit d'un contrat entre professionnels : *a contrario*, il n'est pas possible d'y déroger lorsque le contrat s'adresse à un consommateur.

Aux informations visées par le Code civil, il faut ajouter celles mentionnées à l'article L221-5 du Code de la consommation. Celles-ci concernent non seulement les nombreuses informations dues au titre de l'obligation générale d'information précontractuelle par les articles L111-1 et L111-2 qui concernent notamment les caractéristiques essentielles des produits et services, le prix, le délai d'exécution, le professionnel lui-même¹² et le recours à la médiation. Mais surtout, l'information porte sur le droit de rétractation : soit sur son existence, soit sur son inexistence, signe que les consommateurs ont connaissance de ce droit. Elle porte aussi sur les modalités et conséquences de l'exercice de la rétractation, notamment en ce qui concerne les frais qui peuvent être mis à la charge du consommateur, tels les frais de renvoi ou les frais d'une prestation de service exécutée avant l'exercice du droit. L'information sur les frais est lourdement sanctionnée, puisque si le consommateur n'a pas été informé, il est dispensé de leur paiement¹³.

L'information est donc très complète. On s'étonne cependant que l'article L221-5 applicable spécifiquement aux ventes à distance ne renvoie pas aussi à l'article L111-4 concernant la disponibilité des pièces détachées. L'information sur la disponibilité ou la non-disponibilité des pièces détachées et, le cas échéant, sur la période durant laquelle ces pièces sont disponibles sur le marché a même été renforcée par la loi n° 2020-105 du 10 février 2020¹⁴. Cela étant, même en l'absence de renvoi, cette information est due parce que ce

¹¹L'article 1127-3, alinéa 1^{er} prévoit cependant une exception pour les contrats conclus exclusivement par courriels qui n'entre pas dans le champ de l'étude puisque l'offre n'est pas faite au public sur internet, mais à personne déterminée.

¹²Certaines mentions font double emploi avec celles exigées par l'article 19 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique applicable au commerce électronique.

¹³C. conso., art. L221-6.

¹⁴Loi n° 2020-105 du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire, *JORF*, n° 0035, 11 février 2020, P. SCHULTZ, [La loi n° 2020-105 du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire : aspects de droit de la consommation](#), *JAC* n° 194.

contrat à distance est avant tout un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur.

Processus de conclusion du contrat. Le Code civil règlemente désormais la formation du contrat par la rencontre d'une offre et une acceptation sous les articles 1113 à 1122. L'article 1118, alinéa 2. Il prévoit notamment que l'acceptation peut être retirée pourvu que la rétractation parvienne à l'offrant avant l'acceptation. Il est clair que ce dispositif qui a un sens pour les contrats par correspondance reste lettre morte dans les contrats en ligne au vu de la rapidité des échanges électroniques. C'est pourquoi, il fallait un dispositif spécial permettant à l'acceptant de vérifier de manière complète ce qu'il accepte avant de répondre à l'offre.

C'est la technique du double-clic qui conditionne la validité du contrat en ligne. Le destinataire de l'offre doit avoir la possibilité de vérifier le détail de sa commande et son prix total et de corriger d'éventuelles erreurs avant de confirmer celle-ci pour exprimer son acceptation définitive¹⁵. Le même dispositif est prévu par le Code de la consommation¹⁶ avec l'obligation supplémentaire pour le professionnel d'indiquer dès le début du processus de commande les moyens de paiement et les restrictions à la livraison et de mentionner au moment de la validation de la commande une formule claire et lisible indiquant que la commande oblige au paiement. Le non-respect de cette dernière indication est sanctionné par la nullité du contrat conclu par voie électronique¹⁷. Il en résulte notamment que le service « commande en 1-click » proposé par certains vendeurs en ligne¹⁸, comptant sur l'ignorance du consommateur et sur le risque extrêmement faible de remise en cause sur ce fondement, entache systématiquement la validité de la vente.

Puis, le destinataire de l'offre doit immédiatement accuser réception, par voie électronique, de la commande qui lui a été adressée. Cette exigence qui permet à l'acceptant d'avoir confirmation de la formation du contrat et de son contenu se retrouve tant dans le Code civil¹⁹ que dans le Code de la consommation²⁰. En droit de la consommation, cette confirmation doit en outre s'accompagner, le cas échéant, d'un formulaire de rétractation.

¹⁵C. civ., art. 1127-2, al. 1^{er}.

¹⁶C. consom., art. L221-14.

¹⁷C. consom., art. L242-2.

¹⁸V. par exemple, [C.G.V. Amazon](#), art. 6, mises à jour du 22 mai 2020 (consultées le 14 juillet 2020).

¹⁹C. civ., art. L1127-2, al. 2.

²⁰C. consom., art. L221-13.

Droit de rétractation. La mesure la plus protectrice est assurément le droit de rétractation reconnu au consommateur en cas de contrat à distance. À l'origine, d'une durée de sept jours, ce délai a été augmenté à quatorze jours à compter de la conclusion d'un contrat de service ou, pour les ventes, de la réception du bien par le consommateur²¹. Ce droit peut s'exercer en toute liberté puisque le consommateur n'a pas à motiver les raisons qui le conduisent à se rétracter.

La liberté est aussi garantie par un remboursement rapide du prix payé par le consommateur. Le professionnel doit rembourser tant le prix que les frais de livraison dans un délai de quatorze jours à compter de la date où il a été informé de la rétractation, sous peine de devoir payer des pénalités de retard d'un montant progressif²². Les seuls frais à la charge du consommateur sont les frais de retour, s'ils ne sont pas pris en charge par le professionnel, et dans les contrats de service le prix du service partiellement exécuté²³.

Droit de rétractation et urgence sanitaire. Les mesures adoptées dans un premier temps pour lutter contre la crise sanitaire ont eu un impact sur la mise en œuvre du droit de rétractation. C'est plus particulièrement le cas de l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020²⁴. Son article 2 dispose que tout acte ou déclaration prescrit légalement à peine notamment de déchéance, qui a expiré ou qui expire entre le 12 mars 2020 et le 23 juin 2020 inclus, sera réputé avoir été fait à temps s'il a été effectué dans un délai qui ne peut excéder, à compter de la fin de cette période, le délai légalement imparti pour agir. Appliquée à la législation sur le délai de rétraction, la règle prévue par l'article 2 conduisait à ce que le consommateur dont le droit de rétractation expirait, par exemple, le 12 mars 2020, pouvait encore l'exercer 14 jours après le 23 juin, soit jusqu'au 7 juillet. Pourtant, les restrictions liées à l'urgence sanitaire n'empêchaient aucunement ce même consommateur d'envoyer un courrier, voire un simple courriel, ou d'user d'un formulaire de rétractation en ligne pour se rétracter à temps dans le délai légal. Cet allongement injustifié a été corrigé par l'ordonnance n° 2020-427 du 15 avril 2020 en ajoutant à l'article 2 un alinéa prévoyant que le premier alinéa n'est pas applicable aux délais de rétractation²⁵. L'ordonnance n° 2020-427 du 15 avril 2020 a aussi pris soin de préciser que cet ajout présente un caractère interprétatif si bien que les droits de rétractation

²¹C. consom., art. L221-18.

²²C. consom., art. L242-4.

²³C. consom., art. L221-24.

²⁴Ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et à l'adaptation des procédures pendant cette même période, *JORF*, n° 0074, 26 mars 2020.

²⁵Ordonnance n° 2020-427 du 15 avril 2020 portant diverses dispositions en matière de délais pour faire face à l'épidémie de covid-19, *JORF* n° 0093, 16 avril 2020, art. 2.

échus entre le 12 mars et le 16 avril 2020 ne pouvaient davantage profiter de la prolongation issue du premier alinéa de l'article 2.

Réciproquement, cette même disposition prévoit que la prolongation issue du premier alinéa de l'article 2 ne s'applique pas non plus aux remboursements de sommes d'argent en cas d'exercice du droit de rétractation.

Absence de droit de rétractation. Toutefois, le droit de rétractation est exclu dans de multiples situations, notamment lorsque le bien ne peut plus être mis sur le marché après restitution ou lorsque la prestation de service est achevée avant l'exercice du droit de rétractation²⁶. C'est la raison pour laquelle le professionnel doit en informer préalablement le consommateur. Cette information est pleinement justifiée dans la mesure où le droit de se rétracter est une faculté à laquelle le consommateur pense avoir droit en toutes circonstances. En effet, la grande distribution n'accepte-t-elle pas de reprendre des produits non périssables alors que l'achat en magasin ne confère légalement aucun droit de rétractation ?

Le seul regret que l'on puisse émettre tient au fait que contrairement au défaut d'information sur le droit de rétractation qui est sanctionné par une prorogation d'exercice de ce droit, l'absence d'information sur les exceptions au droit de rétractation n'est pas civilement sanctionnée. En l'état, il est peu vraisemblable que le manquement à cette obligation précontractuelle d'information puisse donner lieu à une qualification d'erreur sur les qualités essentielles de la prestation, cause de nullité²⁷. C'est pourquoi, il aurait été préférable d'ériger la nullité en sanction comme cela été fait au sujet le mention « commande avec obligation de paiement ». On aurait même pu imaginer une sanction plus originale : ouvrir un droit de rétractation au consommateur durant une période similaire à celle prévue en cas de non-information sur l'existence d'un délai de rétractation. Le risque de remise en cause du contrat pour le professionnel serait moindre qu'une action en nullité soumise à la prescription quinquennale.

B) La protection dans la mise en œuvre du contrat

Protection du consommateur et exécution du contrat de vente par le professionnel. L'existence du droit de rétractation du consommateur ne justifie en rien que le professionnel diffère l'exécution de ses obligations jusqu'à l'expiration du délai de rétractation. C'est évidemment le cas pour la vente en

²⁶L'article L221-28 du Code de la consommation énumère 13 hypothèses.

²⁷C. civ., art. 1130 et 1131.

ligne. Au demeurant, dans ce cas, l'exécution par le vendeur de son obligation principale est même inhérente au droit de rétractation puisque le délai ne saurait courir tant que la chose n'a pas été réceptionnée par le consommateur ou un transporteur choisi par lui. Il faut permettre au consommateur de prendre connaissance du produit acheté à distance pour qu'il puisse juger de l'utilité de conserver la chose ou de la renvoyer à l'expéditeur. En outre, la délivrance de la chose au consommateur fait aussi courir le délai de deux ans de la garantie légale de conformité applicable aux ventes de choses corporelles²⁸.

Transfert de risques. La délivrance correspond enfin au moment du transfert des risques au consommateur, en application d'une règle d'ordre public²⁹. Or dans la vente à distance, la livraison passe souvent par l'intermédiaire d'un transporteur. Au regard du transfert des risques, le Code de la consommation fait une distinction selon que le transport est assuré par un transporteur proposé ou non par le professionnel. Lorsqu'il est proposé par le professionnel, le transfert des risques ne s'opère qu'au moment où le consommateur entre physiquement en possession du bien³⁰. En revanche, lorsque transporteur est désigné par le consommateur, sans être proposé par le professionnel, le transfert des risques s'opère dès la remise au transporteur³¹. Dans le e-commerce, le consommateur est donc dans une situation favorable puisque le mode de transport est toujours proposé par le professionnel.

Point-retrait. La délivrance effective peut aussi se faire en point-retrait où le consommateur vient retirer la chose achetée soit auprès du professionnel qui offre un « service au volant »³², soit auprès d'un autre professionnel. La réglementation sur les ventes à distance n'en reste pas moins applicable puisque tout le processus jusqu'à conclusion du contrat s'est réalisé sans la présence physique du professionnel et du consommateur. On peut relever que la loi n° 2020-105 du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire a introduit dans le Code de la consommation des dispositions tendant à favoriser la vente en vrac, définie comme la vente au consommateur de produits présentés sans emballage, en quantité choisie par le consommateur, dans des contenants réemployables ou réutilisables³³. Il importe peu que le contenant soit fourni par le professionnel ou apporté par le

²⁸C. consom., art. L217-12.

²⁹C. consom., art. L216-6.

³⁰C. consom., art. L216-4.

³¹C. consom., art. L216-5.

³²Le Code de commerce vise les points permanents de retrait par la clientèle d'achats au détail commandés par voie télématique, organisés pour l'accès en automobile (C. com., art. L752-1, 7°).

³³P. SCHULTZ, *op. cit.*

consommateur. La vente en vrac peut explicitement être conclue à distance³⁴. Toutefois, l'incitation faite au consommateur de réutiliser un contenant se heurte au modèle économique du « service au volant ».

Protection du consommateur et exécution du contrat de prestation de service par le professionnel. Même pour un contrat de service, le contrat peut être exécuté avant la fin du délai de rétractation. Mais dans ce cas, le professionnel doit recueillir la demande expresse du consommateur par tout moyen. Il doit aussi l'informer qu'en cas d'usage de son droit de rétractation avant l'exécution complète du service, le consommateur doit payer un montant correspondant au service fourni jusqu'à la communication de sa décision de se rétracter. À défaut de disposer de la preuve d'une demande expresse ou d'avoir averti le consommateur sur les sommes à payer, le consommateur n'est redevable d'aucune somme lorsqu'il exerce son droit de rétraction avant l'exécution totale³⁵. En revanche, lorsque le service est achevé, le consommateur ne peut plus se rétracter.

Protection du consommateur et inexécution de ses obligations par le professionnel. La protection du consommateur dans l'exécution du contrat passe aussi par une responsabilité de plein droit du professionnel. Celui-ci ne peut s'exonérer qu'en établissant la force majeure ou la faute du consommateur. Cette responsabilité couvre également l'exécution par d'autres prestataires de services que le professionnel qui a conclu le contrat. Il en est notamment ainsi des avaries subies durant le transport, ce qui est logique dans la mesure où le transfert des risques sur le consommateur ne s'effectue qu'au moment où il prend physiquement possession de la chose. Cette responsabilité concernerait tout autant les manquements du sous-traitant délégué par le professionnel pour réaliser une installation.

En cas de litige relatif à l'exécution des obligations du professionnel, le consommateur a une option entre la voie amiable et la voie judiciaire. Depuis 2016, le consommateur peut recourir à un médiateur de la consommation pour régler un litige avec un professionnel. Ce recours est avantageux puisque la rémunération du médiateur est à la charge exclusive du professionnel. En outre, le recours à ce médiateur peut s'effectuer en ligne. La FEVAD, par exemple, propose un médiateur de la consommation en la personne de M. Bernard SIOUFFI qui permet aux professionnels adhérent à la fédération de bénéficier de

³⁴C. consom., art. L120-1, al. 2.

³⁵C. consom., art. L221-25.

ses services³⁶. Afin que les consommateurs soient informés de cette possibilité, le nom et l'adresse du site du médiateur de la consommation font partie des informations précontractuelles à fournir au consommateur. La difficulté provient du fait que de nombreux sites ne mentionnent pas encore le nom d'un médiateur³⁷, faute d'en avoir désignés voire dans l'ignorance d'une telle obligation.

Si la médiation échoue et s'il faut passer par la voie judiciaire, le consommateur qui a conclu un contrat en ligne bénéficie encore d'un avantage procédural. En qualité de demandeur, il devrait en principe saisir le tribunal dans le ressort où est établi le professionnel³⁸. Le contrat étant conclu à distance, il est à craindre que ce ressort soit éloigné de chez lui. Toutefois, comme il s'agit d'un litige en matière contractuelle, il peut se prévaloir de la compétence alternative existant en ce domaine, à savoir le lieu de livraison effective de la chose ou d'exécution de la prestation de service, correspondant le plus souvent au lieu de son domicile³⁹.

II) La protection du consommateur et le contrat conclu à partir d'un opérateur de plateforme en ligne

Domaine. Une offre de biens ou de services peut, par ailleurs, être fournie à partir d'un opérateur de plateforme en ligne. Dans le e-commerce, les plateformes en ligne les plus importantes sont les « places de marché », c'est-à-dire des plateformes qui, outre leurs propres offres, proposent les offres d'autres marchands. Ce modèle, dont *Amazon* ou *Cdiscount* sont des exemples, est en expansion avec une progression de 14 % en 2019. Les achats sur place de marché correspondent à un tiers de l'activité de ces plateformes⁴⁰. Une deuxième catégorie de plateforme en ligne n'offre aucun autre service que le référencement ou le classement des offres d'autrui ou sont seulement des courtiers en ligne. Dans ce modèle, l'offre peut toujours émaner de professionnel, mais elle peut aussi provenir d'un particulier.

Sources. Ces pratiques économiques ont connu un embryon de réglementation avec la loi Macron du 6 août 2015 qui a introduit dans le Code de la

³⁶FEVAD, *La médiation du e-commerce de la FEVAD* : [Le médiateur](#) (Consulté le 14 juillet 2020).

³⁷A titre d'exemples : Univers Camouflage, [C.G.V.](#), mise à jour au 1^{er} janvier 2020 (consulté le 14 juillet 2020) ; Camoufle Toi, [C.G.V.](#), mise à jour non précisée (consulté le 14 juillet 2020). L'objet de l'activité a peut-être conduit à camoufler si bien le médiateur de la consommation qu'il reste introuvable sur le site.

³⁸CPC, art. 42 et 43.

³⁹CPC, art. 46.

⁴⁰FEVAD, *op. cit.*

consommation une disposition visant à encadrer l'information due aux consommateurs par les courtiers en ligne⁴¹. Le dispositif a été complété par la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique⁴² et le décret n° 2017-1434 du 29 septembre 2017 relatif aux obligations d'information des opérateurs de plateformes numériques⁴³.

Distinction. Dans ce schéma, l'opérateur de plateforme en ligne est un tiers au contrat conclu par internet. C'est pourquoi, de manière générale, le législateur n'a soumis cet intermédiaire qu'à des obligations d'information et de transparence envers le consommateur qui entend conclure un contrat à partir d'offres disponibles sur la plateforme. Du moins, en est-il ainsi lorsqu'il agit à titre professionnel, peu important qu'il soit rémunéré ou non⁴⁴. Toutefois, il faut relativiser ce constat par le fait que les offres disponibles sur les plateformes émanent tantôt d'un professionnel (A), tantôt d'un non-professionnel (B). La protection apportée au consommateur qui répond à une telle offre n'est pas identique. C'est la raison pour laquelle l'une des principales informations que doit fournir l'opérateur est la qualité de l'annonceur⁴⁵.

A) Le contrat conclu à partir d'une offre déposée par un professionnel

Conditions générales d'utilisation du service d'intermédiation. L'opérateur de plateforme en ligne doit d'abord renseigner le consommateur sur le service d'intermédiation qu'il propose. Par définition, il peut s'agir d'un service de « *mise en relation de plusieurs parties en vue de la vente d'un bien, de la fourniture d'un service ou de l'échange ou du partage d'un contenu, d'un bien ou d'un service* »⁴⁶. L'offre dépasse ainsi les simples ventes ou fournitures de services puisqu'elle couvre aussi l'échange ou le partage. L'opérateur peut aussi offrir un service de communication reposant sur le classement ou le référencement, au moyen d'algorithmes informatiques, de contenus, de biens ou de services proposés ou mis en ligne par des tiers⁴⁷.

Informations fournies par l'opérateur de mise en relation. Lorsqu'un opérateur a pour activité la mise en relation de parties, il doit fournir diverses informations. Ces informations doivent être accessibles sur toutes les pages du site sans que

⁴¹Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, *JORF* n° 0181, 7 août 2015, art. 114.

⁴²V. C. consom., art. L111-7 à L111-7-1.

⁴³V. C. consom., art. D111-6 à D111-19.

⁴⁴C. consom., art. L111-7, al. 1er.

⁴⁵C. consom., art. L111-7, II, 3° et D111-8, I, 1°.

⁴⁶C. consom., art. L111-7, I, 2°.

⁴⁷C. consom., art. L111-7, I, 1°.

le consommateur n'ait besoin de s'identifier⁴⁸. Outre l'information sur la qualité de l'annonceur, l'information porte sur le service de mise en relation, ainsi que la nature et l'objet des contrats dont il permet la conclusion. Il y a aussi des informations d'ordre financier à fournir : le prix et le mode de calcul de ce prix à la charge du consommateur ; les modalités de paiement et les modes de gestion de la transaction financière avec le professionnel. Enfin, l'opérateur indique s'il offre des assurances ou des garanties ou un service de médiation en cas de litige.

