

Paris, le 10 juin 2014

Commission de réflexion et de propositions sur le droit et les libertés à l'âge numérique

Premiers thèmes de travail, à débattre.

L'affirmation et la protection des droits et libertés dans le monde numérique ont fait l'objet, ces dernières années, d'une approche en ordre dispersé de la part des gouvernements et du Parlement. La période récente a vu apparaître plusieurs textes présentés à l'Assemblée nationale, avec des dispositions isolées affectant directement l'exercice des libertés, mais dépourvues d'une cohérence d'ensemble – qu'il s'agisse des mesures de surveillance prévues par la loi de programmation militaire, des pouvoirs de censure conférés à la DGCCRF par la loi relative à la consommation ou de l'extension du champ du dispositif de signalement des hébergeurs dans le projet de loi pour l'égalité entre les femmes et les hommes et la proposition de loi renforçant la lutte contre le système prostitutionnel.

Dans ce contexte, la Conférence des Présidents de l'Assemblée nationale a décidé, le 25 février dernier, de créer une commission de réflexion et de propositions *ad hoc* dont le champ d'étude et la composition permettraient de **définir une doctrine et des principes durables en matière de protection des droits et libertés à l'âge numérique**, dans la perspective de la discussion prochaine du projet de loi sur les droits et les libertés numériques et d'autres textes de loi à venir.

Deux grandes thématiques auraient vocation à être abordées par la commission :

- d'une part, **la protection de la vie privée et des données à caractère personnel** ;
- d'autre part, **l'exercice des libertés publiques à l'ère numérique**.

I. La protection de la vie privée et des données à caractère personnel

Cette première partie explorera les enjeux pour les droits de l'individu qui naissent des usages multiples de ses données personnelles. Ainsi, elles sont devenues à la fois la matière première de l'économie numérique et un frein potentiel à son développement. Et depuis des années, le risque d'une société de surveillance institutionnelle et interpersonnelle s'est installé.

1° Quel équilibre entre la protection de la vie privée et les impératifs de l'ordre public ?

Les technologies numériques doivent concilier deux exigences acceptées dans une société démocratique, la préservation de l'ordre et de la sécurité publics d'une part, et le respect de la vie

privée d'autre part, constitutionnellement et conventionnellement protégée par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

La commission pourrait dresser un **état des lieux des activités régaliennes dans le domaine numérique** et proposer **des principes pour guider les évolutions législatives des prochaines années** dans plusieurs champs :

— le cadre juridique et technologique des **interceptions des communications électroniques** ordonnées dans le cadre d'investigations judiciaires ou d'activités de renseignement intéressant la sécurité et la défense nationales, la prévention du terrorisme ou la lutte contre la criminalité et la délinquance organisées ; elle prendra en compte l'ensemble des mutations intervenues en France et dans le monde en matière de contrôle des communications, dont l'affaire *Snowden* a révélé ou confirmé les dérives ;

— l'évolution du contenu et de l'encadrement des **fichiers publics** à vocation judiciaire et de renseignement ;

— le développement récent de **mesures de suivi des personnes et des objets à distance** (vidéosurveillance, biométrie, géolocalisation) ;

— l'essor des activités régaliennes **dans le cyberspace**, en s'intéressant tout particulièrement à la **cybersécurité**, y compris dans son volet de lutte contre la **cybercriminalité** (infractions pénales commises à travers les réseaux informatiques) et à la **cyberdéfense** (préservation des infrastructures vitales du pays contre les attaques informatiques belliqueuses).

La commission pourrait s'interroger sur le rôle de la Commission nationale de l'informatique et des libertés sur ces activités qui bénéficient d'un régime relativement dérogatoire et de garanties administratives et judiciaires à géométrie variable, à défaut d'une doctrine établie sur la question.

2° Quelles limites apporter à l'exposition croissante des données à caractère personnel ?

La commission pourrait analyser **le statut juridique de l'identité numérique**, regroupant l'ensemble des traces laissées par un individu (adresses IP, cookies), ses coordonnées d'identification, les contenus qu'il publie ou partage en ligne (blogs, avis, discussions, contributions à des sites collaboratifs, jeux), ses habitudes de consommation sur internet ou sa e-réputation.

