

CONCLUSIONS

Mme Aurélie BRETONNEAU, rapporteur public

Ce litige relatif à une sanction édictée par la CNIL pose deux questions. La première, qui concerne la sanction principale d'avertissement, est affaire d'espèce et touche à la frontière entre communication culturelle et communication politique. La seconde, relative à la sanction complémentaire de publication de l'avertissement, est plus systémique et concerne les modalités d'appréciation de la proportionnalité d'une publication en ligne.

Les faits se déroulent pendant la campagne des élections municipales de 2014. Le 4 mars 2014, paraît dans le quotidien régional *Ouest France* une tribune peu amène quant à la politique culturelle menée à Rennes et au « caractère moribond » des institutions culturelles rennaises au nombre desquelles figure le Théâtre national de Bretagne. Après avoir tenté en vain, selon ses allégations, d'obtenir un « droit de réponse » dans *Ouest France*, le directeur du théâtre a décidé d'en recourir à ses propres moyens de communication. Dégainant le fichier des adresses de messagerie électronique de ses abonnés, il a, le 12 mars suivant, adressé à ceux d'entre eux qui résidaient à Rennes un courriel intitulé « Rennes mérite une politique artistique et culturelle ambitieuse », répondant à l'article qui l'avait froissé.

Plusieurs abonnés ont alors saisi la CNIL de plaintes déplorant l'utilisation du fichier des abonnés à des fins étrangères à celles pour lesquelles ils avaient autorisé l'envoi de messages électroniques.

La CNIL a engagé une procédure de sanction au terme de laquelle sa formation restreinte a infligé au théâtre un avertissement, et décidé la publication de sa délibération sur le site internet de la CNIL et sur Légifrance.

Le premier groupe de moyens cible l'avertissement. Vous en êtes juges de plein contentieux au motif qu'il s'agit d'une sanction (en vertu de l'article 45 de la loi informatique et libertés ; l'article 46 prévoit expressément un contentieux de pleine juridiction).

Outre la motivation de la sanction, qui ne souffre pas de reproche, le requérant remet en cause l'appréciation de la formation restreinte qui a estimé que le courriel litigieux relevait de la communication politique. Le TNB fait valoir que son message relevait de l'actualité culturelle et que l'utilisation du fichier à cette fin avait été autorisée par la CNIL. Il n'est pas faux que le courriel comporte des informations d'actualité culturelle. Il résulte toutefois de l'instruction qu'il a été envoyé en réaction à l'article publié dans *Ouest France* dont la tonalité était politique ; qu'il a été adressé aux seuls abonnés rennais du théâtre, ce qui conforte l'idée

d'une visée électorale à l'approche des élections municipales ; et que son contenu le rattachait aux élections, puisqu'il oppose « quelques candidats abandonnés du ciel et des électeurs » au « vrais candidats » qui « travaillent déjà » à « une politique artistique et culturelle ambitieuse que « Rennes mérite de poursuivre ». D'ailleurs, saisi des élections, le tribunal administratif de Rennes a estimé que ce courrier avait le caractère d'une opération de campagne publicitaire à visée politique prohibée par l'article L. 52-1 du code électoral » (TA Rennes, 10 octobre 2014, n° 1401499). Nous partageons donc l'appréciation de la CNIL. Et nous en déduisons qu'elle a pu, sans erreur de droit, juger que l'usage du traitement à cette fin politique méconnaissait le 2° de l'article 6 de la loi informatique et libertés, qui prohibe que les données personnelles d'un fichier soient traitées de manière incompatible avec les finalités pour lesquelles il a été autorisé.

Nous vous invitons donc à rejeter les conclusions dirigées contre l'avertissement, et à conforter ce faisant le régulateur dans sa démarche de vigilance à l'égard de communications électroniques susceptibles d'interférer illicitement avec le libre choix des électeurs.

Les autres moyens sont dirigés contre la décision de rendre publique la sanction d'avertissement. C'est le deuxième alinéa de l'article 46 de la loi qui ouvre cette faculté à la formation restreinte. Il lui permet en premier lieu de « rendre publiques les sanctions qu'elle prononce », mais également d'« ordonner leur insertion dans des publications, journaux et supports qu'elle désigne aux frais des personnes sanctionnées ». En l'espèce, la formation restreinte a fait usage de la première option.