Informations sur le référencement. Lorsqu'une plateforme procède à un référencement ou un classement, elle doit délivrer au consommateur une information loyale, claire et transparente sur les conditions de référencement et de déréférencement et notamment les obligations qui conduisent à être déréférencé⁴⁹. À vrai dire, ces informations intéressent davantage l'annonceur que le consommateur. Ce sont surtout les critères de classement, lesquels doivent être communiqués, qui intéressent le consommateur.

Bien plus, l'opérateur de plateforme en ligne doit clairement informer le consommateur de l'existence d'un lien capitalistique ou d'une rémunération entre l'opérateur de plateforme et les offreurs référencés dès lors que ce lien ou que cette rémunération exerce une influence sur le référencement ou le classement⁵⁰. Cette information est d'autant plus justifiée que le fait, pour un courtier, d'avoir un intérêt personnel dans une affaire sans en avertir les parties est puni d'une amende correctionnelle de 3 750 euros⁵¹.

Informations spécifiques aux comparateurs. Lorsque l'opérateur de plateforme en ligne a pour activité la fourniture d'informations permettant la comparaison des prix et des caractéristiques de biens et de services proposés par des professionnels, y compris avec ses propres biens ou services, il doit fournir des informations sur le fonctionnement du service de comparaison⁵². Chaque page de résultats doit indiquer de manière lisible et compréhensible le critère de comparaison – sauf, évidemment, pour le prix lui-même –, le caractère exhaustif ou non des offres comparées et sites référencés, et le caractère payant ou non du référencement⁵³. Lorsque le référencement est payant et que le classement dépend de cette rémunération, l'opérateur doit alors faire apparaître son

⁴⁸C. consom., art. D111-8, I.

⁴⁹C. consom., art. L111-7, II, 1° et D111-7, I, 1°.

⁵⁰C. consom., art. L111-7, II, 2° et D111-7, I, 3°.

⁵¹C. com., art. L131-11.

⁵²C. consom., art. D111-11.

⁵³C. consom., art. D111-12.

caractère publicitaire en utilisant le terme « annonce »⁵⁴. Enfin, pour que la comparaison soit loyale, doivent être mentionnés à proximité de chaque offre ses caractéristiques essentielles, son prix tous frais inclus et, notamment, si le prix inclut une garantie commerciale⁵⁵.

Informations légales fournies par l'annonceur professionnel. Comme l'annonceur est, par hypothèse, un professionnel, il pèse enfin sur lui l'obligation d'information précontractuelle envers le consommateur prévue par l'article L221-5 du Code de la consommation. C'est la raison pour laquelle l'opérateur de plateforme doit laisser un espace au professionnel lui permettant de fournir ces informations. De la sorte, le consommateur dispose des mêmes informations que s'il avait passé commande directement sur le site de l'annonceur. Dans la mesure où le contrat est conclu avec un professionnel, le consommateur bénéficie avant tout d'un droit de rétractation, sauf exceptions légales, et en est informé, mais encore des diverses garanties liées à la mise en œuvre du contrat⁵⁶. Il en va différemment lorsque le contrat est conclu à partir d'une offre déposée par un particulier.

B) Le contrat conclu à partir d'une offre déposée par un particulier

Qualité de non-professionnel. La détermination de la qualité de l'offreur se fait par déclaration de l'annonceur. C'est lui qui déclare ne pas agir à des fins professionnelles. Si un professionnel se présente faussement comme un consommateur, il commet le délit de pratique commerciale trompeuse puni à titre principal de 2 ans d'emprisonnement et 300 000 euros d'amende⁵⁷. L'opérateur de plateforme en ligne doit même avertir l'annonceur de ce risque pénal avant le dépôt d'une offre⁵⁸.

Obligation d'information de la plateforme en ligne envers le destinataire de l'offre. Lorsque l'offre émane d'un non-professionnel, le contrat à conclure n'est pas un contrat de consommation. Ainsi, le consommateur ne bénéficie ni du droit de rétractation ni de la garantie légale de conformité. C'est la raison pour laquelle sur chaque offre doit apparaître que ces deux droits légaux ne profitent pas au consommateur⁵⁹. En revanche, il doit mentionner, sur chaque offre, que la vente est soumise à la garantie des vices cachés et renvoyer par des liens

⁵⁴C. consom., art. D111-14.

⁵⁵C. consom., art. D111-13.

⁵⁶V. *supra*, I.B.

⁵⁷C. consom., art. L121-4, 21° et L132-2.

⁵⁸C. consom., art. D111-8, II, 2°, a.

⁵⁹C. consom., art. D111-8, II, 2°, b.

hypertextes aux dispositions du Code civil relatives au droit des obligations et de la responsabilité civile applicables à la relation contractuelle. Cette obligation est respectée par *Vinted.fr*⁶⁰ qui ne sert d'intermédiaire qu'à des particuliers. En revanche, on ne retrouve pas ces mentions sur les annonces du *leader* du secteur, à savoir *LeBoncoin.fr*⁶¹, ni sur celles de *ParuVendu.fr*⁶². Chaque offre proposée par un non-professionnel disponible sur une plateforme en ligne doit aussi mentionner le prix total des biens ou des services proposés, y compris, le cas échéant, les frais de mise en relation et tous les frais supplémentaires exigibles, sur la base du prix déclaré par l'offreur⁶³. Le site *Vinted.fr* ne respecte pas cette obligation puisque la commission pour paiement intégré que doit payer l'acheteur⁶⁴ n'est pas mentionnée sur chaque annonce. La plateforme doit enfin informer les particuliers sur les déclarations fiscales et sociales à effectuer au titre du contrat qu'ils ont conclu en ligne⁶⁵. Mais cette information n'a pas à figurer sur chaque offre.

Outre ces informations spécifiques à une relation établie entre deux personnes n'agissant pas à des fins professionnelles, le destinataire de l'offre bénéficie de la même qualité d'information que celle due lorsque l'offre émane d'un professionnel relativement au service de mise en relation, ses aspects financiers et les services de garantie ou de médiation que peut offrir l'opérateur de plateforme en ligne⁶⁶. Et surtout, il informe le consommateur des modalités de référencement et notamment l'existence d'une rémunération qui influencerait le classement de l'offre d'un particulier.

Conclusion. Il existe une information pléthorique au profit du consommateur. Elle est plus importante que celle dont bénéficie le consommateur en magasin. C'est pleinement justifié lorsqu'il s'agit de droits spécifiques importants dont dispose le consommateur qui contracte en ligne, tel le droit de rétractation. Mais trop d'information ne tue-t-elle pas l'information ? Les commerçants en ligne l'ont bien compris. Si l'information doit être lisible et compréhensible, conformément aux dispositions du Code de la consommation, elle n'est pas toujours aisément accessible. Hormis l'information sur le prix et les caractéristiques essentielles du bien ou du service qui intéresse le consommateur pour déclencher l'acte d'achat, les autres mentions légales

⁶⁰Consulté le 14 juillet 2020.

⁶¹Consulté le 14 juillet 2020.

⁶²Consulté le 14 juillet 2020.

⁶³C. consom., art. D111-8, I, 3°.

⁶⁴[Vinted.fr](https://www.vinted.fr), C.G.V., art. 5.1.

⁶⁵C. com., art. L111-7, II, 3° et D111-8, II, *in fine*.

⁶⁶V. *supra*, II, A.

doivent être recherchées dans les tréfonds de la page internet que seuls quelques consommateurs chagrins viennent consulter en cas de difficultés d'exécution. L'information précontractuelle légale devient alors un vecteur de renseignement post-conclusif. Reconnaissons que cette information juridique est bien indigeste pour le consommateur non averti qui préférera recourir aux foires aux questions ou aux forums de discussions.

Le spoiler des séries télévisées : Quelle qualification ? Quelle réponse ?¹

Dariusz PIATEK

**Maître de conférences en droit privé
Université de Haute-Alsace, CERDACC (UR 3992)**

A l'époque d'Internet et des réseaux sociaux, nous sommes souvent témoins du phénomène de *spoiler*, qui consiste à divulguer les éléments clés de l'intrigue d'une œuvre de fiction et par la même à gâcher l'effet de surprise chez le spectateur. De nombreux grands titres de la pop-culture en sont victimes, notamment les séries télévisées², ce qui suscite un débat autour de la qualification juridique que peut recevoir ce nouveau risque, encore peu étudié dans la littérature car apparu seulement récemment dans l'environnement numérique.

Les difficultés commencent d'abord sur le plan du vocabulaire. La langue française ne possède pas de terme qui traduirait fidèlement la signification de « spoiler » – mot anglais dérivé du verbe *to spoil*, signifiant « gâcher ». A noter que l'approche anglaise n'insiste que sur le résultat provoqué par le dévoilement prématuré des éléments de l'œuvre de l'esprit, et ne s'attarde pas sur l'acte-même de divulgation publique. L'emploi de plus en plus fréquent du terme « divulgâcheur », approuvé par l'Office québécois de la langue française³ et prenant en compte la cause et la conséquence, montre qu'il ne semble pas y avoir de place pour le purisme linguistique dans l'étude du spoiler...

Au-delà des aspects sémantiques, le spoiler suscite de véritables enjeux juridiques. Il s'avère que sous certaines conditions, ce type de comportement peut être constitutif d'une violation des droits d'auteur, qui du fait de sa spécificité, appelle une réaction nuancée de la part du droit positif.

Pour savoir si le spoiler présente véritablement un risque pour les droits exclusifs de l'auteur, il faut naturellement se poser la question de savoir si l'intrigue ou

¹Ce texte est la retranscription de l'intervention réalisée lors du colloque organisé le 2 mars 2020 à l'Université de Haute Alsace.

²V. sur ce point : *Spoiler Alert : AMC threatens to sue fan site over Walking Dead predictions*, disponible sur : <https://www.cbc.ca/radio/asithappens/as-it-happens-tuesday-edition-1.3634663/spoiler-alert-amc-threatens-to-sue-fan-site-over-walking-dead-predictions-1.3634669>.

³V. sur ce point : la fiche terminologique de l'Office québécois de la langue française relative au divulgâcheur : http://gdt.oqlf.gouv.qc.ca/ficheOqlf.aspx?Id_Fiche=26502119.

storyline d'une œuvre de fiction est éligible à la protection par le droit d'auteur. Dans la mesure où l'intrigue peut être assimilée à une partie de la réalisation matérielle de l'œuvre, ce qui est attesté par la présence, dans la jurisprudence française, du concept de contrefaçon de composition de l'œuvre audiovisuelle ou littéraire⁴, il apparaît que le spoiler s'attaque à un élément protégeable. Cela rend pertinente une discussion sur les droits exclusifs potentiellement violés. En ce que le spoiler opère souvent une reproduction et/ou une représentation des éléments matériels de l'œuvre, il peut entrer en conflit avec les droits patrimoniaux de l'auteur. Sur le plan du droit moral, on songe immédiatement à la violation du droit de divulgation. En effet, seul l'auteur a le droit de divulguer son œuvre, de déterminer les procédés de cette divulgation et de fixer les conditions de celle-ci, prérogatives souvent malmenées par les spoilers proliférant sur Internet.

Ce conflit potentiel entre le divulgâcheur et les droits exclusifs de l'auteur ne signifie pas pour autant que chaque spoiler constitue automatiquement un acte de contrefaçon. A y regarder de plus près, tous les spoilers ne se ressemblent pas, et il est possible de différencier les régimes juridiques applicables en fonction de la nature de tel ou tel divulgâcheur. Ce qui nous amène à une analyse visant à les catégoriser.

Commençons en premier lieu par la distinction fondée sur le critère du moment de l'apparition du divulgâcheur. A cet égard la doctrine américaine distingue les divulgâcheurs réactifs (*after the fact spoiler*) et les divulgâcheurs prédictifs (*predictive spoiler*)⁵. Le premier consiste en une reproduction d'éléments de l'intrigue d'une œuvre déjà divulguée. Le second est une spéculation sur le déroulement de l'intrigue d'une œuvre non-encore rendue publique. Cette distinction est fondamentale, car en réalité seul le divulgâcheur prédictif peut être considéré comme un véritable spoiler, préjudiciable à l'auteur et gâchant l'effet de surprise chez le spectateur. En revanche, le divulgâcheur réactif n'est qu'un abus de langage. Si le dévoilement porte sur les éléments d'une œuvre déjà accessible au public, il s'agit en réalité d'une reproduction « ordinaire » d'une œuvre protégée par le droit d'auteur, et dont le régime juridique ne présente aucune particularité.

Quant au véritable *spoiler*, à savoir celui qui s'attaque à une œuvre encore non-divulguée, il convient de déterminer son sort en fonction du degré de violation

⁴Cass, 1^{re} civ., 4 févr. 1992, *Bull.*, n° 42, D. 1992, p. 182, note P.-Y. GAUTIER.

⁵A. M. KOCH, « Spoiler Alert !: How Posting Predictive Spoilers About Television Shows on the Internet is Copyright Infringement », *Seton Hall Legislative Journal*, Vol. 42, pp. 457-478.

des droits patrimoniaux de l'auteur. En effet, il est possible que les spéculations d'un internaute sur les prochains épisodes d'une série télévisée soient accompagnées d'images protégées sans l'autorisation des titulaires des droits de l'auteur. Ce type de spoiler « grossier », profitant souvent d'une fuite interne et constituant une violation évidente des droits patrimoniaux, reçoit facilement la qualification de contrefaçon. Le fait qu'il s'agisse d'une œuvre inédite est à cet égard sans importance. Certes, il fut un temps où la doctrine estimait que la violation des droits patrimoniaux de l'auteur était impossible dans le cas d'une œuvre dont le public n'avait pas eu connaissance⁶. À suivre cette logique, l'exercice par l'auteur de son droit de divulgation conditionnerait la naissance des droits patrimoniaux. Cependant cette thèse n'emporte pas la conviction, dans la mesure où la Cour de cassation affirme aujourd'hui que « *l'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur celle-ci, du seul fait de la création et indépendamment de toute divulgation publique, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous* »⁷.

Au-delà de ce type de *spoiler* flagrant constituant une violation évidente mais somme toute banale des droits patrimoniaux de l'auteur, les choses se compliquent lorsqu'on se trouve en présence d'un divulgâcheur de nature plus subtile. On songe ici au simple « post » sur le compte d'un réseau social ou sur un forum, dans lequel l'internaute publie ses prévisions quant au déroulement de l'intrigue d'une œuvre dont le public n'a pas encore connaissance. Ici, la qualification juridique dépend nécessairement de l'exactitude des prédictions relatées par le divulgâcheur. Si ces prédictions se sont avérées inexactes (hypothèse d'un internaute pronostiqueur s'étant trompé), le *spoiler* échappe complètement au droit d'auteur. Il en est ainsi parce que bien qu'il opère la reproduction et la divulgation d'éléments de composition d'une œuvre, nous sommes en présence d'une œuvre parallèle qui n'a jamais vu le jour ! On ne voit pas comment les droits d'auteur pourraient être troublés dans cette situation. L'hypothèse la plus complexe se révèle être finalement le spoiler prédictif ne constituant pas une violation flagrante des droits patrimoniaux de l'auteur et qui s'avère exact quant à ses prédictions. S'il est naturellement éligible à la qualification de contrefaçon du fait de sa reproduction non-autorisée des éléments matériels de l'œuvre (l'intrigue), il donne l'apparence d'un comportement somme toute assez anodin, peu préjudiciable aux titulaires des droits d'auteur, et qui devrait normalement être couvert par une des exceptions

⁶Certains auteurs sont toujours de cet avis. V. : F. POLLAUD-DULIAN, « Droit de divulgation. Œuvres posthumes. Contrat d'édition. Indivision », obs. sous Cass, 1^{re} civ., 25 mars 2010, *Bull.*, n° 25, *RTD Com.*, 2010, p. 303.

⁷Cass, 1^{re} civ., 2 oct. 2013, *Bull.* n°197. Plus amplement sur cette question, notamment à la lumière de l'exception de rencontre fortuite, V. : D. Piatek, « Le Spoiler ou le "divulgâcheur", mérite-t-il une nouvelle exception ? » in Y. BASIRE, *Propriété intellectuelle et pop culture, Nouveaux enjeux, nouveaux défis*, IRPI, 2020, p. 157.

aux droits patrimoniaux de l'auteur (citation, analyse, parodie etc...). Cependant, l'hypothèse d'un divulgâcheur rentrant dans le champ d'application d'une exception est moins pertinente qu'elle n'y paraît. Peu étudiée en France, elle a récemment interpellé la doctrine américaine. Cette dernière est globalement hostile à l'idée selon laquelle les divulgâcheurs exacts pourraient relever de l'exception de *fair use*, tendance générale trompeuse. Effectivement, la plupart des *spoilers* sont diffusés dans un but lucratif (pour générer du trafic sur les sites les publiant) et s'attaquent au cœur de l'intrigue, causant ainsi un préjudice important aux titulaires. Cela les rend incompatibles avec les conditions de l'exception de *fair use*. À noter toutefois que le *fair use*, étant plus un faisceau de critères plutôt qu'une règle rigide, les auteurs américains n'excluent pas l'application de l'exception à l'égard des divulgâcheurs publiés sans intention de lucre, par exemple à des fins critiques ou polémiques⁸.

Sur le terrain du droit français, ces *spoilers* relativement inoffensifs pourraient potentiellement relever des exceptions de courte citation ou d'analyse, à condition d'être justifiés par un caractère critique, polémique, pédagogique scientifique ou d'information. Mais, en réalité, contrairement au droit américain, le droit d'auteur français ne reconnaît pas le bénéfice des exceptions aux reproductions et représentations des œuvres non-divulguées. Ainsi, le *spoiler* prédictif ne pourra donc jamais relever d'un tel traitement, dans la mesure où, *ex definitione*, il s'attaque à une œuvre inédite.

Cela conduit nécessairement à une différence de traitement réservée par le droit positif aux *spoilers* prédictifs en fonction de leur nature. Ceci est très problématique. Il ne faut pas oublier que chaque divulgâcheur, dans cette hypothèse, exerce sa liberté d'expression. Les droits privatifs tel que le droit d'auteur peuvent, certes, y apporter des restrictions, mais celles-ci doivent cependant être proportionnées et surtout cohérentes. À l'heure actuelle, l'internaute-pronostiqueur qui se trompe dans ses prédictions quant au contenu de prochains épisodes d'une série télévisée ne risque rien. En revanche, celui qui devine exactement le déroulement de l'intrigue s'expose au grief de contrefaçon, y compris dans des situations normalement couvertes par les exceptions. L'existence de ce clivage menace sérieusement la sécurité juridique.

Pour y remédier, il serait peut-être judicieux de consacrer une exception spécifique couvrant les *spoilers* relativement inoffensifs, remplissant les critères téléologiques de l'exception d'analyse et de courte citation, ou encore ceux créés *jocandi causa*.

⁸Dans ce sens, A. M. KOCH, *op. cit.*, p. 466.

Une autre solution consisterait à assouplir les critères des exceptions existantes, notamment en repensant la portée du droit de divulgation dans l'environnement numérique. Dans l'absolu, la règle selon laquelle la divulgation préalable conditionne la naissance des exceptions possède une justification très forte. En effet, avant que l'auteur rende public le fruit de son travail, le lien personnel qui l'unit à son œuvre est particulièrement étroit et de ce fait mérite une protection accrue. Cependant, les nouveaux usages apparus et démocratisés grâce à l'essor d'Internet remettent en question la pertinence d'une approche unique de toutes les exceptions et d'une vision monolithique du droit de divulgation.