La commission pourrait en outre détailler l'impact des outils numériques sur le travail, et l'impact de la **perméabilité croissante des sphères privée et professionnelle** avec, par exemple, le développement du travail à domicile, le recours à la géolocalisation ou à la biométrie pour contrôler les déplacements et les horaires des salariés ou encore le devenir du secret des données personnelles sur le lieu de travail (Cass. soc., 2 octobre 2001, *Nikon*, n° 9942.942).

Ses travaux pourraient également porter sur les **enjeux soulevés par l'essor des techniques de ciblage et de traçage des internautes à des fins industrielles ou commerciales**, grâce au développement de l'informatique « dans les nuages » (*cloud computing*) et de croisement des données laissées sur les réseaux, permettant aux entreprises de répondre aux recherches des internautes de manière contextualisée (« web 3.0 » ou « web sémantique ») par l'intermédiaire des

moteurs de recherche et des techniques d'indexation. Dans cette perspective, la commission pourrait élargir sa réflexion aux **questions juridiques et éthiques posés** par la prévisibilité et la prédictibilité croissantes des comportements permises par l'exploitation de l'intelligence des données récoltées à l'état brut et le principe de la « *gouvernementalité algorithmique* ».

3° Faut-il doubler la protection de la vie privée d'une responsabilisation de l'individu ?

La commission pourrait se demander dans quelle mesure la **valeur juridique accordée au consentement** est toujours pertinente dans la société numérique, dans la mesure où l'individu consent souvent délibérément à ce que sa vie privée soit remise en cause pour lui permettre de participer à la vie des réseaux. Tout se passe en effet comme si **l'exposition de la vie privée servait de faire-valoir dans la vie publique**, en permettant le « libre développement de la personnalité », concept juridique évoqué par les droits constitutionnels européens.

La logique historique de protection de l'individu pourrait être remise en question à l'aune des **nouveaux usages de l'internet** par lesquels l'individu ne se dévoile ni entièrement ni également sur n'importe quel site et en échange de n'importe quel avantage (pseudonymes, amis, goûts affichés), contournant les dispositifs techniques et juridiques de protection de la vie privée par le cloisonnement des différentes facettes de son identité.

Cette réflexion pourrait tenir compte des **contraintes techniques** qui rendent de plus en plus impossibles les garanties traditionnelles de sécurité, de confidentialité et d'effacement des données à caractère personnel. Elle pourrait procéder à une **analyse précise du caractère personnel des données** (essor des données personnelles par destination) qui rend délicate leur protection.

Dans ce contexte, convient-il de protéger l'individu contre lui-même, en vérifiant le caractère éclairé de son consentement, ou est-il préférable de le doter des moyens de mieux défendre son intégrité numérique en entretenant une relation plus symétrique avec les administrations et les entreprises, à travers, par exemple, un « *droit à l'autodétermination informationnelle* »⁽¹⁾ lui permettant de décider par lui-même quelles informations de sa vie privée sont communicables ? Elle pourrait se prononcer sur les solutions déjà avancées, autour des paradigmes de la **transparence totale**, de l'**anonymat absolu**, du **droit à l'oubli** ou de la **propriété des données**.

4° Quels véhicules juridiques retenir ?

Tout au long de ses travaux, la commission pourrait examiner le support juridique le plus pertinent pour répondre à ces nouveaux défis :

— le renforcement de l'**autorégulation** des acteurs du numérique, par la promotion des codes de bonne conduite, le travail sur la responsabilité sociale des entreprises et le soutien des instances de corégulation ;

— la réforme de la **loi du 6 janvier 1978** relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés ;

(1) Notion développée en 1983 par la Cour constitutionnelle fédérale allemande statuant sur la loi sur le recensement.

— la consécration de **droits constitutionnels numériques**, sous la forme d'une charte constitutionnelle (*habeas data*) prenant acte de l'obsolescence du bloc de constitutionnalité actuel face aux réseaux numériques.

II. L'exercice des libertés publiques dans l'univers numérique

Le numérique bouleverse les modalités d'exercice des libertés publiques fondamentales (droit à l'information, liberté d'expression et de communication) et fait émerger de nouveaux droits (neutralité des réseaux, liberté d'accès) spécifiquement numériques. La commission pourrait s'interroger sur la définition de ces nouveaux droits et libertés numériques ainsi que sur l'opportunité d'une redéfinition du régime des libertés.

1° Quelle redéfinition du régime des libertés publiques à l'ère numérique ?