Le premier moyen consiste à soutenir, Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen et convention ESDHLF à l'appui, que la publication d'une décision de sanction qui peut encore faire l'objet d'un recours méconnaît le principe de présomption d'innocence. Le moyen prend la forme d'une exception d'illégalité du décret n° 2005-1309 du 20 octobre 2005, dont l'article 78 dispose que « Lorsque la formation restreinte décide de publier la décision de sanction, cette publication peut intervenir dès la notification de la décision de sanction à la personne concernée. ». Cette rédaction¹ procède d'un durcissement des conditions de publication en vue d'une plus grande sévérité de cette sanction complémentaire : dans la version antérieure du texte, la publication intervenait « dans le délai d'un mois à compter du jour où la sanction est devenue définitive. »

Quoi qu'il en soit, vous avez déjà écarté une argumentation en tous points similaires, à propos de l'Autorité des marchés financiers (AMF), dans une décision CE, 13 juillet 2011, *Société Edelweiss Gestion et autres*, n°s 327980 329120, T. p. sur un autre point. Vous aviez alors jugé que les requérants ne sauraient soutenir que la publication d'une décision de sanction qui n'est pas devenue définitive méconnaît les stipulations des l'article 6-2 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (...) dès lors que lorsqu'elle prononce la sanction complémentaire de publication de sa décision, l'Autorité des marchés financiers doit être regardée comme ayant légalement admis les manquements qui la fondent et que, dans l'hypothèse où la sanction serait ultérieurement jugée illégale, les personnes sanctionnées pourraient obtenir, outre son annulation, l'indemnisation du préjudice né de sa publication antérieurement à la décision d'annulation ». En d'autres termes, le caractère exécutoire des sanctions administratives fait que leur seul prononcé vaut reconnaissance de culpabilité tenant en échec la présomption. Il suffit simplement, pour que le principe soit respecté, qu'une éventuelle annulation de la sanction

¹ Issue du décret n° 2011-2023 du 29 décembre 2011.

fasse l'objet d'une publication symétrique et que le préjudice né du préjudice réputationnel né dans l'intervalle puisse être indemnisé. Vous écarterez donc le moyen, de préférence sur le terrain du principe constitutionnel, que le CC a rendu applicable à la répression administrative, l'applicabilité de l'article 6§2 de la convention étant moins évidente s'agissant d'une simple sanction d'avertissement.

Reste le faisceau de moyens relatif au respect de la proportionnalité. Bien entendu, ainsi que vous l'avez jugé à propos de l'AMF, la décision de rendre publique une sanction se trouve nécessairement soumise à ce principe en tant que sanction complémentaire et alors même que la loi ne le prévoirait pas expressément (CE, 9 novembre 2007, *Société Bourse Direct SA*, n° 298911, T. p.), ce qui démine la critique du requérant sur ce dernier point.

La première branche du moyen porte sur le principe de la publication. Ainsi que le relevait notre collègue Edouard Crépey dans ses conclusions sur une affaire CE, 27 juillet 2012, *Société AIS 2*, n° 340226, T.p. : « la commission ne doit rendre publics ses avertissements que de manière très exceptionnelle dès lors qu'ils sanctionnent un premier manquement, non réitéré après mise en demeure ». Cette règle de retenue est justifiée en ce que, bien que faisant figure de sanction la plus légère que la CNIL puisse prononcer, l'avertissement devient, une fois rendu public, incommensurablement plus préjudiciable à la personne sanctionnée qu'en l'absence de publication. Or en l'espèce, il semble qu'on se trouve en présence d'un premier manquement isolé du TNB.

Nous estimons qu'une publication était légalement justifiée. Cette sanction complémentaire, dont la proportionnalité doit être mesurée en mettant en balance l'atteinte portée à la réputation de la personne sanctionnée avec les objectifs qu'elle poursuit, vise d'une part, à l'égard de la personne sanctionnée, à alourdir dans un souci répressif le poids de la sanction principale, d'autre part, à l'égard des tiers, à assurer une certaine exemplarité de cette dernière (sur l'objectif d'information des tiers, décision n° 2013-329 QPC du 28 juin 2013). Or compte tenu de la nature du manquement, susceptible d'avoir joué sur les résultats d'un scrutin, de la publicité qu'a connu l'incident avant l'intervention de la CNIL et, par voie de conséquence, de l'intérêt qui s'attache à informer le public qu'elle n'a pas laissé impunie une telle pratique, l'atteinte à la réputation du théâtre, qui au demeurant est surtout de nature à décourager les abonnés de donner leur adresse électronique, n'est pas excessive.

La dernière branche du moyen concerne la durée de la publication en ligne ordonnée, ou plutôt l'absence de précision sur ce point. C'est la question la plus délicate.

Lorsqu'elle décide de rendre publique une sanction, la CNIL a le choix des supports. Longtemps, elle a opté pour une publication écrite. Naturellement, elle privilégie désormais la publication en ligne.

La CNIL est bien placée pour savoir qu'un tel choix n'est pas neutre et que la diffusion de données sur internet en démultiplie la portée : est-ce au point de faire de certaines modalités de la publication en ligne un élément d'appréciation de leur proportionnalité ?