Risque Internet et données liées à la santé

Stéphanie MAUCLAIR

Maître de conférences en droit privé

Université d'Orléans, Centre de Recherche Juridique Pothier (EA 1212)

Depuis plusieurs années déjà, l'exploitation des données est exponentielle. L'usage comme la circulation de ces données connaît une forte croissance du fait de l'apparition de nouveaux outils numériques. Ainsi, la numérisation de nos activités humaines ne trouve aucune limite. Elle touche notre corps et ce que nous en faisons. C'est ce que l'on appelle le « *quantified self* » ou quantification de soi¹. Cette expression met en avant des phénomènes variés liés à la nutrition, à l'exercice physique, au sommeil ou encore à une pathologie bien précise², mais

¹E. DAGIRAL, CH. LICOPPE, O. MARTIN, A.-S. PHARABOD, « Le *Quantified Self* en question(s), Un état des lieux des travaux de sciences sociales consacrés à l'automesure des individus », *Réseaux* 2019/4, n° 216.

²Exemples d'objets connectés en santé :

- Verre connecté Auxivia37 : Auxivia est un verre muni de capteurs (accéléromètre, pastille ultrason, voyant lumineux) qui permet de suivre l'hydratation des personnes âgées. Ce dispositif développé avec les patients, pour les Etablissement d'Hébergement pour Personnes Âgées Dépendantes, permet au personnel s'assurer que la personne boit suffisamment tout au long de la journée. Un bilan quotidien est généré automatiquement : il permet de mieux suivre les résidents et de les inciter à s'hydrater. Connecté à un logiciel, le verre enregistre de nombreuses informations :

- reconnaissance de l'utilisateur,
 - mesure des quantités ingérées,
 - reconnaissance du mouvement (eau bue, eau renversée, eau jetée),
 - intégration de recommandations personnalisées en fonction des besoins et pathologies des résidents,
 - incitation à l'hydratation via un signal lumineux dans la base du verre,
 - détection automatique des cycles de lavage pour éviter les risques hygiéniques.
- Glucomètre connecté iHealthGluco38 : destiné aux patients diabétiques, ce lecteur de glycémie mesure le taux de sucre dans le sang. Les résultats s'affichent sur l'écran ou sur une application dédiée. Il permet aux patients de suivre leurs résultats et de consulter leur historique. Les résultats peuvent être partagés avec leur médecin. Il est également possible d'indiquer ses prises de repas, de médicaments et de programmer des rappels afin de gérer au mieux la maladie.

Exemples d'applications santé :

- Corpus Gang : Corpus Gang regroupe 11 mini-jeux qui retracent avec humour la vie d'un cœur adolescent qui souhaite aider ses amis, membres de son Gang. Destiné aux 12-18 ans, Corpus Gang, développé par OUAT Entertainment, en co-production avec Canopé et avec la participation active de l'INPES, la MGEN et Universcience, apprend aux adolescents à entretenir leur santé, leur bien-être et leurs relations aux autres. Pour y parvenir, il ne suffit pas simplement de manger des fruits ou de faire du sport mais plutôt de trouver le bon équilibre entre le physiologique, le mental et le socio-relationnel. L'objectif final du jeu est d'amener les joueurs à réfléchir et prendre du recul par rapport aux situations auxquelles ils sont confrontés quotidiennement, comme par exemple la gestion du stress. Les joueurs devront aussi prendre conscience de l'importance des compétences à acquérir et à mobiliser, tels que l'esprit critique ou l'entretien des relations interpersonnelles, pour éviter les pièges de l'excès.

- YoloCompanion : l'application gratuite YoloCompanion a été développée en 2014 par l'Ireps Bourgogne Franche-Comté afin de sensibiliser les jeunes de 14 à 18 ans aux risques associés à la consommation d'alcool. YoloCompanion (*You Only Live Once : Tu n'as qu'une vie, protège-là !*), répond à une double préoccupation : éviter les consommations régulières qui peuvent aboutir à une dépendance chez l'adulte et lutter contre le « *binge drinking* » source de mortalité par accidents sur la voie publique ou de comportements de violents.

qui ont en commun de chercher à améliorer le mode de vie et donc la santé de celui qui y a recours par des comparaisons entre différentes données. Il s'agit d'employer, le plus souvent, des capteurs corporels connectés – bracelets, balances, verres, etc. – et des applications mobiles permettant d'évaluer des données puis de proposer des conseils adaptés et personnalisés.

Tous ces outils conduisent à une grande circulation des données personnelles. Données qui peuvent alors s'avérer plus ou moins sensibles notamment quant à l'état de santé de l'individu. « *Collecter des données de santé est aujourd'hui à la portée des développeurs de la moindre application mobile. Des données traditionnellement confiées au médecin de famille dans le cadre d'une relation de confiance garantie notamment par le principe du secret médical se retrouvent ainsi sur les réseaux* »³.

Si les informations recueillies peuvent être essentielles pour assurer le suivi ou la surveillance d'un patient dans le cadre médical, il demeure des zones troubles sur le devenir de ces données : leur utilisation, leur traitement, leur stockage, leur accès... De plus ces applications mobiles de santé s'appuient bien souvent sur des modes de collecte et de partage de masses importantes de données personnelles qui peuvent échapper à l'utilisateur. Deux grandes problématiques sont en jeu, d'abord la question de la protection d'un élément de la vie privée de la personne (exploitation, utilisation, traitement...) (I) et ensuite la question de sa régulation (II).

I) Champ d'application : qu'est une donnée de santé ?

La Commission Nationale Informatique et Libertés propose de nombreux guides à destination tant des particuliers que des professionnels afin de mieux appréhender la question des données dites de santé. Elle indique ainsi sur son site Internet que « *les données à caractère personnel concernant la santé sont*

L'application est composée des menus suivants : SAM, celui qui conduit c'est celui qui ne boit pas : un jeu de hasard permettant de désigner un conducteur ; Sitabutabuses : un outil pour évaluer son taux d'alcoolémie ; Think or drink : un jeu virtuel, autour des risques liés à la consommation d'alcool. Au travers de cinq situations (liées au risque sexuel, à la conduite, à la violence, au cannabis, etc.), l'utilisateur choisit la suite de l'histoire et le dénouement ; Le Quiz : jeu de questions/réponses pour tester ses connaissances ; Des conseils et des rappels de la loi complètent l'application ; Nutribird : cette application a été développée par l'Ireps de Picardie grâce à un financement de l'ARS Nord-Pas-de-Calais-Picardie. Elle a vocation à permettre de comprendre l'importance d'allier une alimentation saine à l'activité physique. Sous forme de jeu, l'application a pour objet d'éduquer le joueur via un jeu d'arcade où il est personnifié par un oiseau gourmand qui peut tout manger. Son corps évolue graduellement en fonction des éléments qu'il ingère. En cours de jeu, on peut vite devenir obèse si l'on abuse de hamburgers et autres sodas sans pratiquer un minimum d'activité physique.

³« Le corps, nouvel objet connecté, Du *quantified self* à la M-Santé : les nouveaux territoires de la mise en données du monde », *Cahier IP*, n°02, CNIL.

les données relatives à la santé physique ou mentale, passée, présente ou future, d'une personne physique (y compris la prestation de services de soins de santé) qui révèlent des informations sur l'état de santé de cette personne »⁴.

A cet égard, la CNIL précise qu'il existe trois catégories de données de santé. D'abord, celles par nature, elles concernent par exemple les résultats d'un examen médical, d'une prise de sang...

Ensuite, l'on trouve les données de santé par destination. Si la donnée n'est pas par nature une donnée de santé elle le devient par l'usage que l'on en fait. Il s'agit ici d'une donnée utilisée à des fins médicales. Le poids du patient utilisé par le médecin pour doser une prescription médicale par exemple.

Enfin, on trouve les données « croisées », celles qui deviennent une donnée de santé par croisement avec d'autres données. A titre d'exemple on peut citer la donnée liée à un apport en sucre journalier rentrée sur notre téléphone portable qui permet de tirer un résultat sur le diabète d'un individu⁵.

Cet état des lieux permet d'identifier ce que sont des données de santé et ainsi pouvoir appréhender le régime juridique qui leur est applicable. Il est à noter que parmi les données parfois collectées par une application du smartphone, certaines ne seront pas considérées comme des données de santé. Ce sont celles à partir desquelles aucune conséquence ne peut être tirée au regard de l'état de santé de la personne concernée, telles que le nombre de pas réalisés au cours d'une promenade, sans croisement de ces données avec d'autres. Pour autant, la collecte de ces données fait, elle aussi, l'objet d'une régulation. Afin d'inclure l'ensemble des données collectées, il sera alors question non pas uniquement des données de santé à proprement parler mais de l'ensemble des données qui touchent à notre corps.

II) La régulation des données liées à la santé

En 2018, une étude révélait que les vingt applications mobiles de santé les plus populaires compromettent la vie privée de millions d'utilisateurs. C'est le constat fait par des chercheurs grecs de l'Université du Pirée. Les résultats de leurs

⁴CNIL, « qu'est-ce qu'une donnée de santé ? », [<https://www.cnil.fr/fr/quest-ce-ce-quune-donnee-de-sante>]. V. également l'article 9 du Règlement n° 2016/679 du 27 avril 2016, dit règlement général sur la protection des données (RGPD).

⁵*Ibid.*

travaux révèlent que les exigences légales en matière de protection des données sensibles ne sont pas respectées⁶.

La méthodologie des chercheurs reposait sur trois questions essentielles :

- Qui a accès aux données personnelles de l'application ?
- Quelles sont les données exactes auxquelles chaque partie peut accéder ?
- Quel est le niveau de sécurité de chaque canal de communication ?

Cette étude a démontré que la moitié des applications partagent les données personnelles (textes et images) avec des tiers et qu'elles transmettent les données et gèrent les mots de passe des utilisateurs sans connexion sécurisée. En outre, plusieurs applications demandent des accès non justifiés à l'agenda, au répertoire de contacts ou encore aux SMS. De surcroît, presque un tiers des applications communiquent des données de géolocalisation à des tierces personnes⁷.

La question se pose alors de savoir quelle est aujourd'hui le cadre de protection en matière de données liées à la santé⁸. Plusieurs éléments sont à retenir. Le responsable du traitement doit ainsi assurer la confidentialité et la sécurité des informations des utilisateurs de l'application mobile en adoptant « *des mesures de sécurité physiques* » ainsi que « *des logiques adaptées à la nature des données et aux risques présentés* »⁹. Un principe de finalité doit ici être préservé. Le principe de finalité a été réaffirmé par le RGPD qui prévoit en son article 5, 1, b) que « *les données à caractère personnel doivent être collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes, et ne pas être traitées ultérieurement d'une manière incompatible avec ces finalités* »¹⁰. Ce principe tend à répondre à trois objectifs : la transparence, la sécurité juridique et la prévisibilité. Il s'applique tant au stade de la collecte des données qu'à celui de son traitement. Concrètement, le responsable du traitement doit « *mettre en œuvre les mesures techniques et organisationnelles appropriées pour protéger les données dès la conception de l'application et paramétrer celle-ci pour garantir que seules les*

⁶A. PAPAGEORGIOU, M. STRIGKOS, E. POLITOU, E. ALEPIS, A. SOLANAS, C. PATSAKIS, « Security and Privacy Analysis of Mobile Health Applications: The Alarming State of Practice », [<https://www.healthandtech.eu/fr/tour/news/5787/etude-majorite-applis-sante-pas-conformes-regles-securite-donnees.html>].

⁷*Ibidem*.

⁸CNIL, « le RGPD appliqué au secteur de la santé », [<https://www.cnil.fr/fr/le-rgpd-applique-au-secteur-de-la-sante>].

⁹CNIL, Applications mobiles en santé et protection des données personnelles : Les questions à se poser », [<https://www.cnil.fr/fr/applications-mobiles-en-sante-et-protection-des-donnees-personnelles-les-questions-se-poser>].

¹⁰ Règlement n° 2016/679 du 27 avril 2016, dit règlement général sur la protection des données

données à caractère personnel qui sont nécessaires au regard de la finalité spécifique de l'application sont traitées »¹¹. En matière de confidentialité, il importe de respecter un processus d'anonymisation. Il s'agit de faire en sorte que les données seules ne permettent pas d'identifier la personne concernée. En l'occurrence, il s'agit par exemple de s'assurer que les données individuelles, notamment les données de santé, transmises à des fins statistiques sont bien anonymisées. Concernant ensuite la conservation de ces données, « *les informations personnelles collectées doivent être conservées pour une durée limitée, qui ne peut aller au-delà de la durée nécessaire à la finalité du traitement de données découlant de l'utilisation de l'application* »¹². Cela signifie, par exemple, que les données collectées par une application mobile utilisée dans le cadre d'un dispositif de télésurveillance médicale et conservées, le cas échéant, dans un "télé-dossier" n'ont pas vocation à être conservées au-delà d'un certain délai. En ce qui concerne les applications relevant du "bien-être", les données collectées ne doivent pas être conservées au-delà de la suppression du compte ou de l'inactivité du compte »¹³. Par ailleurs, le principe de minimisation des données doit être respecté. Il signifie que seules les données nécessaires à la destination du produit doivent être collectées ce qui implique également que l'utilisateur doit être informé de manière objective sur l'utilisation de ses données. Concernant enfin le consentement de la personne, le règlement général de protections des données le définit dans son article 4 comme « *toute manifestation de volonté, libre, spécifique, éclairée et univoque par laquelle la personne concernée accepte, par une déclaration ou par un acte positif clair, que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement* »¹⁴. A l'égard des données de santé, son recueil dépend de la finalité poursuivie. En effet, les outils de télésurveillance médicale par exemple doivent donner lieu à un accord exprès de la personne tandis que les applications qui n'ont pas un objectif premier de prise en charge médicale (type application de régime) ne nécessite pas un accord exprès¹⁵. Si le consentement est un élément

¹¹*Ibid.*

¹²L'article 5, e) du RGPD précité prévoit que « *les données à caractère personnel doivent être conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées pendant une durée n'excédant pas celle nécessaire au regard des finalités pour lesquelles elles sont traitées; les données à caractère personnel peuvent être conservées pour des durées plus longues dans la mesure où elles seront traitées exclusivement à des fins archivistiques dans l'intérêt public, à des fins de recherche scientifique ou historique ou à des fins statistiques conformément à l'article 89, paragraphe 1, pour autant que soient mises en œuvre les mesures techniques et organisationnelles appropriées requises par le présent règlement afin de garantir les droits et libertés de la personne concernée (limitation de la conservation)* »

¹³*Ibid.*

¹⁴Règlement n° 2016/679 du 27 avril 2016, dit règlement général sur la protection des données

¹⁵CNIL, « Applications mobiles en santé et protection des données personnelles : Les questions à se poser », [<https://www.cnil.fr/fr/applications-mobiles-en-sante-et-protection-des-donnees-personnelles-les-questions-se-poser>]

indispensable, la portée de ce consentement l'est tout autant. Il est nécessaire que la personne sache pour donner son consentement de manière éclairé que l'application est par exemple susceptible d'avoir accès au contenu de sa messagerie, à sa liste d'appels téléphoniques, à son carnet d'adresses ou encore à son système de géolocalisation.

On le voit, les textes (réglementations, recommandations...) qui tendent à protéger ces données sont nombreux, mais il s'avère que des lacunes sont malgré tout constatées, comme l'atteste l'audit de conformité au règlement européen sur la protection des données (RGPD) :

- 11 applications sur 19 fournissent au moins une information relative à la politique de confidentialité des données,
- Une seule application demande le consentement de l'utilisateur pour le recueil d'informations supplémentaires,
- 36 % des applications offrent aux utilisateurs la possibilité de retirer leur consentement et ainsi d'effacer toute information précédemment consentie.

Parallèlement, un autre phénomène est aujourd'hui à l'œuvre, et il pourrait constituer une menace pour l'usagers de ces nouveaux outils. Les entreprises d'assurances s'intéressent de près à ces technologies destinées à sauvegarder la bonne santé de leur clientèle. Le risque est alors dans une intrusion de l'assureur dans la vie privée des assurés. D'ailleurs, une proposition de loi visant à interdire l'usage des données personnelles collectées par les objets connectés dans le domaine des assurances a été enregistrée le 23 janvier dernier à la présidence de l'Assemblée Nationale. Dans le but de remédier aux abus dans le champ de l'assurance vie et de l'assurance maladie, elle suggère d'interdire aux compagnies d'assurance d'utiliser et de traiter de telles informations, et ce, même si elles recueillent en amont le consentement contractuel de l'utilisateur¹⁶.

¹⁶« Aucune segmentation ne peut être opérée sur le plan de l'acceptation, de la tarification ou de l'étendue de la garantie sur la base de la condition que le preneur d'un produit répondant aux définitions contenues dans le code des assurances ou du code de la mutualité accepte d'acquiescer ou d'utiliser un capteur de santé, accepte de partager les données collectées par ces objets par un capteur de santé ni sur la base de l'utilisation de ce capteur de santé par le preneur d'un tel produit. Le traitement de données à caractère personnel récoltées par un capteur de santé, relatives au mode de vie ou à l'état de santé du preneur d'un produit répondant aux définitions contenues dans le code des assurances ou du code de la mutualité est interdit ».

Le marché des données liées à la santé est, on le voit, très florissant, mais il n'est pas sans risque tant ces données peuvent s'avérer sensibles et peuvent faire l'objet d'une utilisation non souhaitée voire préjudiciable pour la personne elle-même.

Internet, un atout ou un danger pour la vie familiale ?

Isabelle CORPART

Maître de conférences en droit privé

Université de Haute-Alsace, CERDACC (UR 3992)

Dans le monde tout numérique dans lequel nous vivons, les relations personnelles sont forcément affectées par l'usage, parfois intempestif, qui est fait d'Internet. Les membres d'une même famille y sont confrontés tour à tour, que ce soit à titre privé ou professionnel, tant Internet imprègne notre mode de vie et de communication, y compris au sein de la sphère familiale.

Très peu de personnes évitent Internet par conviction, celles qui le font sont plutôt exclues pour des questions financières (grande pauvreté, personnes sans abri ou SDF, individus démunis d'objets connectés), d'âge (pour les personnes très âgées ou les très jeunes enfants) ou de maladie (personnes affectées de troubles mentaux).

Nombreuses sont, au contraire, les personnes qui revendiquent le droit de recourir au numérique pour mieux s'organiser, sécuriser leur habitation (avec les objets connectés en particulier), faciliter leurs recherches et garder contact avec des membres de la famille ou des connaissances éloignées. C'est même souvent par réflexe qu'elles commencent par se connecter à leur smartphone ou à leur ordinateur pour entreprendre des démarches ou trouver des solutions à leurs problèmes.

L'accès à Internet a changé la vie des gens à n'en pas douter et de nombreux points positifs en découlent, en gain de temps ou en souplesse notamment. Néanmoins, la généralisation d'Internet et les habitudes de la population de plus en plus connectée occasionne aussi des désagréments qu'il ne faut pas passer sous silence. Il s'agit parfois de suites simplement désagréables, comme un sentiment d'addiction tenace, mais d'autres fois, de véritables dangers (harcèlement, humiliation, atteinte à l'image ou la vie privée, arnaques...) peuvent être encourus.

La sphère familiale est en principe protégée contre les atteintes extérieures au titre du droit au respect de la vie privée et familiale¹. Avec Internet, malheureusement, même en se barricadant chez soi, on n'est plus dans un havre de paix, la vie privée ne bénéficie plus d'une efficace protection et des personnes

¹ CEDH, art. 8 ; C. civ., art. 9.

mal intentionnées peuvent atteindre directement quelques-uns des membres de la famille, voire la famille dans sa globalité.

Avant de continuer à se servir de ce réseau si performant, il importe de prendre conscience de ces risques, pour les comparer aux bénéfices apportés par l'outil. Certes, Internet est un espace de liberté, mais il faut y être vigilant autant, voire davantage, qu'à l'occasion des relations intra-personnelles classiques.

Face à de trop grands dangers, il faut renoncer ou rechercher les moyens de se préserver en mettant en place garde-fous et parades. En effet, vivre avec les siens, rester chez soi, ne protège plus nécessairement de manière sûre, si l'on ne prend pas garde aux retombées d'Internet dans certains domaines. Ces dangers peuvent venir des tiers avec lesquels on est entré en contact par ce biais² et qui peuvent faire l'objet de sanctions pénales³, mais ils peuvent également découler de l'attitude de la personne elle-même. Elle oublie quelquefois de respecter la loi, dépassant le cadre légal par certaines actions, tant le fait de passer par Internet semble facile et normal. Des personnes ne mesurent pas alors les risques de dérapage de leurs démarches, car grâce à Internet, c'est le monde entier qui s'offre à elles.