— **la liberté d'expression et de communication**, liberté fondamentale constitutionnellement protégée par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Cette liberté a acquis une dimension nouvelle avec l'usage d'internet. Elle est limitée par plusieurs considérations : limites posées par la loi sur la liberté de la presse, législations en matière de lutte contre la pédopornographie, la xénophobie ou l'antisémitisme, droit de la propriété intellectuelle, *etc.* La commission pourrait s'interroger sur l'opportunité d'une adaptation des grandes lois sur la liberté d'expression et de communication (loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse et loi relative à la liberté de communication du 30 septembre 1986) à l'ère numérique.

— **le droit à l'information** qui est, en permanence, un terrain de conquêtes. Les technologies numériques multiplient les possibilités de partager et d'échanger les informations et les connaissances, grâce à la décentralisation des savoirs qui caractérise le web collaboratif. Ce droit est ambivalent car si le numérique favorise l'accès à l'information, il peut parfois le fragiliser dans sa qualité (rumeurs, référencement abusif, falsification).

La commission pourrait s'interroger sur l'évolution des droits des journalistes et des « lanceurs d'alerte ». Les affaires *Wikileaks* et *Snwoden* remettent en cause en particulier la notion de secret d'État ou d'intérêt national à l'ère numérique. La protection du droit à l'information pose également la question de la viabilité et de l'avenir de la presse, dont le modèle économique est radicalement transformé par le développement des technologies numériques.

Le droit à l'information passe aussi désormais **par l'ouverture des données publiques**. **L'*open data*** est à la fois un impératif démocratique et un moteur de l'économie numérique. La commission pourrait évaluer le niveau d'ouverture des données publiques dans notre pays et, le cas échéant, proposer des modifications du droit en ce domaine, en particulier de la loi CADA du 17 juillet 1978 : élargissement du champ de l'obligation de publication des informations publiques dans des formats ouverts, libres et automatiquement réutilisables, évolution des compétences de la commission d'accès aux documents administratifs (CADA), opportunité du maintien des exceptions au principe de gratuité...

2° *Quelle reconnaissance pour les droits et libertés numériques ?*

— **la liberté d'accéder aux services de communication et d'information en ligne** : pour le Conseil constitutionnel, la liberté d'expression et de communication, « *en l'état actuel des moyens de communication et eu égard au développement généralisé des services de communication au public en ligne ainsi qu'à l'importance prise par ces services pour la participation à la vie démocratique et l'expression des idées et des opinions, (...) implique la liberté d'accéder à ces services* »⁽²⁾ ;

— **la neutralité de l'internet** : la commission pourrait examiner l'opportunité d'une consécration juridique de ce principe et l'étendue qu'il convient de lui donner.

Le débat sur la neutralité du net porte sur la question de savoir quel contrôle les acteurs de l'internet ont le droit d'exercer sur le trafic acheminé. Il s'agira d'examiner les pratiques des opérateurs sur leurs réseaux, mais également leurs relations avec certains fournisseurs de contenus et d'applications. Peuvent-ils bloquer des services, ralentir certaines applications, prioriser certaines catégories de contenus ? Doivent-ils au contraire s'en tenir strictement au respect du principe d'égalité de traitement, tel qu'imaginé par les concepteurs de l'internet. Le débat porte en particulier sur la compatibilité de ce principe avec la croissance soutenue du trafic sur les réseaux, notamment mobiles, et avec la nécessité de financer les investissements qui en résultent.

La neutralité du net garantit **la concurrence et la liberté d'innovation sur les réseaux**. Un internet neutre constitue en effet une plate-forme de distribution accessible à tous, sur laquelle tout nouvel entrant jouit des mêmes conditions de traitement que les acteurs économiques les plus établis.

La problématique de l'ouverture des réseaux pourrait impliquer un questionnement sur la neutralité des pratiques de l'ensemble de la chaîne de valeur d'internet, y compris des moteurs de recherche, et sur **l'interopérabilité** qui permet à des équipements terminaux et des services de communication électronique différents de fonctionner et d'échanger sans contrainte technique ou matérielle et qui conditionne le libre choix des outils informatiques et l'exercice d'une véritable concurrence, en évitant l'enfermement technologique.

— la clarification de la **responsabilité des acteurs dans la lutte contre les contenus illicites : quelle responsabilité pour les intermédiaires techniques** ? Quels pouvoirs pour le juge, les autorités administratives indépendantes et quelle place pour l'autorégulation ?

(2) *Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009 sur la loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet, considérant 12.*