Le requérant soutient que la publication en ligne sans limitation de durée rend la sanction perpétuellement accessible aux internautes et que ce pilori perpétuel est une punition disproportionnée. Il est vrai qu'une publication en ligne est, potentiellement, à la fois plus permanente et plus éphémère qu'une publication papier. Plus permanente parce que, tant qu'elle demeure accessible, elle permet que la sanction soit vue tant par les personnes qui se

connectent sur le site de publication que par celles qui recherchent le nom de la personne en cause ; la revue, elle, n'est *a priori* plus vue par personne passée le temps de sa parution. Potentiellement plus éphémère parce que, une fois retirée du réseau ou tombée dans les limbes d'un dossier d'archives non référencé par les moteurs de recherche, la sanction publiée en ligne n'est plus visible par qui la cherche, alors que la publication papier, elle, n'est jamais effacée.

Il n'en reste pas moins que le requérant touche un point sensible en soulignant que faute d'indication en ce sens, la décision de publier en ligne une sanction doit sans doute s'analyser comme permettant un maintien en ligne sans limitation de durée, la limitation de son accessibilité par effacement, déréférencement ou simplement éclipse par de nouvelles publications plus récentes étant totalement aléatoire et échappant à l'autorité de sanction. Le requérant en déduit que la sanction est illégale faute de prévoir une limitation de la mise en ligne dans le temps. Nous traduisons le moyen comme tiré de ce qu'une sanction de publication en ligne perpétuelle est disproportionnée.

Et nous trouvons un certain nombre d'arguments dans le sens du requérant.

D'abord, votre jurisprudence tient effectivement compte, pour apprécier la proportionnalité d'une sanction, de ses effets concrets et pas seulement de sa portée théorique. Dans votre décision *Edelweiss* précitée, vous avez apprécié le *quantum* d'une sanction pécuniaire en vérifiant que son montant était, à la date à laquelle elle a été infligée, proportionné tant aux manquements commis qu'à la situation, notamment financière, de la personne sanctionnée. Vous avez ajouté que l'hypothèse où le juge de plein contentieux réformerait cette sanction, il devrait tenir compte de la situation (de fait) de la personne sanctionnée à la date où il statue pour apprécier si le montant de l'amende qu'il substitue n'est pas excessif.

Ensuite, plusieurs autorités administratives ont d'ores et déjà pris acte de la particularité d'une publication de décisions défavorables en ligne par rapport à une publication papier et en ont tiré des conséquences dans les textes ou leur pratique.

En premier lieu, le législateur a, au moment de la substitution *Journal officiel de la République française* papier une version entièrement dématérialisée², réservé à la publication en ligne de décisions défavorables un sort spécifique empêchant qu'elles emportent un effet plus dévastateur qu'une publication papier. Ainsi, l'article L. 221-14 du code des relations entre le public et l'administration prévoit que certaines décisions individuelles sensibles défavorables « doivent être publiés dans des conditions garantissant qu'ils ne font pas l'objet d'une indexation par des moteurs de recherche »³. En pratique, ces « informations nominatives à accès protégé », parmi lesquelles figurent les sanctions administratives et disciplinaires (4° de l'article R. 221-16 du code), ne peuvent être consultées qu'à condition de connaître le date du *JORF* qui les contient et la consultation en ligne de leur PDF ne peut excéder cinq minutes (avec possibilité de téléchargement). En somme, sont recrées en ligne les conditions de consultation d'un *JORF* papier.

² Loi n° 2015-1713 du 22 décembre 2015 portant dématérialisation du Journal officiel de la République française.

³ Du temps de la coexistence du *JORF* papier avec sa version en ligne, l'ordonnance n° 2004-164 du 20 février 2004 et le décret n° 2004-459 du 28 mai 2004 préoyaient pour certaines décisions une interdiction de publication en ligne.

En second lieu et de façon plus topique, des autorités administratives titulaires d'un pouvoir de sanction se sont engagées dans la voie d'un encadrement dans le temps des sanctions complémentaires de publication sous forme électronique. C'est le cas de l'ARCEP, pour laquelle l'article 5-3 du code des postes et des communications électroniques dispose, depuis l'ordonnance n° 2014-329 du 14 mars 2014, que la sanction complémentaire consistant à rendre publique la sanction doit se faire « dans un format et pour une durée proportionnés à la sanction infligée ». C'est également de l'AMF dont la pratique est, sans que les textes l'imposent, d'anonymiser ses décisions de sanction publiées en vertu d'une sanction complémentaire en ce sens au terme d'un délai de cinq ans. Dans un rapport récent⁴, l'AMF demandait la codification de cette pratique par une disposition législative, qui prévoirait une anonymisation de droit des sanctions publiées en ligne à l'issue soit d'un délai de cinq ans, soit de l'interdiction d'exercer, sous réserve de l'exécution intégrale de la sanction et de l'absence de récidive.