Ces risques liés à l'usage d'Internet et des services virtuels peuvent concerner la sphère familiale à deux titres. Il s'agit d'abord, éventuellement, de la création de la famille elle-même (I). En effet, trouver un conjoint ou compagnon peut résulter de démarches menées sur le Net, de même que fonder une famille passe aussi par Internet lorsque les couples rencontrent des difficultés à procréer, sachant qu'à l'inverse, quand les familles sont éparpillées, Internet donne aux parents le moyen d'organiser des retrouvailles. Ensuite, ce sont les relations intrafamiliales qui peuvent ressentir les contrecoups du recours intempestif au tout numérique (II). Si, dans certains cas, la vie familiale tire avantage de ces

²Des fuites peuvent aussi être signalées, voir par exemple la faille découverte sur un serveur d'un logiciel professionnel utilisé par plus d'une centaine de centres ou de cabinets de chirurgie esthétique, des photos, dont certaines intimes, ayant été laissées en accès libre : *Le Parisien*, 14 février 2020.

³Sont ainsi sanctionnés, le piratage : « *fait d'accéder ou de se maintenir frauduleusement, dans tout ou partie d'un système de traitement automatisé* » (C. pén., art. 323-1) et la cryptologie, technique qui consiste à crypter un message afin de le rendre inintelligible à celui qui ne possède pas la clé de décodage, « *lorsqu'un moyen de cryptologie a été utilisé pour préparer ou commettre un crime ou un délit, ou pour en faciliter la préparation ou la commission* » (C. pén., art. 132-79). Sans oublier que la pédopornographie est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000€ d'amende : « *fait, en vue de sa diffusion, de fixer, d'enregistrer ou de transmettre l'image ou la représentation d'un mineur lorsque cette image présente un caractère pornographique* » (C. pén., art. 227-23).

ouvertures, des difficultés peuvent en découler, certains membres de la famille pouvant être plus fragiles que d'autres.

I) Internet, partie prenante à la fondation de la famille

Il peut arriver qu'Internet se mêle de la création d'une famille car, avec le numérique, des portes inaccessibles jusqu'alors s'ouvrent et sur le Net, les réseaux utilisés pour faire des recherches sont démultipliés. Elles peuvent assurément être menées d'un bout à l'autre de la planète en seul clic.

Internet offre de nouvelles perspectives et permet d'un côté, de créer une famille (A) et de l'autre, de retrouver des membres de la famille (B). Dans les deux cas, on peut se féliciter d'accéder à un nouvel outil performant mais, quand de nouvelles perspectives sont offertes, les individus veulent souvent aller encore plus loin et dépassent alors les limites autorisées.

A. Atouts et risques d'Internet en vue de créer une famille

En droit, le premier acte fondateur de la famille est le mariage, complété par un second acte fondateur lié à l'enfant, ce que traduit l'expression « *l'enfant fait la famille* ».

1) Du côté du couple

Seul le mariage fondait la famille historiquement avec, pendant longtemps, des mariages arrangés et forcés pour lesquels les parents influaient sur le choix de leurs enfants. Ils utilisaient déjà, en quelque sorte, des réseaux, ayant recours parfois à des entremetteuses pour trouver la perle rare. Cette profession a certes disparu (même si quelques cas de mariages forcés sont encore à signaler en France, principalement dans les familles issues de l'immigration), mais la difficulté de trouver l'âme sœur demeure. Aussi, pour se marier, ou simplement vivre en couple, certaines personnes fréquentent des agences matrimoniales ou s'inscrivent sur des sites de rencontre⁴.

⁴Ce que l'on peut faire même si l'on est marié, sous réserve que la consultation de tels sites soit constitutive d'une violation de l'obligation de fidélité. Il a ainsi pu être jugé que le fait de correspondre avec une ou plusieurs personnes sur des sites de rencontres, même sans qu'il n'y ait de rencontre physique, constitue une violation de l'obligation de fidélité et donc un adultère : Cass. 1^{ère} civ., 30 avril 2014, n° 13-16.649. En l'espèce, « *les mails équivoques échangés sur "netlog" par l'épouse avec un certain nombre de correspondants masculins, ainsi que les photographies intimes de cette dernière, établissent que celle-ci avait un comportement de recherches de relations masculines multiples* » et la Cour de cassation retient que ce comportement de l'épouse, sans rapport avec son état dépressif, constitue un manquement grave et renouvelé aux obligations du mariage. Dans le même sens, prononcé d'un divorce sur la base de la copie d'écran de la page de la femme sur un site internet de

Il n'y a pas d'obligation à se marier et on ne saurait critiquer le courtage matrimonial en ce qu'il influencerait sur le consentement qui doit rester libre et entier. Pour autant, la fréquentation des sites de rencontre peut conduire à des débordements, amener des contacts désagréables, des arnaques liées aux faux profils communiqués sur ces sites, voire à des faux sites de rencontre⁵. Les utilisateurs se cachent derrière des pseudonymes et il est courant d'avoir affaire à des escrocs qui cherchent à soutirer de l'argent⁶. Une des pratiques répandues en la matière consiste à demander à son interlocuteur de se dévêtir. Dans cette arnaque à la *webcam*, l'escroc devient maître-chanteur et menace de diffuser ces images compromettantes sur des réseaux sociaux tels que *Facebook*, *Twitter* ou *YouTube*⁷.

Un autre trafic a pris de l'ampleur avec le développement d'Internet en matière de mariages de complaisance. Des personnes d'origine étrangère tentent, par le mariage puis le regroupement familial, de venir en France voire d'acquérir la nationalité française après quatre ans de mariage.

De nombreux réseaux de mariages blancs, simulés ou de complaisance ont ainsi été démantelés, notamment quand la loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 n'avait pas encore exigé quatre ans de mariages avant de pouvoir devenir français (C. civ., art. 21-2). En la matière, Internet facilite considérablement la tâche aux contrevenants pour trouver le futur époux. Néanmoins, un tel mariage n'est pas valable. Aussi, d'une part, une opposition au mariage peut être faite en amont pour empêcher la célébration et, d'autre part, la découverte de l'absence d'intention matrimoniale et de sentiment affectif après la cérémonie peut déboucher sur l'annulation du mariage (C. civ., art. 146, 175-1 et 180). En cas de suspicion, une enquête va donc être menée. Souvent, lorsqu'elle révèle un mariage frauduleux, il s'avère que les futurs époux ou les conjoints ont fait connaissance sur Internet et ne se sont pas beaucoup rencontrés physiquement avant leur projet matrimonial.

On le voit, si Internet offre de nouvelles perspectives pour fonder un foyer, les intéressés s'affranchissent parfois du cadre légal de leurs démarches, pensant

rencontres : CA Angers, 15 décembre 2016, n° 15/0177 ; divorce lié à la consultation de sites de rencontres par le mari, se présentant comme une personne divorcée : CA Riom, 9 avril 2019, n° 18/00478.

⁵Il ne faut pas communiquer sur ces sites ses données personnelles et, *a fortiori*, ses coordonnées bancaires.

⁶Que l'on peut désigner sous le nom « *d'arnacoeurs* » ou « *brouteurs* », terme désignant une forme d'arnaque sur Internet ! [<http://www.arnacoeurs.com/>].

⁷Il est fort utile d'actionner les moteurs de recherche pour détecter les agissements malveillants de cet interlocuteur.

pouvoir tout faire sur Internet mais, ce faisant, il leur arrive de se mettre en situation de danger, des personnes peu scrupuleuses rencontrées par les réseaux sociaux pouvant alors profiter de leur crédulité⁸. Ces transgressions de la loi sont encore plus préoccupantes quand elles visent des enfants.

2) Du côté de l'enfant

Se sentant protégées par une certaine forme d'anonymat lors de leurs démarches sur le Net, des personnes n'hésitent pas à braver l'interdit en tentant de devenir parents par des moyens que la loi réprovoque. S'il ne s'agit pas de tentatives uniquement liées aux réseaux sociaux et à l'usage des moyens informatiques, la souplesse et la rapidité qu'offre Internet, conjuguées à l'accroissement phénoménal du champ d'investigation ont sans conteste conduit de nouvelles personnes à transgresser la loi française.

Pour devenir parent, il faut généralement être un homme et une femme en capacité de procréer. *Via* des petites annonces déposées sur le Net, il est toutefois possible de trouver un reproducteur qui acceptera de rencontrer la future mère. Le recours à Internet n'est pas en soi problématique, au nom de la liberté sexuelle, et car, on le sait, des femmes sont déjà parvenues à être enceintes, lors d'aventures d'un soir, à l'insu du géniteur⁹. Il sera toutefois plus compliqué pour l'enfant de retrouver un jour son géniteur qui, sachant qu'il participe à la conception d'un enfant, aura sans doute pris soin d'utiliser un pseudonyme.

C'est plus délicat si la personne qui veut devenir mère ou père contrevient au droit français de la bioéthique et part à l'étranger, dans le cadre du tourisme procréatif, rechercher soit une mère porteuse, soit un donneur ou une donneuse de gamètes. Le strict cadre juridique, posé depuis 1994 et guère modifié par les réformes successives, conduit à empêcher certaines personnes de devenir parents en France¹⁰. Elles s'affranchissent alors de ces règles et mènent leur projet parental au-delà des frontières. Au terme de l'évolution de la jurisprudence, en particulier autour de l'insémination artificielle avec donneur pour les couples de femmes et de la gestation pour autrui¹¹, elles ne rencontrent

⁸À côté des « mariages blancs », il y a place pour des « mariages gris » encore plus perturbants : seule la personne étrangère est dépourvue d'intention matrimoniale et elle fait croire au français ou à la française qu'elle envisage d'épouser au « grand amour » .

⁹M. PLARD, *Paternités imposées*, Éditions Les liens qui libèrent, 2013.

¹⁰C. BRUNETTI-PONS (dir.), *Le « droit à l'enfant » et la filiation en France et dans le Monde*, LexisNexis, 2018 ; C. BRUNETTI-PONS (dir.), *PMA, GPA : quel statut juridique pour l'enfant ?*, Mare & Martin 2018.

¹¹ En cas de gestation pour autrui ou d'assistance médicale à la procréation valablement faites à l'étranger, la Cour de cassation autorise désormais la transcription intégrale des actes étrangers sur les registres d'état civil

plus de réelles difficultés et la loi est aussi en passe d'évoluer vers une plus grande permissivité¹².

Avec Internet, ces démarches se sont trouvées facilitées et l'on peut se procurer les gamètes à l'étranger ou faire la connaissance de la mère porteuse en consultant des catalogues, sur la base de rémunérations, pourtant interdites en France. Des cas de gestation pour autrui sont aussi signalés en France. De manière clandestine, des personnes postent des annonces sur des forums, font ensuite la connaissance de la future génitrice et pratiquent une insémination artisanale. Internet, là encore, facilite ce type de rencontres de ces personnes qui enfreignent la loi.

Des couples d'hommes peuvent également partir à la recherche de couples des femmes afin de s'associer pour faire naître un enfant et se le partager. Pour mettre en place cette forme de coparentalité, il suffit qu'ils se rendent sur des sites dédiés à cette question.

Les démarches sur le Net pour devenir parent sont parfois réellement choquantes. Il en va ainsi d'une affaire dans laquelle il s'est agi d'organiser la vente d'un enfant sur *Ebay*, les parents de naissance ne souhaitant pas l'élever et proposant de le céder au plus offrant¹³. Dans une autre affaire, la mère porteuse qui avait accepté de porter un enfant pour un couple d'hommes a finalement cédé l'enfant à un autre couple¹⁴. Avec Internet et l'appât du gain, ces situations risquent de se multiplier et, comme tout se passe à l'étranger, le droit français n'est d'aucun secours.

Il en va de même en matière d'adoption, où des réseaux peuvent être consultés pour offrir un enfant adoptable¹⁵, le tout parfois sur fond de trafics¹⁶, avec rétribution des intermédiaires. Là encore les personnes quittent la France car le droit français est jugé trop rigide et Internet les aide à trouver des filières pour s'affranchir des contraintes posées dans l'hexagone. Il s'agit là de situations

français : Cass. 1^{re} civ., 4 oct. 2019, n° 10-19053 ; Cass. 1^{re} civ., 18 déc. 2019, n° 18-11815 et n° 18-12327 ; n° 18-14751 et 18-50007. Elle assimile ainsi parent biologique et parent d'intention au regard de la filiation.

¹²I. CORPART, « Tourisme et procréation médicalement assistée : quelles répercussions sur la filiation et l'état civil ? », in D. BRACH-THIEL et J.-B. THIERRY (sous la dir. de), *Forum shopping médical (Colloque Nancy 14 février 2014)*, éditions PUN-Edulor, 2015, p. 77 ; « Les retombées de l'assistance médicale à la procréation », in C. BRUNETTI-PONS (dir.), *Le « droit à l'enfant » et la filiation en France et dans le Monde, op. cit.*, p. 355.

¹³*20 minutes*, 13 octobre 2016 ; *20 minutes*, 19 juillet 2011 ; *L'Obs*, 25 mai 2008.

¹⁴Cass. 1^{re} civ., 12 septembre 2019, n° 18-20472, *Bull.* à paraître.

¹⁵Des sites internet avec des photographies d'enfants adoptables sont dénoncés depuis de nombreuses années : M.-O. BAUR, C. BENICKE, « L'adoption internationale en droit comparé », n° spéc., *LPA*, 2004, n° 61, p. 49.

¹⁶Condamnation des responsables de l'Arche de Zoé, association fondée pour évacuer les orphelins de la zone de conflit du Darfour : Cass. crim. 17 févr. 2016, n° 14-81511, inédit.

déplorables car l'enfant n'est ni plus moins qu'un objet que l'on cède, qui passe de mains en mains et que l'on cherche à obtenir à tout prix et à tous les prix. Des catalogues sont également disponibles sur le Net et des combines pour passer outre aux contrôles sont aussi détaillées sur des sites dédiés.

On n'est pas non plus à l'abri de réseaux qui tentent de créer des liens entre un enfant français et une personne de nationalité étrangère qui cherche à venir en France. Les filières qui existent connaissent, là encore, une certaine embellie grâce à Internet où tout va plus vite et plus loin. À ce titre, on relève que des reconnaissances mensongères d'enfant peuvent être faites à des fins migratoires. Le parent étranger d'un enfant français peut, en effet, espérer obtenir un regroupement familial, de même que le parent étranger d'un enfant étranger mais reconnu par une personne de nationalité française¹⁷.

Ces risques sont bien réels même s'il ne s'agit pas cette fois d'arnaques, mais de personnes qui s'affranchissent des règles de droit, en se cachant derrière l'anonymat propre aux démarches sur le Net¹⁸.

À l'inverse, Internet peut aider des familles et il faut se féliciter que des outils numériques offrent de nouvelles perspectives.

B) Atouts et risques d'Internet pour trouver ou retrouver sa famille

Grâce à Internet, des familles ont pu retrouver une vie harmonieuse et, en conséquence, ce ne sont pas les dangers, mais bien les atouts d'Internet qui méritent d'être pointés. Grâce au large spectre que couvrent les démarches faites sur Internet, les frontières géographiques n'existent plus et les distances géographiques sont sans importance, aussi de belles découvertes peuvent-elles être faites.

Le recours à Internet peut, dès lors, s'avérer fort appréciable lorsque certains membres de la famille se sont éloignés les uns des autres et que l'on est privé de

¹⁷Le législateur est intervenu pour y mettre bon ordre : I. CORPART, « Comment éviter l'instrumentalisation de la reconnaissance d'enfant à des fins migratoires ? Commentaire de la loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018 pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie », *RJPF*, 2019-1/21.

¹⁸Pour une analyse critique sur l'ampleur supposée de ces fraudes : L. CARAYON : « Plutôt des enfants sans père que des personnes étrangères sur nos terres ! Pour une critique nécessaire de l'article 30 du projet de loi sur l'asile et l'immigration. Premier épisode. », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 06 avril 2018, consulté le 23 juillet 2020 (URL : <http://journals.openedition.org/revdh/3826>).

toute nouvelle, lorsque d'autres sont portés disparus suite à des événements dramatiques. Internet peut alors faciliter les recherches et les retrouvailles. Dans d'autres cas, Internet permet même à des personnes de créer des liens filiaux ou affectifs une fois qu'elles ont pu découvrir qu'elles avaient des origines communes.

1) Les retrouvailles de personnes

Des personnes enlevées, disparues ou perdues ont pu être sauvées grâce à des alertes lancées sur les réseaux sociaux et qui sont plus productives que des affichettes placardées dans la région où elles vivent.

L'alerte enlèvement témoigne ainsi de la force d'Internet car, en quelques instants, des informations essentielles sont diffusées. En un clic, la France entière est alertée, de même que les pays voisins, et des enfants ont pu être sauvés à de multiples reprises¹⁹.

Il peut s'agir aussi de rechercher la trace de personnes dont on est sans nouvelles après qu'elles soient parties en vacances, faire du ski, de l'escalade ou en voyage d'affaires. Il faut là encore rapidement organiser les secours et des témoins peuvent rapidement être localisés grâce au Net.

Parfois, c'est un mort qu'il faut identifier pour ne pas devoir inhumer un cadavre sous X. Grâce à l'activation des réseaux, nombre de personnes pourront faire leur deuil. Des aides de toute nature peuvent d'ailleurs être précieuses. Ainsi lors de catastrophes ou face à un événement particulier, des collectes de fonds peuvent être vite organisées et l'on peut même trouver grâce aux réseaux sociaux des donneurs d'organes compatibles²⁰.

L'engouement pour les cousinades qui permettent de rassembler des centaines de personnes issues d'un même ancêtre montre d'ailleurs que les liens de famille peuvent avoir une grande force. C'est souvent en faisant des investigations sur le Net que l'on parvient à réunir autant de personnes, grâce aux bases de données, aux groupes de discussion ou aux associations de généalogie²¹.

En matière généalogique, précisément, Internet fait des émules, en particulier en vue de retrouver des héritiers. Les généalogistes ont aujourd'hui à leur

¹⁹ Déclenché 24 fois, le dispositif alerte-enlèvement a permis de retrouver 23 enfants en vie : [<http://www.alerte-enlevement.gouv.fr/index.php?rubrique=10445>].

²⁰À l'inverse, on peut participer à des trafics d'organes ou à des ventes d'organes sur Ebay : *Huffington post*, 17 octobre 2015 ; *Journaldequebec.com*, 5 oct. 2017.

²¹J. MISSOFFE, *Organiser une cousinade*, Éditions Autrement, 2005.

disposition tous les outils numériques et cela leur permet d'arriver mieux et plus vite à leurs fins, surtout quand les héritiers potentiels ont quitté la France. Pour autant, à l'occasion de recherches généalogiques menées en ligne, il arrive que des personnes s'arrangent pour se faire passer pour celle en quête de laquelle sont effectuées les démarches, notamment s'il s'agit de récupérer un héritage. Usurpations d'identité et arnaques sont fréquentes en la matière.

Facilitées par l'accès à Internet qui permet de confronter des milliers de données, les recherches généalogiques prospèrent, pour le plus grand bonheur des personnes qui se sont lancées dans l'aventure. Il faut pourtant noter que, parfois ces recherches sont faites à leurs risques et périls. Elles peuvent faire découvrir des relations familiales qui étaient ignorées, révéler au grand jour des secrets de famille et même entraîner parfois de graves conflits familiaux sur fond de vengeance lors de la révélation d'usurpations d'identité, de dissimulations ou manipulations, d'adultères ou de crimes.

2) Les recherches de géniteurs

En la matière, les démarches faites sur le Net ont deux atouts. Il est possible de s'affranchir de certaines contraintes posées par la loi française en poursuivant les démarches à l'étranger et c'est sur une très grande échelle que les investigations peuvent être menées grâce au Net.

Tout connaissant l'interdiction posée par la loi française, qui impose de recourir à un juge dans le cadre d'une action relative à la filiation pour la réalisation d'examens génétiques²², nombre de personnes font le choix de contacter des entreprises étrangères pour obtenir des tests ADN²³. C'est, ici encore, Internet qui permet la prise de contact et la réalisation des tests à distance.

Des personnes tentent ainsi de lever l'anonymat des dons d'organes²⁴ et de gamètes. En la matière, par le biais de l'identification génétique, des personnes nées grâce à des dons d'ovocytes ou de spermatozoïdes peuvent espérer retrouver leurs géniteurs. Aux termes de recherches poussées, des personnes ont ainsi pu retrouver un individu qui avait un ADN très proche du leur. Poursuivant les investigations, on a pu découvrir qu'un membre de famille avait

²²C. civ., art. 16-11.

²³Ce genre de test est illégal en France, mais il est facile à commander sur Internet, par exemple à la société *23andMe* pour 99 dollars.

²⁴Et tenter de retrouver, par exemple, la personne qui a reçu le cœur ou le rein d'un proche.

été donneur de sperme, si bien qu'il y avait un réel lien biologique²⁵. C'est que la chance de croiser la route d'un parent est minime, mais, rapportée à l'échelle d'Internet cela change tout car ce réseau informatique relie des millions d'ordinateurs entre eux.

Il en va de même pour les personnes nées sous le secret ou adoptées. Si la personne a déjà un lien de filiation, par le biais de l'assistance médicale à la procréation ou de l'adoption, la découverte des origines ne modifiera pas la filiation, mais Internet aura permis que les membres de la famille (de naissance) se retrouvent. Des liens affectifs peuvent alors se nouer, affectant la vie familiale des uns et des autres. Il est possible aussi de retrouver sa fratrie lorsque l'on a été placé auprès des services de l'Aide sociale à l'enfance à la naissance, de retrouver un enfant dont la mère a accouché sous le secret²⁶. Dans tous ces cas, grâce à Internet, ces personnes vont pouvoir nouer de nouvelles relations.

II) Internet, partie prenante à la vie familiale

De plus en plus, Internet se mêle des relations familiales ou, du moins, est très prisé pour maintenir les liens entre les proches parents et leur entourage. Avec cet engouement, Internet étant un réseau informatique qui relie des millions d'ordinateurs entre eux sur toute la planète, les risques pointés sont aussi démultipliés et il faut redoubler de vigilance, même au cœur des foyers.

L'attention doit être redoublée pour certains membres de la famille (A) mais tous sont visés quand Internet devient le moteur des relations familiales (B).

A) Atouts et risques d'Internet pour chacun des membres de la famille

Pour chacun d'entre nous, Internet se révèle effrayant et passionnant à la fois. Ses vertus sont nombreuses et il a réellement changé pratiques et démarches, toutefois la jungle d'Internet est régulièrement décriée à raison.

1) Appréciable recours à un outil éducatif, de recherche, d'apprentissage et de communication sur une très grande échelle

²⁵Au terme de recherches intenses et par le biais de tests génétiques réalisés à l'étranger, Arthur Kermalvezen, né d'un don anonyme de sperme, est parvenu à lever le voile sur l'identité de son géniteur à 34 ans, *Libération*, 15 janvier 2018. Au mépris de la loi qui protège l'anonymat des donneurs, il a pu retrouver celui à qui il doit la vie et, incidemment, a appris que sa famille de naissance est porteuse d'une maladie génétique et qu'il a urgence à passer des tests.

²⁶Une ex-journaliste de « *Perdu de vue* », Patricia Fagué, s'est donnée pour mission de rechercher des personnes disparues, *20 minutes*, 11 mai 2017. Elle est à l'origine de plusieurs centaines de retrouvailles.

Sans nul doute, Internet est un excellent outil éducatif, de recherche et d'apprentissage grâce au e-learning, aux MOOC, aux encyclopédies virtuelles et un moyen de communication exponentiel. Que ce soit dans la vie personnelle, familiale ou professionnelle, le portail Internet ouvre au monde et offre une actualisation immédiate sur tous les sujets. Il permet aussi parfois de sortir de l'isolement, mode de socialisation *via* la participation à des forums ou des réseaux sociaux.

Il présente des vertus à tout âge et pour prendre quelques exemples, on peut noter qu'il est permis aux usagers d'être connectés, même en maison de retraite²⁷. Il donne accès à des ressources éducatives aux enfants qui peuvent aussi vivre ainsi avec leur temps et développer leur créativité. Les familles sont concernées aussi car, grâce au numérique, un contact rapide et constant est possible avec les parents d'élèves. Sans oublier qu'Internet aide les enfants malades ou handicapés à poursuivre leur scolarité (avec le CNED notamment), de même quand ils doivent partir à l'étranger avec leurs parents. Pour les étudiants, des mises à disposition d'ordinateurs peuvent être organisées car là, encore, l'outil pédagogique rend possible l'accès à de multiples ressources et à des réactualisations constantes.

Des aspects négatifs vont certes être mis en balance de ces apports effectifs, raison pour laquelle on a une perception ambivalente des usages numériques²⁸. Néanmoins il est paradoxal de noter que ce qui fonctionne le mieux en termes de vigilance, ce sont les vidéos de prévention diffusées sur le Net...

2) Dangers liés à l'usage d'Internet

Des craintes se manifestent, à juste titre, contre un univers multi-connecté, pointant la jungle d'Internet. Avec l'acheminement de données numérisées de toutes sortes, le pire peut survenir et l'on peut se trouver rapidement au cœur d'une cyber-malveillance, aussi faut-il constamment rester sur ses gardes. Les difficultés sont toutefois décuplées quand le public visé fait partie des personnes vulnérables.

²⁷Les objets connectés peuvent être très utiles, y compris pour les soignants car ils permettent de transmettre des informations. Par ailleurs Internet favorise le maintien des personnes âgées à domicile grâce à des plateformes numériques de service.

²⁸Ainsi, si, pour certains internautes, Internet offre un moyen de lutter contre l'isolement et de se sociabiliser, pour d'autres, c'est une désocialisation qui est à la clef, avec des problèmes de santé quand la personne reste vissée à son ordinateur.

Il est d'abord plus facile de s'en prendre à des personnes affaiblies par l'âge ou la maladie et elles sont, plus que les autres, victimes d'arnaques en ce domaine. Leur situation est d'autant plus délicate qu'elles ne sont pas toujours très à l'aise avec les outils informatiques et les usages numériques. Il importe de redoubler de vigilance et bien les informer de tous les risques encourus. Des recours pourront être formés plus tard, en invoquant des abus de faiblesse, voire des violences ou malversations mais il sera, le plus souvent, difficile de retrouver les contrevenants à l'autre bout du monde.

C'est ensuite l'univers des mineurs qui doit faire l'objet de toutes les attentions. Ils sont, de plus en plus, connectés²⁹ et font partie des internautes parmi « *les plus actifs et les plus présents sur la toile* »³⁰. Une enquête de l'UNAF a révélé que 49 % des enfants de 0 à 14 ans (65 % des 11/14 ans) disposent d'au-moins un équipement et que 51 % des enfants de 11 à 14 ans se rendent sur les réseaux sociaux³¹.

Pour eux, les risques sont nombreux car leur jeune âge en fait des proies faciles³². Ils sont alors mis en contact avec des inconnus qui peuvent tenter de leur nuire et être victimes de cyber-harcèlement³³, voire d'agressions en ligne³⁴. Ils présentent le risque de voir leurs images exploitées³⁵, de se faire harponner par des prédateurs sexuels³⁶ ou des escrocs notamment par le biais de jeux vidéo en réseau, les agresseurs se sentant en sécurité derrière leurs écrans, préservés par l'anonymat habituel en ce domaine. Ce qui est d'autant plus inquiétant, c'est que les jeunes victimes ne disent rien le plus souvent, par honte, se sentant quelque peu coupables ou, par peur, s'ils côtoient l'agresseur dans leur collège ou leur lycée.

²⁹D'où une difficulté récurrente à l'école et le nécessaire vote de la loi n° 2018-698 du 3 août 2018 relative à l'encadrement de l'utilisation du téléphone portable dans les établissements d'enseignement scolaire, *JORF*, n° 0179, 5 août 2018.

³⁰A. DEBET, « Internet et vie privée : la protection et la liberté du mineur internaute », *CCE* décembre 2005, étude 40.

³¹ Observatoire de la Parentalité & de l'Éducation Numérique et Unaf, « La parentalité à l'épreuve du numérique », Étude février 2020.

³²B. BÈGUE, « Cyberviolences. Les mineurs en première ligne », *ASH*, n° 3145, 31 janvier 2020, p. 14.

³³Rumeurs, humiliations, diffamations, mises à l'écart, chantages, discriminations...

³⁴À l'inverse, les mineurs peuvent aussi, en tant qu'acteurs, porter préjudice à des tiers et leur responsabilité peut être engagée : A. DEBET, *chron.*, préc.

³⁵P. BONFILS, « Exploitation de l'image pornographique d'un mineur », *JCl. Code Pénal*, Art. 227-28-3, fasc. 20 ; K. FAVRO, « La qualification juridique de la pornographie, in Réseau européen de recherches en droit de l'Homme (sous la dir. de), *Pornographie et droit*, Mare & Martin, 2020 ; M. QUÉMENER, « Internet et la protection des mineurs », *AJ fam.* 2003, p. 381.

³⁶Qui se font passer pour des mineurs pour extorquer des vidéos à caractère sexuel. Cette technique est appelée « *grooming* » ou « *sextorsion* ».

C'est aussi la consultation de certains sites qui pose problème. Les mineurs ne sont effectivement pas protégés automatiquement contre les sites pornographiques³⁷ ou la diffusion de violences extrêmes, ce qui va affecter leur développement et leur épanouissement, sans compter qu'ils peuvent être incités par ce biais à la violence, à la consommation de drogue d'alcool ou de stupéfiants et au racisme³⁸.

Pour mieux protéger les mineurs et sécuriser l'accès à Internet, la proposition de loi n° 99 tendant à la protection des mineurs face au numérique, enregistrée au Sénat le 5 novembre 2019 entend ajouter à la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (JO du 22 juin) un article 6-2 selon lequel « *les personnes dont l'activité est d'éditer un service de communication au public en ligne interdit aux mineurs s'assurent que les usagers sont majeurs* ». Cette obligation est imposée aux personnes physiques ou aux dirigeants de fait ou de droit des personnes morales, sans possibilité d'y déroger³⁹.

En amont, il est essentiel de les éduquer au numérique⁴⁰. Il faut surveiller leurs pratiques, ce qui peut passer par l'utilisation de dispositifs techniques, de logiciels de contrôle du surf, d'espionnage (géolocalisation ou *tracker*), de paramétrage des smartphones ou consoles du mineur ou par la suppression de certaines applications. Différents moyens permettent effectivement d'encadrer la pratique numérique des enfants pour éviter les addictions aux écrans, même si c'est plus délicat pour les adolescents, et pour que des tiers ne profitent pas de leur naïveté ou de leur innocence⁴¹.

Les dangers des écrans pour les enfants, en particulier les plus jeunes d'entre eux, sont régulièrement pointés⁴², pouvant entraîner des troubles de la santé mentale, mais plus généralement, ayant des effets sur leur développement

³⁷À présent, c'est aux intéressés qu'il est demandé de confirmer leur âge sans qu'aucune vérification ne soit entreprise, ce qui est véritablement consternant car les parents ne sont pas toujours à même d'empêcher leurs enfants d'accéder à ces sites.

³⁸Voir toutefois une intéressante étude sociologique menée par Y. AMSELLEM-MAINGUY et A. VUATTOUX, *Les jeunes, la sexualité et Internet*, EFB, 2020, résumé par N. CELNIK, « Sur Internet, les jeunes ne tombent pas dans le porno », Libération, 26 juin 2020, [https://www.liberation.fr/debats/2020/06/26/sur-internet-les-jeunes-ne-tombent-pas-dans-le-porno_1792462].

³⁹I. CORPART, « Mieux endiguer les dangers du numérique pour les mineurs », JAC, n° 192, décembre 2019.

⁴⁰Mission essentielle de l'Observatoire de la Parentalité & de l'Éducation Numérique.

⁴¹Mise en ligne par la CNIL et l'UNAF d'un guide pour les parents [www.cnil.fr]. *Adde* pour aider les parents à mieux gérer l'usage du numérique au sein de la famille : J. LACHANCE, *La famille connectée : de la surveillance parentale à la déconnexion des enfants !* Erès, 2019.

⁴²V. notamment le rapport du Haut Conseil de la Santé Publique (HCSP) de janvier 2020 : *Analyse des données scientifiques : effets de l'exposition des enfants et des jeunes aux écrans*.

cognitif et sur leurs apprentissages⁴³. Il importe de repérer les signes d'alerte d'une utilisation excessive des écrans⁴⁴ et de ne pas hésiter à demander conseil à des spécialistes des risques du numérique. Les parents ont un rôle essentiel à jouer en ce domaine car les mineurs sont moins aptes à trier les informations sur Internet ; fragiles, vulnérables, inexpérimentés, ils sont livrés à eux-mêmes sur le Net.

Toute la difficulté vient ici du fait qu'Internet est fort tentant pour eux, en particulier pour déposer en ligne des vidéos qui pourraient les rendre célèbres. L'image des enfants et leur diffusion sur des plateformes de partage de vidéos, telles que YouTube, raison pour laquelle est généralement utilisée l'expression enfants « *YouTubers* », est au cœur d'une récente polémique. C'est la proposition de loi n° 2519 visant à encadrer l'exploitation commerciale de l'image d'enfants de moins de seize ans sur les plateformes en ligne, enregistrée à l'Assemblée nationale le 17 décembre 2019, qui a conduit à révéler ce problème de société au grand public.

De jeunes enfants sont ainsi filmés à différents moments de leur vie, lors de leurs loisirs, mais aussi mis en situation de déballer des produits pour les tester, voire les savourer, de lancer des défis, de participer à des tutoriels. L'aspect commercial et mercantile, porté au grand jour, de ces diffusions sur des plateformes en ligne est dérangeant car, d'une part, les enfants, mais surtout leurs familles, peuvent retirer un profit appréciable de ces activités lucratives et, d'autre part, des marques profitent de cette nouvelle manière de faire de la publicité en s'adressant directement au public concerné, d'où l'expression enfants « influenceurs ». Les mineurs boostent les ventes mais on oublie qu'il s'agit d'un travail illégal et qui ne respecte pas les réglementations prévues pour encadrer le travail des enfants et aussi qu'il y a des risques liés à l'exposition de l'image des enfants sur des plateformes en ligne.

Face aux importants enjeux en matière de protection des mineurs et pour lutter contre ce travail dissimulé et illégal, les députés ont adopté à l'unanimité la proposition de loi, le 12 février 2020. Ils ont souhaité étendre à ces mineurs le régime protecteur des enfants du spectacle, en prévoyant une autorisation préalable et une information sur les droits de l'enfant, en particulier sur les

⁴³À ce titre, il est préconisé zéro écran avant trois ans ! : M. COLLET, *L'exposition aux écrans chez les jeunes enfants est-elle à l'origine de l'apparition de troubles primaires du langage ?* Thèse médecine Rennes 2017 ; Dossier « Les écrans s'invitent au berceau ? », *Le Furet* n° 74 (août 2014) ; B. STIEGLER et S. TISSERON, *Faut-il interdire les écrans aux enfants ?* Ed. Mordicus, 2009.

⁴⁴Sans oublier les effets en matière de santé de l'exposition aux radiofréquences.

risques liés à une exposition de l'image des enfants sur des plateformes en ligne⁴⁵.

En ce domaine, comme dans d'autres, il faut avancer avec prudence et ne pas systématiquement tout interdire, toutefois la difficulté consiste assurément à concilier la préservation de la liberté d'expression et la protection due à tous les mineurs, y compris contre leurs propres agissements. C'est le même raisonnement qui doit être tenu lorsqu'Internet s'insère au cœur des familles et devient un mode de régulation des liens interpersonnels.

B) Atouts et risques d'Internet au cœur des relations familiales

Internet peut, selon les cas, améliorer les relations ou les perturber, jusqu'à quelquefois faire éclater la cellule familiale. En tous les cas, le constat doit être fait que les écrans envahissent les foyers et modifient le quotidien des familles⁴⁶.

1) Appréciable usage du numérique dans la sphère familiale

De nombreuses familles se félicitent de l'accès à Internet quand il s'agit de maintenir des relations entre parents éloignés⁴⁷. Il est commode de pouvoir suivre les déplacements professionnels ou familiaux des proches, d'être rassurés même quand ils sont dans des régions ou des pays à risque et de garder le lien, du moins si les intéressés en expriment le désir. Les parents de jeunes gens faisant des études loin du domicile familial apprécient tout particulièrement le maintien de ce lien virtuel.

Pour les grands-parents éloignés, suite aux déménagements des uns et des autres, Internet permet de conserver des liens étroits avec le restant de la famille et surtout avec les petits-enfants⁴⁸. Ils peuvent ainsi les voir et les entendre s'exprimer en direct avec des outils tels que *Skype* et jouer pleinement leur rôle dans la cellule familiale.

Internet offre aussi un support incomparable aux parents séparés qui doivent attendre le week-end ou la partie des vacances durant lesquelles s'exercera leur droit de visite et d'hébergement. Les distances entre les personnes sont ainsi

⁴⁵I. CORPART, « Haro sur le travail dissimulé des enfants et leur exploitation à l'occasion de vidéos entrecoupées de publicité », *RJPF* 2020-4/26.

⁴⁶Et, à l'heure du tout numérique, il faut noter malheureusement la disparition des albums de famille : « Que deviennent les albums de famille ? », *Cahiers de l'enfance et de l'adolescence*, Erès, 2/2019.

⁴⁷« La parentalité à l'épreuve du numérique », enquête UNAF, févr. 2020.

⁴⁸G. NEYRAND, « Grand-parentalité à distance : la place des nouveaux médias », *Le furet*, n° 95, déc. 2019, p. 21.

effacées dans une certaine mesure. C'est d'autant plus appréciable lors des séparations des couples mixtes lorsque l'un des parents est reparti vivre dans son pays d'origine et ne voit que très peu ses enfants.

2) Malveillances liées au numérique dans la sphère familiale

La grande scène sur laquelle se jouent les relations est propice au pire comme au meilleur. De graves conflits familiaux découlent, en effet, de révélations intimes faites sur le Net ou incitent des personnes à se venger de l'attitude d'un proche.

En effet, sans se soucier des atteintes au droit à l'image ou à la vie privée, des internautes utilisent la grande échelle offerte par ce réseau mondial pour diffuser des informations qui auraient dû être tenues secrètes⁴⁹. Ils pensent pouvoir se cacher derrière une certaine forme d'anonymat. Par esprit de vengeance, ils font des révélations scandaleuses, lèvent des secrets de famille ou d'affaires, publient des photos compromettantes (« *revenge porn* » ou « *sexting* »)⁵⁰ ou violent le secret de la correspondance électronique⁵¹. Ces débordements ne restent pas impunis si l'on peut retrouver l'auteur de ces atteintes soit à l'image, soit au respect de la vie privée, mais encore faut-il être suffisamment armé pour pouvoir mener de véritables enquêtes afin de débusquer l'identité des contrevenants. Il faut rappeler aux internautes qu'un divorce ou une rupture ne justifient pas un déballage de la vie privée sur Facebook ou sur les autres réseaux sociaux, pas davantage que cela n'autorise à tenir des propos haineux sur Internet⁵².

À l'inverse, il faut se méfier des informations que l'on communique sur les réseaux sociaux car les juges admettent fréquemment aujourd'hui, comme moyens de preuve, des captures d'écran (sms mais aussi e-mails, tchats,

⁴⁹M. DUPUIS, « La vie privée à l'épreuve de l'Internet : quelques aspects nouveaux », *RJPF*, 2001-12, p. 6.

⁵⁰A. ROBITAILLE-FROIDURE, « Sexting : les adolescents victimes (consentantes ?) de la révolution numérique », *RevDH* 2014, n° 5, p. 13 ; M. SIGOT, « Le Revenge Porn », *Dalloz IP/IT*, 2018, n° 6, p. 342.

⁵¹La cyberviolence vient d'être reconnue comme un aspect de la violence faite aux femmes par la CEDH, 11 février 2020, Buturugă c. Roumaine, n° 56867/15. Elle se présente sous forme d'une violation informatique de la vie privée, d'une intrusion dans l'ordinateur de la victime, de récupération, partage et manipulation des données et des images, y compris des données intimes.

⁵²Pour l'heure, la proposition de loi n° 1785 visant à lutter contre la haine sur internet, déposée à l'Assemblée Nationale le 20 mars 2019, actuellement en débats, entend placer les plateformes, les internautes et les fournisseurs d'accès à internet face à leurs responsabilités en ce domaine pour endiguer ce phénomène de propagation de discours haineux sur le Net, les personnes se retranchant derrière l'artifice du virtuel. Sur la question K. FAVRO, C. ZOLYNSKI, « De la régulation des contenus haineux à la régulation des contenus (illicites) », *Légipresse*, 2019, n° 374, p. 461.

Facebook ou autres)⁵³, lorsque ces images parviennent à démontrer des infidélités⁵⁴, des violences ou témoignent d'un certain niveau de richesse (dans les dossiers liés au non-paiement de pensions alimentaires ou au refus de verser des aliments aux ascendants dans le besoin).

Enfin, des tiers risquent de s'emparer d'éléments liés à la vie privée de l'internaute ou de sa famille et d'en faire un usage malsain et malveillant, voire d'usurper son identité numérique en vue de troubler sa tranquillité ou celle d'autrui⁵⁵. Tout ce qui est disponible sur le Net est accessible par tous et des débordements sont vite à craindre.

Une sensibilisation à l'ensemble de ces questions et une prise en compte de la réalité des risques numériques sont nécessaires pour éviter la cybermalveillance, sans oublier les escroqueries. Il faut donner à chacun les moyens d'apprendre à utiliser le numérique avec modération et sagesse, à repérer les pièges auxquels on peut être confronté sur Internet, pour éviter d'être victime d'arnaques ou autres désagréments⁵⁶. Toute nouvelle technologie vient bouleverser des habitudes établies et il faut s'y préparer, l'affronter en connaissance de cause⁵⁷.

Il est essentiel aussi de rappeler aux internautes que tout n'est pas légal et qu'ils doivent surveiller leurs propres agissements. Il faut développer précisément les bonnes pratiques et, à la demande du Premier ministre, le Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé vient de créer un comité pilote dédié aux enjeux éthiques posés par l'essor des sciences et des technologies du numérique et de l'intelligence artificielle.

Toute démarche pragmatique au service d'une citoyenneté numérique doit être saluée et encouragée.

⁵³La preuve est libre mais elle doit être obtenue de manière loyale, sans violence, menace ou fraude.

⁵⁴Notamment s'agissant de la fréquentation de sites de rencontre et il faudrait que les responsables avertissent les internautes des conséquences de ces relations virtuelles.

⁵⁵G. LOISEAU, « Droits de la personnalité », *Legipresse*, 2020, n° 378, p. 64 : c'est sous l'angle de la protection pénale de la vie privée que l'usurpation d'identité est incriminée, sanctionnée de même lorsqu'elle est commise sur un réseau de communication au public en ligne, sous réserve de caractériser la volonté de se faire passer pour autrui (Crim., 16 nov. 2016, n° 16-80.207, D. 2017.2390, obs. J. LARRIEU, C. LE STANC et P. TREFIGNY ; *Comm. com. élect.*, 2017, comm. 6, obs. A. LEPAGE).

⁵⁶L'association e-Enfance, agréée par le ministère de l'Éducation nationale peut être utilement contactée en cas de cyberviolences. Elle met à la disposition du public un numéro vert Net Écoute, anonyme et gratuit (0800 200 000) et un chat en ligne (www.netecoute.fr).

⁵⁷Il faudrait toutefois encore noter que, malheureusement, certaines personnes n'ont pas accès à Internet ou peinent à s'en servir et sont très défavorisées pour faire leurs démarches administratives.

Remarques complémentaires suite à la crise sanitaire liée au Coronavirus

Lors du colloque du 2 mars dernier, l'accent avait été mis sur les dangers des écrans et plus particulièrement d'Internet. Avec la Covid-19, les données ont été sensiblement changées et quelques précisions sont à apporter.

Il faudrait saluer les bienfaits d'Internet et des écrans qui ont permis à la fois à de nombreuses personnes de faire du télétravail mais aussi de garder des liens étroits avec leurs familles durant le confinement et aux enfants de continuer leur apprentissage scolaire. Néanmoins, il va falloir sevrer les enfants après le confinement et l'usage intensif des écrans !

Les dangers d'Internet n'ont, quant à eux, pas disparu durant cette période si particulière car la cybercriminalité a prospéré⁵⁸, visant plus particulièrement les personnes vulnérables, mineurs ou autres. Il fallait promouvoir assurément les gestes barrières mais aussi les gestes barrières du numérique.

A côté de ces cyberattaques, des risques plus subtils ont aussi émergé avec certaines dérives liées à des transferts de données personnelles ou des projets de traçage des individus. Surtout, tout cela a conduit à des mélanges quelque peu dangereux des espaces privés, professionnels mais aussi sanitaires.

La crise aura permis de mettre en exergue l'impératif qu'il y a à étudier sans cesse les atouts et dangers d'Internet dans leur contexte.

⁵⁸ M. QUEMENER et C. WIERRE, « Les cyberattaques à l'heure du coronavirus », *Dalloz Actualité*, 21 mars 2020.

Internet et risque pénal

Romain BOOS

Docteur en droit, avocat au barreau de Mulhouse

Le XXI^e siècle voit la consécration des technologies numériques comme la fin du Moyen Âge a vu celle de l'imprimerie. Cette révolution contemporaine est notamment liée à la structure même d'Internet et de l'espace virtuel qu'il génère, le cyberspace.

L'utilisation accrue de ce que l'on appelle les Nouvelle Technologies de l'Information et de la Communication (NTIC), tel l'Internet avec aujourd'hui plus de deux milliards d'internautes, n'est pas seulement le fait d'individus bien intentionnés. Toute innovation technologique entraîne dans le même temps de nouvelles brèches et crée de nouveaux risques dans lesquels s'engouffrent les réseaux criminels. Commise ou véhiculée par des moyens d'information et de communication transnationaux, la cybercriminalité connaît *« depuis une vingtaine d'années une évolution exponentielle qui impose aujourd'hui une adaptation du système judiciaire français. La lutte contre la cybercriminalité apparaît désormais comme un enjeu majeur pour les États, en particulier pour la France »*⁵⁹.

L'ère numérique ignore désormais toutes les frontières. Elle permet l'accès à la culture et à la connaissance, favorise les échanges entre les personnes. Elle rend possible la constitution d'une économie en ligne et rapproche le citoyen de son administration. Les technologies numériques sont porteuses d'innovation et de croissance, en même temps qu'elles peuvent aider ou accélérer le développement des pays émergents.

Mais un certain pessimisme vient tempérer cette approche idéaliste. Tous les progrès génèrent aussi de nouvelles fragilités et vulnérabilités propices aux menaces ou aux risques, car ils aiguisent l'imagination des criminels. La cybercriminalité est désormais une réalité. Elle est d'autant plus dangereuse qu'elle pénètre au sein des familles, là où la délinquance ordinaire n'avait pas accès jusqu'à présent.

⁵⁹ C. MEIER, « Vers un système judiciaire mieux adapté à la cybercriminalité », art. disponible sur [http://www.lecreis.org/colloques%20creis/2001/is01_actes_colloque/meier.htm].

En ce sens, nous évoquerons tout d'abord l'arsenal répressif existant (I) avant d'envisager ensuite la territorialité du droit pénal à l'épreuve de la cybercriminalité (II).

I) L'arsenal répressif existant

Si l'on devait d'ores et déjà retenir un fait marquant, c'est que le cyberespace a étendu le périmètre des infractions préexistant à l'arrivée d'Internet, mais qu'il a également favorisé l'expression de menaces inédites par l'utilisation des nouvelles technologies.

Pour lutter contre la criminalité « classique », celle qui existait dès avant Internet et qui a trouvé en son sein un moyen de se renouveler, le législateur dispose d'un arsenal juridique complet, qui s'est encore renforcé depuis les attentats de 2001 et la menace terroriste qui pèse désormais sur la France. Ces infractions sont notamment sanctionnées par le Code pénal « *comme toutes infractions traditionnelles, même si certaines circonstances aggravantes peuvent être liées à l'utilisation de moyens informatiques* »⁶⁰, comme l'usurpation d'identité numérique (A).

En ce qui concerne la criminalité nouvelle, celle qui n'existait pas avant l'arrivée d'Internet, le législateur a dû s'adapter et créer de nouvelles lois spécifiques pour sanctionner ce type d'infractions. En ce sens, la France s'est dotée très tôt d'un arsenal législatif et juridique pour lutter contre les crimes et délits liés au développement de l'informatique. En effet, dès 1978, et avant même que le terme de cybercriminalité n'apparaisse, la loi Informatique et Libertés a été créée⁶¹. Puis, en 1988, la loi relative à la fraude informatique, dite loi *Godfrain*, est venue compléter le dispositif juridique français⁶². Par la suite, de nombreuses autres lois sont venues durcir la législation, notamment pour lutter contre l'intrusion informatique et le sabotage informatique qui sont des nouvelles infractions apparues avec l'essor d'Internet et qui constituent un risque majeur pour notre société (B)

A) Les infractions existant indépendamment d'Internet

⁶⁰J. HARIVEL, « *Les moyens légaux de lutte contre la cybercriminalité* », Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, intervention vidéo 19 novembre 2014, disponible sur [https://www.canal-u.tv/video/universite_paris_1_panthéon_sorbonne/les_moyens_legaux_de_lutte_contre_la_cybercriminalite.16515].

⁶¹Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, *JORF* 7 janv. 1978, p. 227.

⁶²Loi n° 88-19 du 5 janvier 1988 relative à la fraude informatique, *JORF* 6 janv. 1988, p. 231.

Les NTIC sont à l'origine de nombreuses révolutions sociales, commerciales et culturelles. De surcroît, elles sont devenues un facteur essentiel pour tout progrès, quel que soit le domaine d'activités. Mais à côté du progrès économique, culturel, social qu'apporte Internet, les vulnérabilités de nos sociétés s'aggravent. Les mutations, suscitées par l'émergence du réseau Internet, touchent aussi profondément le domaine de la criminalité. Ce sont les mêmes précieux avantages d'Internet qui en multiplient les risques d'utilisation abusive. Désormais, des infractions anciennes qui existaient avant l'arrivée d'Internet, ont trouvé en son sein un formidable moyen de se développer et de se pérenniser.

On peut notamment citer le terrorisme sur Internet, thème qui a été au cœur de l'actualité française cette dernière décennie. Le réseau Internet constitue un support de média pour les terroristes ; par la possibilité qu'il leur offre de diffuser des messages, des revendications, des images auprès du public. Il est aussi un moyen pour les cellules terroristes de communiquer entre elles. Cette communication interne se traduit par un échange d'informations et d'instructions. L'architecture même du réseau Internet fait qu'il est aisé pour ces cellules terroristes de pouvoir communiquer entre elles. En effet, les caractéristiques d'Internet, une accessibilité mondiale, une facilité de fonctionnement, la possibilité de transmission de données cryptées, dynamisent ces réseaux. N'importe quel site peut être utilisé comme couverture par les terroristes pour communiquer, que ce soit un site à caractère pornographique, un site de sport ou encore de commerce, ou même par le biais de réseaux parallèles comme *Tor* ou le *Darknet*. Enfin, même si cela peut sembler difficile à croire, Internet est un moyen d'apprentissage et de perfectionnement de techniques telles que la fabrication d'une bombe⁶³. En effet, la liste des ingrédients est longue, mais le processus exigé pour leur assemblage est à la portée de tous puisqu'au final, la confection d'une bombe artisanale ne nécessitera que peu d'argent et peu d'effort. Le législateur a d'ailleurs dû légiférer puisqu'il n'existait à l'époque aucun texte réprimant pénalement le fait de diffuser des plans de bombes, notamment sur le réseau Internet. C'est chose faite avec l'article 3 de la loi du 13 novembre 2014, désormais codifié à l'article 322-6-1 du Code pénal. Récemment les peines ont été aggravées par l'article 26 de la loi du 3 juin 2016, codifié à l'article 322-6-1 du Code pénal, à trois ans d'emprisonnement et 45 000 € d'amende, et cinq ans d'emprisonnement et 75 000 € d'amende en cas de diffusion sur un réseau de télécommunication, tel Internet.

⁶³Sur ce sujet, v. Conseil de l'Europe, *Criminalité organisée en Europe, la menace de la cybercriminalité*, p. 147 et 148.

En ce qui concerne l'arsenal répressif de lutte contre le cyberterrorisme « l'ensemble des spécialistes de la lutte antiterroriste ont fait le constat unanime de la recrudescence de la menace terroriste »⁶⁴. Sa dimension internationale est « un des éléments caractérisant la globalisation du terrorisme »⁶⁵. Bon nombre de pays à travers le monde ont « été touchés et rares sont [ceux] qui peuvent s'estimer à l'abri de tout risque d'attentat »⁶⁶. Depuis les attentats du 11 septembre 2001, l'idée majeure était d'éviter à tout prix qu'une pareille tragédie ne se reproduise. Aussi la plupart des pays démocratiques ont-ils légiféré en la matière dans leur droit interne, parfois même au détriment des libertés individuelles. En France, le législateur a ainsi voté toute une série de lois tendant à améliorer le cadre juridique actuel. Ce mouvement s'est encore accéléré suite aux attentats tragiques commis en France depuis 2012, nous rappelant que l'effort doit être constamment maintenu, diversifié et surtout amplifié. On peut citer les lois du 21 décembre 2012⁶⁷, du 13 novembre 2014⁶⁸ ou du 3 juin 2016⁶⁹, qui sont toutes intervenues suite à des attentats terroristes commis sur notre sol.

1) La loi du 21 décembre 2012

La loi n° 2012-1432 du 21 décembre 2012 relative à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme est intervenue suite aux attentats de mars 2012. Cette loi a pour objet de faire face aux dysfonctionnements de l'affaire « *Mohamed Merah* ». Néanmoins, son efficacité a été vivement critiquée dans la mesure où elle n'apporte pas d'innovations majeures.

En effet, l'article 1^{er} de la loi du 21 décembre 2012 vise à surveiller les données de connexion Internet et les factures détaillées de téléphone, mais aussi à pouvoir géolocaliser des individus. Ce qui en fait sa particularité, c'est que cette surveillance peut s'exercer dans un but préventif, c'est-à-dire en l'absence de tout délit. Mais la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'Orientation et de

⁶⁴J.-P. COURTOIS, Extrait du rapport du Sénat n°117 (2005-2006), « *Projet de loi relatif à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers* », fait au nom de la commission des lois, déposé le 6 décembre 2005.

⁶⁵*Ibidem*.

⁶⁶K. CONSTANT-KATOUYA, *Réflexions sur les instruments de droit pénal international et européen de lutte contre le terrorisme*, EPU, 2013, p. 453.

⁶⁷Loi n°2012-1432 du 21 décembre 2012 relative à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme, *JORF* 22 décembre 2012, p. 20281.

⁶⁸Loi n°2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, *JORF* 14 nov. 1994, p. 19162.

⁶⁹Loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale, *JORF* 4 juin 2016.

Programmation pour la Performance de la Sécurité Intérieure, dite *LOPPSI 2*, autorisait déjà ce type de surveillance renforcée et son efficacité a été de ce fait vivement critiquée.

En effet, la volonté affichée de l'ancien ministre de l'Intérieur, Manuel Valls, de répondre aux dysfonctionnements de l'affaire Merah, apparaît d'abord « *comme un démenti d'un appareillage législatif qui contient déjà tout ce que l'ancien ministre de l'Intérieur veut y introduire* »⁷⁰.

2) La loi du 13 novembre 2014

Si l'arsenal juridique français, encore renforcé par la loi du 21 décembre 2012, permet de lutter efficacement contre les actes de terrorisme, les attentats postérieurs ont montré que notre législation souffrait encore de quelques lacunes qu'il importait de combler. La loi du 13 novembre 2014 entendait pallier ces difficultés. La France « *ne peut tolérer que sur son propre sol, puissent être diffusés en toute impunité sur le réseau Internet, des messages appelant au terrorisme ou le glorifiant. Ces messages participent du conditionnement idéologique et sont de nature à conduire à la commission d'acte de terrorisme* »⁷¹.

La loi du 13 novembre 2014, outre le renforcement des moyens de lutte contre la propagande terroriste prévu à l'article 4, vient désormais réprimer les abus de la liberté d'expression et élargir au nouveau délit d'entreprise individuelle terroriste prévu à l'article 5, tout en offrant également la possibilité à l'autorité administrative d'ordonner aux fournisseurs d'accès à Internet le blocage de l'accès aux sites Internet incitant à commettre des actes de terrorismes ou en faisant l'apologie, article 9.

a) L'article 4

L'article 4 de la loi du 13 novembre 2014 vient parachever le mouvement entamé par la loi du 21 décembre 2012, en retirant de la loi du 29 juillet 1881 sur les infractions de presse, les délits d'apologie de terrorisme et de provocation au terrorisme. Il introduit ces délits dans le nouvel article 421-2-5 du Code pénal qui dispose désormais en son alinéa 1^{er} que « *le fait de provoquer directement à des actes de terrorisme ou de faire publiquement l'apologie de ces actes est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende* ». Cette disposition est

⁷⁰J.-C. PAYE, « Une nouvelle loi anti-terroriste comme réminiscence de l'affaire Merah », art. disponible sur [<https://www.voltairenet.org/article176945.html>].

⁷¹Assemblée Nationale, Projet de loi n°2100 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, p. 3.

aggravée à l'alinéa 2, et passe à sept ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende lorsque les faits sont commis sur le réseau Internet. Par ailleurs, la distinction initialement prévue par la loi du 29 juillet 1881 entre provocation suivie d'effet et provocation non suivie d'effet a été supprimée.

b) L'article 5

L'article 5 de la loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014, crée le délit d'entreprise individuelle terroriste. Par cette infraction nouvelle, codifiée à l'article 421-2-6 du Code pénal, le législateur entend saisir toujours plus précocement l'intention de l'auteur. Cette disposition constitue l'apport majeur de la loi et est d'ailleurs conforme à l'esprit du Code pénal puisqu'on peut rappeler que ce dernier définit, depuis son adoption en 1992, les actes de terrorisme par la notion d'« *entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur* »⁷². Déjà initié avec l'association de malfaiteurs en relation avec une entreprise terroriste, ce nouveau délit va donc encore plus loin ; l'objectif étant de créer un nouvel outil contre ceux qui se radicalisent individuellement, le plus souvent sur Internet et passent à l'action sans contacter quiconque.

c) L'article 9

L'article 9 prévoit « *la possibilité pour l'autorité administrative d'ordonner aux fournisseurs d'accès à Internet, le blocage de l'accès aux sites Internet incitant à commettre des actes terroristes ou en faisant l'apologie* »⁷³. Un tel mécanisme existe déjà en matière de pédopornographie depuis la loi LOPPSI 2⁷⁴, mais constitue une innovation en matière de terrorisme.

3) La loi du 3 juin 2016

Le 3 juin 2016, le Président de la République promulguait la loi n° 2016-731 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale. Elle vient accroître

⁷²Dossier législatif, loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, *op. cit.*, art. 5.

⁷³Assemblée Nationale, Projet de loi n° 2110 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, *op. cit.*, p. 9.

⁷⁴V. l'article 4 de la loi du 14 mars 2011 modifiant l'article 6 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 relative à la confiance dans l'économie numérique : « *lorsque les nécessités de la lutte contre la diffusion des images ou des représentations de mineurs relevant de l'article 227-23 du Code pénal le justifient, l'autorité administrative notifie aux personnes mentionnées les adresses électroniques des services de communication au public en ligne contrevenant aux dispositions de cet article, auxquelles ces personnes doivent empêcher l'accès sans délai* ».

l'efficacité de la lutte contre la criminalité organisée, et notamment contre le terrorisme.

Parmi ces renforcements, on peut notamment citer l'introduction du nouvel article 421-2-5-1 dans le Code pénal. En effet, la loi du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme avait extrait la provocation et l'apologie du terrorisme de la loi du 29 juillet 1881 relative à la liberté de la presse, en créant l'article 421-2-5 du Code pénal. Avec la loi du 3 juin 2016, deux nouvelles incriminations sont créées qui visent ce qu'on pourrait appeler « *une apologie dérivée du terrorisme ou une apologie de conséquence* »⁷⁵.

Il s'agit « *d'incriminer, non les auteurs d'apologies directes et de provocations, mais ceux qui reprennent les propos ou consultent des sites interdits* »⁷⁶. En ce sens, le nouvel article 421-2-5-1 du Code pénal punit le fait « *d'extraire, de reproduire et de transmettre intentionnellement des données faisant l'apologie publique d'actes de terrorisme ou provoquant directement à ces actes afin d'entraver, en connaissance de cause, l'efficacité des procédures prévues à l'article 6-1 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique ou à l'article 706-23 du code de procédure pénale* ». Cette infraction est désormais passible d'une peine de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. Par ailleurs, le nouvel article 421-2-5-2 du Code pénal incrimine quant à lui 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* ». Cette infraction est punie de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende⁷⁷.

B) Les infractions propres à Internet

1) Le sabotage informatique

⁷⁵J.-B. THIERRY, Commentaire de la loi du 3 juin 2016, *Actualité du droit criminel*, p. 6 et s, disponible sur [https://f.hypotheses.org/wp-content/blogs.dir/236/files/2016/06/Loi_3_juin_2016.pdf].

⁷⁶*Ibid.*

⁷⁷Néanmoins, 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.

Le sabotage informatique vise soit les systèmes informatiques soit l'intégrité même des données informatiques. Pour les attaques qui visent les systèmes informatiques, elles sont faites dans l'intention de faire crasher, planter un serveur, un site Internet par exemple, comme les attaques par déni de service (qui sont justement faites dans ce but précis). Il existe également le *hijacking* qui consiste à saboter la connexion internet d'un ordinateur pour la rediriger vers des sites voulus. Pour les attaques qui visent l'intégrité des données informatiques, c'est là où probablement la notion de risque prend tout son sens, puisque ces dernières touchent à l'intégrité même des données avec comme but soit de saboter les données en utilisant un virus informatique ou alors d'effacer les données ciblées en pénétrant à l'intérieur des systèmes informatiques afin de saboter les pages d'accueil des sites Internet ; c'est le « *défaçage* » de site Internet.

Le sabotage informatique ainsi défini est sanctionné aux articles 323-1 et 323-2 alinéa 1^{er} pour les systèmes informatiques et alinéa 2 pour les données de notre Code pénal sous le chapitre III « *Des atteintes aux systèmes de traitement automatisé de données* ».

En parallèle à cette codification, le législateur continue d'appliquer également la loi *Godfrain*, pourtant promulguée à une époque où le réseau Internet civil n'existait pas encore. Mais ses révisions consécutives continuent aujourd'hui à protéger les systèmes informatiques et les données qu'ils contiennent.

2) L'intrusion informatique

L'intrusion informatique se déroule en deux temps. La phase préparatoire, où le cybercriminel va tenter d'obtenir des informations précises sur sa cible potentielle, et la phase d'attaque qui se matérialise par l'utilisation d'un cheval de Troie, de l'usurpation d'identité pour s'introduire frauduleusement dans un système de données informatique, intrusion qui peut être suivie d'une altération ou non des données.

Pour lutter contre l'intrusion informatique, le législateur a institué aux articles 323-1 à 323-7 du Code pénal de nouvelles incriminations spécifiques à la fraude informatique. Elles distinguent selon que l'intrusion a été maintenue ou non. Les sanctions prévues varient selon que l'intrusion a eu ou non une incidence sur le système informatique en cause, c'est-à-dire une intrusion simple ou sans dommages et une intrusion avec dommages.

Conclusions de la partie I

À la lumière des développements qui précèdent, il est possible d'affirmer que l'arsenal répressif français en matière de lutte contre la cybercriminalité est plutôt complet, que ce soit pour les règles répressives générales transposables aux délits commis sur Internet, ou pour les règles nouvelles conçues pour sanctionner les délits propres à Internet.

Néanmoins, on constate que cette affirmation est beaucoup plus nuancée lorsqu'on évoque les règles de compétence territoriale applicables en France. La répression pénale demeure en effet largement territorialisée et le droit pénal applicable aux délits commis sur Internet n'échappe pas à cette règle. Pourtant, la territorialité de notre droit pénal se conjugue assez mal avec une criminalité par essence transnationale, où la volatilité des informations et l'anonymat demeurent extrêmement présents.

II) La territorialité du droit pénal à l'épreuve de la cybercriminalité

L'une des difficultés quant à la lutte contre la cybercriminalité est que cette forme de délinquance mondiale défie les règles classiques de compétence législative fondées en grande partie sur la souveraineté des États. Ces derniers demeurent, plus encore qu'ailleurs, « jaloux de leur souveraineté »⁷⁸. Or, même si la France a pris conscience de la nécessité de collaborer pour faire échec à la criminalité commise sur le réseau Internet, le droit pénal international reste avant tout un droit pénal propre à chaque État où le principe de territorialité règne encore en maître.

En droit français, le principe de territorialité est posé par l'article 113-2 alinéa 1 du Code pénal qui dispose que « *la loi pénale française est applicable aux infractions commises sur le territoire de la République* ». Le même article 113-2, dans son alinéa 2, étend ce principe en précisant que « *l'infraction est réputée commise sur le territoire de la République dès lors qu'un de ses faits constitutifs a lieu sur ce territoire* ».

Ce principe de territorialité de la loi pénale donne en pratique compétence au juge répressif dès lors qu'une infraction est commise sur le territoire national, et ce quelle que soit la nationalité des auteurs ou des victimes. Mais cette

⁷⁸A. HUET et R. KOERING-JOULIN, *Droit pénal international*, Paris, PUF, coll. Thémis, 3^e éd., 2005.

appréciation extensive de la notion de territorialité n'est clairement pas suffisante dans la mesure où permettre la répression la plus étendue possible aurait tendance à substituer « *au vide de la répression* » un « *trop-plein* » de compétences répressives⁷⁹. Ce qui équivaldrait à rendre compétents la plupart des États à travers le monde.

Dès lors, une inquiétude se fait jour : celle de voir l'auteur d'une infraction géographiquement éclatée être jugé et puni deux fois, voire plusieurs fois si une infraction est scindée en plusieurs composantes matérielles. Ce risque est d'autant plus fort que l'on parle d'infractions de nature cybercriminelle. Les risques de conflits positifs de compétence sont ainsi particulièrement grands au sujet des infractions commises par l'intermédiaire du réseau Internet, un média par essence transnational.

La règle *non bis in idem*⁸⁰ interdit par principe de punir une personne deux fois pour les mêmes faits. Cependant la chose jugée à l'étranger n'est pas systématiquement prise en compte lorsque les États répriment une infraction comportant un élément d'extranéité. En effet, le conflit positif entre plusieurs lois pénales implique de fait parfois l'éviction de *non bis in idem* : « *c'est là un effet pervers qui se retourne contre l'auteur de l'infraction transfrontalière puisque l'élément d'extranéité de l'infraction va permettre à au moins deux États de se déclarer compétents pour la répression de cette dernière sans que, de façon automatique, un État reconnaisse la chose jugée par un autre État pour l'infraction en question* »⁸¹.

C'est pourquoi la recherche de critères adaptés aux spécificités du réseau Internet s'est avérée indispensable.

En ce sens, deux théories sont alors apparues : les juridictions se sont d'abord satisfaites d'une simple accessibilité du site Internet en France pour fonder leur compétence (A). Dans un second temps, la jurisprudence française s'est affinée et semble ainsi exiger que le site Internet vise spécifiquement le public français. La théorie de la focalisation est née (B).

⁷⁹Sur ce point, v. J. FRANCILLON, *Le droit pénal face à la cybercriminalité*, Rapport au nom de l'Association internationale de Droit pénal, XIX^e Congrès international de Droit pénal, 2013, p. 1.

⁸⁰Cette locution latine qu'est *non bis in idem* signifie que nul ne peut être poursuivi et condamné plusieurs fois à raison des mêmes faits. Dans une version plus internationale, il faut comprendre que nul ne doit pouvoir être poursuivi ou jugé en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été définitivement jugé à l'étranger.

⁸¹D. BRACH-THIEL, « *Conflits positifs et conflits négatifs en droit pénal international* », Thèse Université Paul Verlaine Metz, 2000, p. 13 et s.

A) Le critère de l'accessibilité au site

Face aux difficultés que peut engendrer l'universalité d'Internet, le juge répressif français s'est permis d'avoir une conception étendue de sa compétence en faisant une application large de la théorie de l'ubiquité et en retenant pour seul critère de rattachement au territoire l'accessibilité du site Internet en France.

1) La décision *Yahoo* du 22 mai 2000

Cette ordonnance rendue en référé par le tribunal de grande instance de Paris le 22 mai 2000⁸², désormais célèbre et portant sur la vente en ligne d'objets nazis, a été l'occasion d'une confrontation entre d'une part l'interdiction de mise en vente d'objets néo-nazis, en application de l'article R645-1 du Code pénal français⁸³, et d'autre part les libertés constitutionnelles aux États-Unis garanties par le Premier amendement.

Il a été reproché en effet à la société *Yahoo ! Inc.* d'autoriser sur son site d'enchères en ligne « *Auction* »⁸⁴, « *la vente de milliers d'objets et insignes à la gloire du 3^{ème} Reich* »⁸⁵. Il lui a également été reproché d'héberger sur son service « *Geocities* »⁸⁶ différentes pages antisémites reproduisant « *Mein Kampf* » et le pamphlet antisémite intitulé « *Le protocole des sages de Sion* ».

Le juge des référés va balayer l'argumentation de la société *Yahoo ! Inc.*, en confirmant ainsi que la seule accessibilité au site doit être, selon lui, prise en considération au motif que « *s'il est exact que le site "Yahoo Auctions" en général, s'adresse principalement à des internautes basés aux États-Unis eu égard notamment à la nature des objets mis en vente, aux modes de paiement prévus, aux conditions de livraison, à la langue et à la monnaie utilisées, il n'en*

⁸² TGI Paris, 22 mai 2000, décision disponible sur [http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=175].

⁸³ L'article R645-1 du Code pénal dispose qu'est « *puni de l'amende prévue pour les contraventions de la 5e classe le fait, sauf pour les besoins d'un film, d'un spectacle ou d'une exposition comportant une évocation historique, de porter ou d'exhiber en public un uniforme, un insigne ou un emblème rappelant les uniformes, les insignes ou les emblèmes qui ont été portés ou exhibés soit par les membres d'une organisation déclarée criminelle en application de l'article 9 du statut du tribunal militaire international annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945, soit par une personne reconnue coupable par une juridiction française ou internationale d'un ou plusieurs crimes contre l'humanité prévus par les articles 211-1 à 212-3 ou mentionnés par la loi n° 64-1326 du 26 décembre 1964 [...]* ».

⁸⁴ [<http://auctions.yahoo.com>].

⁸⁵ [http://www.foad-mooc.auf.org/IMG/pdf/cours_procedure_penale_et_TIC.pdf].

⁸⁶ [<http://geocities.com>].

est pas de même des enchères d'objets représentant des symboles de l'idéologie nazie qui peuvent intéresser et sont accessibles à toute personne qui souhaite les suivre, y compris aux Français ».

La formulation est plutôt intéressante car elle reflète parfaitement le fait que le site étranger n'a pas besoin d'avoir un caractère actif à l'égard du public français. Pourtant cela pose plusieurs problèmes car les juridictions françaises se déclarent compétentes alors même qu'*a priori* le site de la vente aux enchères n'était pas destiné à la France.

Et à suivre cette logique, chaque auteur ou éditeur d'un site Internet pourrait être potentiellement soumis à l'ensemble des législations des États où il est possible d'accéder au site.

La portée de cette ordonnance est toutefois relative puisqu'en l'absence d'exéquatour en matière pénale, une telle décision n'a pas vocation à trouver effets aux Etats-Unis.

2) L'arrêt *Castellblanch* du 9 décembre 2003

La théorie de l'accessibilité, selon laquelle les juridictions françaises sont compétentes dès lors que le site litigieux est accessible sur le territoire français, a été consacrée par la Cour de cassation à l'occasion de la célèbre affaire « *Cristal* ». Dans cet arrêt en date du 9 décembre 2003⁸⁷, et publié au Bulletin, la Cour de cassation a souhaité entériner sa position en matière de rattachement au territoire d'une infraction commise *via* Internet.

En l'espèce, il s'agissait d'une société espagnole dénommée « *Castellblanch* » qui faisait sur son site Web la promotion de vins mousseux désignés par le nom « *Cristal* ». S'estimant, du fait de ces agissements, victime de contrefaçon d'une marque homonyme dont elle est titulaire, la société « *Champagne Louis Roederer* », société française champenoise, a assigné cette société devant les juridictions compétentes. Il ressort des faits rapportés que le site web, support de la contrefaçon est « *situé en Espagne* », et accessible en France « *aux internautes qui en connaissent l'adresse URL* ».

⁸⁷Cass. 1^{re} civ. 9 décembre 2003, n° 01-03225, *SA Castellblanch c/ SA Champagne Louis Roederer* ; *Juris-Data* n° 2003-021338 ; *Bull.* I, n° 245.

La Cour de cassation affirme alors qu'en « *admettant la compétence des juridictions françaises pour connaître de la prévention et de la réparation de dommages subis en France du fait de l'exploitation d'un site Internet en Espagne, la Cour d'appel qui a constaté que ce site, fût-il passif, était accessible sur le territoire français, de sorte que le préjudice allégué du seul fait de cette diffusion n'était ni virtuel, ni éventuel, a légalement justifié sa décision* ».

Le principal écueil de cette théorie est qu'elle crée un nombre très important de conflits positifs. Chaque État ayant eu accès au contenu illicite pourrait se revendiquer compétent et solliciter l'application de sa propre législation, ce qui entraînerait une grande insécurité juridique.

Suite aux difficultés que peut poser la conception large de la théorie de l'accessibilité au site, la jurisprudence a ensuite posé comme condition supplémentaire à l'accessibilité, la volonté de viser spécifiquement le public français. Il s'agit de la théorie de la focalisation.

B) La théorie de la focalisation

La jurisprudence française a exigé du juge français « *un lien suffisant, substantiel ou significatif entre les faits allégués et le territoire français* »⁸⁸. Dès lors, la doctrine française, inspirée de la doctrine américaine, semble avoir pris un tout autre virage que celui amorcé avec la théorie de l'accessibilité. Il faut désormais rechercher le comportement actif du site et non plus passif à l'égard du public français, c'est-à-dire que la jurisprudence exige désormais que le site soit orienté vers le public français pour se déclarer compétente.

Un premier arrêt de la chambre criminelle du 9 septembre 2008⁸⁹ a posé une condition supplémentaire à l'accessibilité pour rattacher à notre territoire une infraction commise *via* le réseau Internet depuis un site étranger. En l'espèce, il s'agissait d'un site italien ayant mis en ligne un article issu d'un journal français sans l'accord du journal ni de l'auteur. La contrefaçon ayant pour élément constitutif sa perpétration sur le territoire, l'applicabilité du droit français dépendait de la possibilité pour le public français d'accéder ou non à cet article. La cour d'appel, se basant sur la jurisprudence antérieure, avait estimé que l'accessibilité du site suffisait pour caractériser la perpétration de l'infraction sur le territoire français. La Cour de cassation censure ce raisonnement et estime que l'article, accessible uniquement sur un site italien et rédigé en langue

⁸⁸CA Paris, *Zidane c/ Unibet*, 14 février 2008 ; CA Paris, *Google c/ Axa*, 6 juin 2007.

⁸⁹Cass. crim., 9 septembre 2008, n° 07-87281.

italienne, n'était pas à destination du public français. De ce fait, les juges du fond n'ont pas suffisamment rattaché la contrefaçon au territoire. Ainsi, les juges de la Cour de cassation posent comme critère la nécessité de s'adresser effectivement au public français et pour ce faire, l'emploi de la langue française semble être un impératif.

Un second arrêt de la chambre criminelle en date du 14 décembre 2010 vient confirmer l'évolution engagée par la jurisprudence⁹⁰. En l'espèce, l'affaire concernait la contrefaçon d'une chanson française mise en ligne sur un site allemand. La cour d'appel avait condamné le site en estimant que les titres des chansons françaises n'avaient pas été traduits en allemand, que le site utilisait des icônes facilement compréhensibles et qu'un lien sur un site français renvoyait vers ce site étranger. La Cour de cassation va cependant casser l'arrêt de la cour d'appel en estimant « *qu'en se déterminant par ces seuls motifs, les juges du fond n'ont pas suffisamment prouvé l'orientation du site vers la France* ». Ainsi, la Haute juridiction confirme bien la nécessité que le site Web doit viser le public français, mais elle va en plus contraindre les juges à le prouver de manière positive, une simple présomption étant insuffisante. On peut simplement regretter que la Cour n'ait pas plus précisé les critères de rattachement d'un site étranger au territoire, puisque cette dernière se contente uniquement dans cet arrêt que le site soit « orienté » vers le public français.

Parallèlement la chambre commerciale retient également la théorie de la focalisation du site à l'égard du public français. Il en a été ainsi dans un arrêt « *Hugo Boss* » rendu le 11 janvier 2005⁹¹ concernant des faits de contrefaçon.

Cependant la portée de cette jurisprudence doit être abordée avec prudence. Tout d'abord, les arrêts fondateurs de 2008 et de 2010 n'ont pas été publiés au Bulletin. Ensuite, même si l'évolution de la chambre criminelle est incontestable, il paraît prématuré d'étendre sa position en matière de contrefaçon à l'ensemble des infractions commises *via* Internet⁹². Enfin, si la jurisprudence tend à restreindre la compétence des juridictions françaises, celle-ci reste tout de même large. En effet, si on considère que l'utilisation de la langue française est un critère suffisant pour viser le territoire, alors le juge pourra être compétent pour n'importe quel site francophone⁹³. Il faut alors se demander si la nécessité

⁹⁰Cass. crim., 14 décembre 2010, n° 10-80088.

⁹¹Cass. com., 11 janvier 2005, n° 02-18381 : *Bull.* IV, p. 8.

⁹²À notre connaissance, la chambre criminelle ne s'est pas encore exprimée sur la publication depuis un site étranger d'un fait relevant d'un délit de presse.

⁹³Le français est la langue officielle ou administrative de 57 pays. La francophonie regroupe environ 274 millions de personnes dans le monde et le français constitue la 4^{ème} langue la plus utilisée sur Internet.

d'orienter le site vers le public français comme l'exige la Cour de cassation dans son arrêt de 2010⁹⁴ se résume à l'utilisation de la langue française ou si elle nécessite en plus la preuve d'un autre lien avec le public français.

Cela montre encore une fois les difficultés d'application de notre droit fortement « territorialisé » et souverainiste face à des infractions commises via un vecteur Internet mondialisé et virtuel.

Conclusion de la partie II

A l'issue de cette réflexion, on constate que le développement rapide de la cybercriminalité constitue un fait marquant qui s'explique spécialement par la multiplication des systèmes informatiques et des réseaux de télécommunication. Même s'il peut être un formidable outil d'émancipation et de connaissance, le mythe « libertaire » d'Internet ne saurait justifier l'inaction des États.

En ce sens, la France s'est dotée d'un ensemble de règles pour lutter contre les infractions cybercriminelles, qu'elles soient préexistantes à l'arrivée d'Internet, ou qu'elles aient trouvé en son sein un moyen de se développer à plus grande échelle. Au terme de ces développements, on a pu constater que le système juridique français s'est relativement bien adapté à la cybercriminalité. En effet, la création de nouvelles lois spécifiques à cette nouvelle forme de criminalité et l'amendement de plusieurs textes de lois existants⁹⁵ afin d'en élargir le champ, ont permis à la France d'élargir sa compétence en visant l'ensemble des infractions cybercriminelles.

Mais leur application revêt plusieurs difficultés. Au niveau international, en vertu de la théorie de la souveraineté des États, une multitude de règles pénales propres à chaque pays cohabitent. Les informations contenues sur le Web peuvent être, en théorie, accessibles dans n'importe quel pays, par n'importe quel citoyen. Un problème se pose alors lorsqu'une infraction peut intéresser plusieurs États à la fois. La France, au fil de son évolution jurisprudentielle, a cherché à restreindre la compétence de ses juridictions, mais il apparaît malgré cela que le juge conserve une compétence étendue. En ce sens, la difficulté d'application de notre droit fortement territorialisé et souverainiste face à une délinquance virtuelle, mondiale et sans frontière, pose problème.

⁹⁴Cass. crim., 14 décembre 2010, n° 10-80088.

⁹⁵À ce titre plusieurs domaines ont fait l'objet d'une adaptation, comme le vol, l'escroquerie, l'abus de confiance.

Au surplus, si la France s'est dotée des moyens juridiques de lutter contre cette criminalité, il n'en est pas de même dans tous les États. Dans cette optique, la disparité des droits nationaux demeure particulièrement importante, puisque bon nombre d'États n'ont pas adopté de législations spécifiques, tandis que d'autres l'ont fait voici déjà quelques années⁹⁶. Pourtant, la lutte contre la cybercriminalité ne peut se faire isolément et dès lors, une coopération et une harmonisation des législations supranationales s'impose.

⁹⁶M. CHAWKI, « *Combattre la cybercriminalité* », éd. Saint-Amans, [2008], pp. 401 et s.

PARTIE III
UN AUTRE REGARD SUR...

...La justice filmé

Regard d'une magistrate

Morgane EVANGHELOU

Juge d'instruction au tribunal judiciaire de Rennes

Robert Badinter affirme dans un récent entretien aux journalistes du *Monde*¹ qu'« *un procès n'est pas fait pour le public. Un procès n'est pas fait d'abord pour apaiser la douleur des victimes. Un procès est fait pour que justice soit rendue* ». Le débat sur les « procès filmés », fort en 1985 au moment du vote de la loi Badinter, a été récemment été relancé par l'actuel Garde des sceaux, et de manière concomitante au procès historique des attentats de janvier 2015, en ce qu'il faudrait que « *la justice soit désormais totalement filmée et diffusée (...) la justice doit se montrer aux Français. La publicité des débats est une garantie démocratique* »².

Cette actualité me conduit à vous livrer une réflexion sur ce qu'il serait souhaitable ou non de montrer ou de voir, tout dépend du point de vue – soit des magistrats-justiciables-auxiliaires de justice soit du « public » – de l'œuvre de justice qui a lieu quotidiennement dans nos salles d'audience et bureaux.

La justice filmée revient à discuter de l'œuvre de justice : les audiences de tous les jours, devant les tribunaux judiciaires, les cours d'appel, les cours d'assises et la Cour de cassation (ordre judiciaire), mais aussi des procès « historiques » comme celui des attentats de « Charlie », qui se tient depuis le 2 septembre 2020, le 14^e selon la mémoire historique des Archives nationales et le premier en matière de terrorisme. Elle concerne tous ses acteurs : juges, greffiers, procureurs de la République, prévenus, victimes ou parties civiles, avocats, huissiers audienciers, témoins, experts etc. Elle concerne tout ce qui se dit du rituel judiciaire, de « *l'audience est ouverte vous pouvez vous asseoir* » à « *par décision contradictoire, vous êtes déclaré coupable et en répression condamné à la peine de ...* » et de l'humanité des parties, entre mutisme, larmes ou cris d'innocence, de culpabilité ou de soulagement. Elle est « filmée » : ce participe passé ne doit pas conduire à penser qu'elle est passive, bien au contraire, elle est vivante, elle repose sur de l'humain, qui s'exprime. Pour la « saisir », il s'agirait de l'enregistrer, de la fixer par et sur un matériau, qui a évolué au fil des années,

¹S. FAURE et C. DELAGE, « Robert Badinter : “ il fallait que ce procès des crimes à « Charlie Hebdo » ait lieu, et il faut en garder la trace filmée” », *Libération*, 14 septembre 2020

²« Eric Dupond-Moretti souhaite que les procès soient filmés », *Le Monde* du 28 septembre 2020

et d'en faire une archive pour l'avenir³. Il ne s'agit pas de parler de cinéma sur la Justice, quoique vous parler du film *Le Juge et de l'Assassin*, de Bertrand Tavernier, ou de la série *Engrenages* permettrait de parler de l'art de filmer notre justice. Je vais vous parler de la limitation de l'enregistrement et de la diffusion des audiences, entre captations du réel et documentaires, à l'image de ce que les procès historiques de Nuremberg pour la justice pénale internationale, de Eichmann à Jérusalem en 1961, de Klaus Barbie, et encore à l'image de l'œuvre de Raymond Depardon, dans *Délits flagrants*⁴ et *10^e chambre – Instants d'audiences*⁵, qui ont permis de relever cette volonté de « saisir » la justice en ce qu'elle a de plus « vrai ».

En quoi réfléchir sur la justice filmée conduit à parler de démocratie et de mieux la garantir ? En considérant qu'au nom de la publicité des débats et de la liberté d'expression et de communication⁶, l'information du public n'est pas complète (et donc qu'elle doit être « totale ») ? En considérant que l'accès à la justice elle-même ne serait donc pas garanti ? Ou dans la mesure où l'actuel Garde des Sceaux a fait savoir que la responsabilité des magistrats fera partie de son plan d'action, en considérant que l'autorité judiciaire doit *se laisser voir* pour être digne de tout reproche ? La justice est exceptionnellement et limitativement filmée, depuis la loi n° 54-1218 du 6 décembre 1954 et selon notamment la loi n° 85-699 du 11 juillet 1985⁷, notamment pour des raisons tenant à la sérénité des débats, le respect de la vie privée et de l'image des parties, et garantir l'autorité et l'impartialité de la justice, ce que le Conseil constitutionnel a clairement affirmé le 6 décembre 2019⁸ à l'occasion de l'examen d'une question prioritaire de constitutionnalité (I).

Songer à enregistrer et diffuser « totalement » cette justice quotidiennement rendue reviendrait à en faire une justice « spectacle », télévisée ou sur l'internet, en direct ou en *replay* voire en streaming, ce que la référence à *La Société du Spectacle* de Guy Debord⁹ et les exemples de certains pays étrangers nous obligent à exclure au nom de cette démocratie, et en raison de cultures

³J. DERRIDA, *Trace et Archive – image et art*, INA, 2014, p. 129: « L'archive, ce n'est pas une question de passé, c'est une question d'avenir »

⁴R. DEPARDON, *Délits flagrants*, 1994.

⁵R. DEPARDON, *10^e Chambre – Instants d'audience*, 2004.

⁶Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, art. 11

⁷Loi n°54-1218 du 6 décembre 1954 qui modifie l'article 39 de la loi du 29 juillet 1881 et ajoute un article 38 ter ; Loi n° 85-699 du 11 juillet 1985 tendant à la constitution d'archives audiovisuelles de la justice dont les dispositions figurent aux articles L. 221-1 à L. 222-3 du code du patrimoine

⁸Commentaire de la décision n°2019-817 QPC du 6 décembre 2019 Mme Claire L.

⁹*La Société du Spectacle*, Guy DEBORD, Essais Folio Gallimard, 3^{ème} éd.1992

judiciaires fort différentes¹⁰, sans parler des limites matérielles et humaines. Fondée sur la séparation des pouvoirs, la démocratie, qui s'exprime notamment dans l'exercice de la justice, n'est pas en danger par sa limitation des audiences filmées et pas plus la liberté d'expression et de communication de ce point de vue, mais du fait d'un socle judiciaire qui s'effrite par le manque de moyens humains et matériels. Toutefois, ce choix de l'exception pour les dimensions historique, mémorielle et pédagogique des audiences doit conduire à se rappeler combien il faut rendre notre justice accessible et intelligible - « *faire voir* » et « *se faire voir* » pour mieux comprendre -, en l'amenant par exemple dans les salles de classe, ou en les faisant venir dans les tribunaux, ce que l'École nationale de la magistrature et les juridictions promeuvent pour y avoir participé personnellement lors de ma scolarité et dans le cadre de mes fonctions, ou en permettant l'accès dans la « vraie vie » aux justiciables aux anciens tribunaux d'instance désormais appelés chambres détachées du tribunal judiciaire (II).

I) La justice se laisse filmer exceptionnellement

La justice *se laisse voir* avec restriction au nom de plusieurs principes que le Conseil constitutionnel a récemment rappelés. Elle sera filmée, enregistrée, et consultable mais sous certaines conditions et autorisations spéciales.

A) Une justice filmée

L'actualité politique du sujet, cantonnée à des « *procès totalement filmés et diffusés* », ne doit pas me conduire à oublier de mentionner les cas d'enregistrement d'entretiens judiciaires, lors de stades procéduraux qui ne relèvent pas à proprement parler de « procès » - phase de jugement d'une personne. En effet, par exemple, les interrogatoires de mis en examen dans le cadre de procédures criminelles réalisés dans le cabinet du juge d'instruction font l'objet d'un enregistrement audiovisuel : concrètement, une caméra, de type webcam, est posée sur l'ordinateur portable prévu à cet effet, pour filmer le mis en examen, assis à côté de son avocat : leurs visages sont visibles, en sus des voix de toutes les personnes présentes¹¹. La consultation est conditionnée à un objet particulier : « *en cas de contestation sur la portée des déclarations recueillies* », ce qui m'impose, lorsque je suis saisie d'une telle demande, et si j'entends la refuser, de rendre spécialement une décision motivée. C'est donc la restriction qui prime pour ce nouveau scellé du dossier, ce d'autant qu'il sera détruit dans un délai de 5 ans à compter de l'extinction de l'action publique.

¹⁰A. GARAPON et Ioannis PAPAPOULOS, *Juger en Amérique et en France, Culture juridique française et Common law*, Odile Jacob, 2003

¹¹C. proc. pén., art. 116-1 et D32-2.

Il existe un principe et des limites de l'interdiction de la captation de l'enregistrement des audiences. En effet, le principe de publicité des débats menés devant les tribunaux judiciaires et administratifs et la liberté de rendre compte des débats notamment dans la presse s'entrechoquent, elle-même forgée sur la liberté d'expression et de communication. L'analyse de l'évolution du système juridique en vigueur permet de constater une évolution : d'une totale liberté de rendre compte en photographiant et en filmant les audiences dans le silence de la loi à une atteinte nécessaire, adaptée et proportionnée, en passant par des assouplissements comme des dispositions plus répressives. Les lois de 1954 et de 1985¹² viennent constituer des limites à ce principe d'interdiction. Il est notamment prévu que les audiences publiques devant les juridictions de l'ordre administratif ou judiciaire peuvent faire l'objet d'un enregistrement audiovisuel ou sonore lorsque ce dernier présente un « intérêt pour la constitution d'archives historiques de la justice » sous réserve des autorisations des « chefs de juridiction »; l'enregistrement peut être communiqué à des fins historiques ou scientifiques dès que l'instance a pris fin par une décision définitive ; la reproduction ou la diffusion intégrale ou partielle est soumise à autorisation, avec la limite de ce que après 50 ans cette diffusion est libre. C'est dans ce cadre qu'ont eu lieu les procès historiques de Klaus BARBIE, de AZF, et depuis plusieurs semaines celui des attentats de janvier 2015.

En outre, plusieurs documentaires ont été réalisés : ceux de Raymond Depardon donnent à voir certes les difficultés pour obtenir ces autorisations, mais ils ont donné lieu à enregistrement et à diffusion des audiences. À propos du tournage de *10e chambre – Instants d'audiences*, le réalisateur et l'ingénieur du son se souviennent de leur volonté de saisir le réel et d'en faire une trace pour l'avenir : « *Nos films sont des témoignages réels de la France. Ils vont rester. Ce seront des archives. Tous les films de fiction ne resteront pas* »¹³, essayant de modifier le moins possible l'image et le son de l'enregistrement, dans la salle d'audience par le positionnement des caméras, ou lors du montage. La question de cette modification technique ou artistique de l'enregistrement s'est récemment posée lors du procès des attentats de janvier 2015, le Président d'audience ayant dû rappeler que « tout est enregistré, rien n'est coupé ». Ce souci de « coller » au réel existe du fait du caractère exceptionnel et historique du « film ».

¹²*Supra*

¹³ R. DEPARDON et C. NOUGARET, *Dégager l'écoute*, Points, 2020.

B) Une justice exceptionnellement filmée

Dans le cadre de la procédure ayant donné lieu à la décision du Conseil constitutionnel du 6 décembre 2019, la Cour de cassation, qui avait transmis la question prioritaire de constitutionnalité, s'était interrogée sur le point de savoir s'il fallait faire évoluer ou non notre droit en cette matière – article 38 ter de la loi de 1881 –, d'où le « sérieux » de la question : *« il convient en conséquence que le Conseil constitutionnel puisse dire si la disposition critiquée, initialement instituée en vue de préserver la sérénité des débats devant les juridictions, protéger les droits des parties au procès et garantir l'autorité et l'impartialité de la justice, n'est pas devenue, au regard de l'évolution des techniques de communication, susceptible de constituer une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression et de communication »*¹⁴.

Lors de l'examen de l'affaire, le Conseil constitutionnel s'est interrogé sur le point de savoir si les dispositions prohibant l'usage de tout appareil photographique ou d'enregistrement sonore ou audiovisuel dès l'ouverture de l'audience des tribunaux administratifs ou judiciaires, respectaient les exigences de nécessité, d'adaptation et de proportionnalité. Il en ressort que plusieurs objectifs sont retenus : garantir la sérénité des débats vis-à-vis des risques de perturbation liés à l'utilisation de ces appareils, prévenir les atteintes à la diffusion des images ou enregistrements issus des audiences et donc au droit à la vie privée des parties au procès et des personnes participant aux débats, comme prévenir, en matière pénale, l'atteinte à la présomption d'innocence de la personne poursuivie. C'est moins l'enregistrement de cette réalité dont la discrétion technique est possible – ne pas influencer les déclarations - qui est remise en cause que sa diffusion qui semble susceptible de porter atteinte à ces objectifs.

Ainsi, le débat porte moins sur l'existence d'une justice filmée, puisque différents moyens et canaux la montrent, mais de la voir « comme on veut ».

II) Filmer la justice sans en faire une « justice spectacle »

Pour certains, la justice doit être filmée et diffusée « *totalemment* »¹⁵. Alors qu'elle l'était jusqu'en 1954, et que les excès de cette permissivité avaient été relevés par les participants au procès (flashes, bruits), Robert Badinter¹⁶ rappelle combien laisser des traces de la « justice ordinaire » compte, ce qu'il avait d'ailleurs souhaité en 1985.

¹⁴ Cass. crim 1^{er} octobre 2019, n°216.1

¹⁵ « Eric Dupond-Moretti souhaite que les procès soient filmés », art. cit.

¹⁶ S. FAURE et C. DELAGE, art. cit.

Après plusieurs évolutions, ce caractère exceptionnel de filmer la justice, opposé au caractère habituel des enregistrements d'audiences publiques dans certains pays étrangers, suppose de s'interroger sur ce que représente un procès dans notre culture judiciaire : si en France, il apparaît comme un rituel judiciaire mené par un agent de l'État dont la personnalité est étrangère à l'œuvre de justice par nature verticale, dans d'autres pays, comme aux États-Unis, le procès – le *trial* – est un espace public de paroles qui circulent, à égalité, par nature horizontale, et avec un débat à l'issue duquel le jury et le juge rendront leur décision. « Publiciser » notre procès, le rendre visible au public, va donc à contre-courant de notre conception de l'œuvre de justice¹⁷.

Au-delà des considérations techniques d'enregistrement, de diffusion, d'archivage et de stockage des millions d'images qui seraient enregistrées en cas de justice « totalement » filmée, j'émetts la crainte d'une justice « spectacle » ou de consommation. En effet, la fixer au quotidien sur des supports mais surtout la diffuser à la télévision, sur Internet ou tout autre support, en fait un objet banal du visible et du réel, perdant le sens de la justice rendue. C'est la question de savoir pour qui la justice est-elle rendue¹⁸. S'il est acquis que la justice doit être le plus accessible possible, cela ne peut être dans l'objectif d'assouvir le désir du public du « fait divers », du sensationnel comme les émissions de télé-réalité le montrent, au nom d'une information du public.

La Cour européenne des droits de l'Homme a eu à apprécier la compatibilité des atteintes avec la liberté d'expression et de communication dans plusieurs États de l'Union¹⁹. Il en ressort notamment que le risque de « *pression néfaste* » ou « *d'influence indue sur les victimes, les témoins, les parties aux procédures pénales, les jurés ou les magistrats* » et plus largement sur le cours du procès, est une importante préoccupation.

Le *faire voir* de Guy Debord²⁰ et le risque inhérent pour le « public » de ne voir que des images sans penser à la réalité qu'elle représente pour les milliers de

¹⁷A. GARAPON et I. PAPADOPOULOS, *op. cit.*

¹⁸G. DEBORD, *La Société du Spectacle*, Essais Folio Gallimard, 3^{ème} éd. 1992, Thèse n°10 « *Le concept de spectacle unifie et explique une grande diversité de phénomènes apparents. Leurs diversités et contrastes sont les apparences de cette apparence organisée socialement, qui doit être elle-même dans sa vérité générale. Considéré selon ses propres termes, le spectacle est l'affirmation de l'apparence et l'affirmation de toute vie humaine, c'est-à-dire sociale, comme simple apparence. Mais la critique qui atteint la vérité du spectacle le découvre comme négation visible de la vie ; comme une négation de la vie qui est devenue visible* ».

¹⁹Commentaire de la décision n°2019-817 QPC du 6 décembre 2019 Mme Claire L., page 8 et suivants

²⁰G. DEBORD, *La Société du Spectacle*, Essais Folio Gallimard, 3^{ème} éd. 1992, Thèse n° 18 « *Là où le monde réel se change en simples images, les simples images deviennent des êtres réels, et les motivations efficientes d'un comportement hypnotique. Le spectacle, comme tendant à faire voir par différentes médiations spécialisées le monde qui n'est plus directement saisissable, trouve normalement dans la vue le sens humain privilégié qui fut à*

justiciables qui mettent « leurs vies » dans les mains de la justice, ne doit pas faire oublier l'intérêt pour les citoyens de comprendre la justice qui est rendue dans notre pays : qui la rend ? Selon quelles règles ? En présence de qui ? L'existence de documentaires et d'archives judiciaires notamment des grands procès y participe. La promotion, par les tribunaux et l'École nationale de la magistrature, de faire entrer la justice dans les classes, en y intervenant, ou en les faisant assister à des procès ou même en « reconstituant » des audiences, historiques ou non, est un autre moyen de laisser *vraiment* voir la justice à l'œuvre.

Ainsi, le sujet de *Justice filmée* porte en lui un sens démocratique : l'œuvre de justice n'a pas vocation à être un spectacle. Certains ont pu dire que la justice souffre d'un « *paradoxe* » reposant sur le fait que si la justice accorde de plus en plus de place à l'image (analyse de bande de vidéo surveillance, des captures de téléphone)²¹, au point de dire que la justice pénale n'aurait pas évolué depuis des décennies sur celle qu'elle donne d'elle-même. Je fais au contraire le constat d'une « évolution » de notre justice filmée et que maintenir un encadrement légal de son enregistrement et de sa diffusion reste un compromis pour notre démocratie.

d'autres époques le toucher ; le sens le plus abstrait, et le plus mystifiable, correspond à l'abstraction généralisée de la société actuelle. Mais le spectacle n'est pas identifiable au simple regard, même combiné à l'écoute. Il est ce qui échappe à l'activité des hommes, à la reconsidération et à la correction de leur œuvre. Il est le contraire du dialogue. Partout où il y a représentation indépendante, le spectacle se reconstitue ».

²¹J. BRAFMAN, « Procès filmés : saisir la justice », *Libération*, 14 septembre 2020