Enfin, force est de reconnaître qu'on imagine mal juger proportionnelle une sanction de publicité continue et perpétuelle dans le cas, qui n'est pas celui de l'espèce, où la formation restreinte de la CNIL décide de rendre publique un avertissement par voie d'insertion de la sanction sur le site internet de la personne sanctionnée, et pas seulement parce que la publication est dans ce cas à la charge pécuniaire de la personne sanctionnée. Dès lors, un traitement homothétique des cas où la formation restreinte se borne à décider que sa décision sera rendue publique sur son site peut sembler opportun.

Il existe également des raisons d'hésiter.

La première est qu'à première vue, la question de savoir combien de temps une sanction rendue publique sur internet demeurera en ligne ressemble à une modalité d'exécution de la sanction de publication. Or les modalités d'exécution d'une sanction sont sans incidence sur sa légalité. Mais il nous semble que vous pouvez surmonter cet obstacle de façon performative : si vous estimez que la durée du maintien en ligne change radicalement la donne quant à la gravité de la publication pour la personne sanctionnée, alors vous pourrez décider qu'il s'agit non pas d'une simple modalité pratique, mais d'un élément constitutif de la sanction, une sanction de publication perpétuelle étant dans ce schéma à ce point plus attentatoire à la réputation qu'une publication bornée dans le temps qu'elle s'apparenterait à une sanction d'un *quantum* différent. C'est bien la logique des textes relatifs à l'ARCEP qui, en ne permettant de rendre une sanction publique que pour une durée proportionnées à la gravité du manquement, attraient la question de la durée dans le bloc de légalité de la sanction elle-même.

La deuxième raison d'hésiter est que, sous couvert de rétablir la symétrie entre la publicité par voie de presse et la publicité par voie électronique, imposer en principe une borne temporelle à la publicité en ligne crée une petite asymétrie inverse dont les conséquences sont en partie paradoxales. Quoi qu'il advienne du type de publicité initialement décidé, il est toujours impossible de revenir sur l'effet premier et immédiat de cette publicité, à savoir la connaissance qu'a eue le public, sur le coup, de la décision de sanction. Et il y a fort à parier qu'indépendamment du support de publication initial, une sanction qui a fait sur le coup parler d'elle laissera des traces sur internet. Dans le cas d'une

⁴ Rapport sur le prononcé et l'exécution de la sanction et le post-sentenciel, 2013, p. 30 s., not. p. 34 : <http://www.amf-france.org/Publications/Rapports-des-groupes-de-travail/Annee-en-cours.html?docId=workspace%3A%2F%2FSpacesStore%2F93fa6de1-d554-4c06-8de8-be4e5e407750>

publicité papier, il restera possible de confronter ces traces à la décision de sanction d'origine. Dans le cas d'une publicité en ligne, l'effacement aura pour paradoxe de laisser subsister le bruit (sous réserve d'un éventuel droit au référencement dont les contours juridiques sont encore incertains à ce jour) en faisant disparaître la parole officielle. A la réflexion, cet inconvénient, qu'assument aujourd'hui l'ARCEP et l'AMF, nous semble déjà en germe dans la situation actuelle, où tandis que le bruit demeure, la publication en ligne commence par assurer tout le temps de son maintien un surcroît de publicité préjudiciable à la personne sanctionnée, jusqu'à ce que son écrasement par le flux de publications nouvelles et les contraintes liées à l'archivage des sites la rende finalement difficilement trouvable, mais le tout selon un calendrier totalement aléatoire et sur lequel l'autorité de sanction n'a aucunement la main. A cet égard, le rapport précité de l'AMF souligne à juste titre qu'à défaut d'être tenue *ab initio* de s'intéresser à la durée de publication au titre du *quantum*, l'autorité de sanction n'aura plus à en connaître, votre jurisprudence relative aux voies de relèvement étant en ce sens que le seul écoulement du temps n'est pas un élément nouveau justifiant qu'elle examine une demande tendant à ce qu'elle mette un terme à l'exécution de la sanction (CE, 9 mars 2016, *M. V...*, n° 392782, p.).

Si bien qu'au final, tout se résume à la question de savoir si vous estimez la démultiplication de l'incidence de la sanction qui s'attache à une publicité continue en ligne, par rapport à une publicité ponctuelle, suffisamment importante pour que la question de la durée de maintien en ligne soit regardée comme une composante de la gravité de la sanction complémentaire qu'il revient à l'autorité de sanction – plutôt qu'aux webmasters – de traiter.

Pour notre part, nous estimons plutôt que oui. Dès lors, l'absence de toute mention relative à la durée de mise en ligne nous sommes devoir être censurée : car soit nous lisons la délibération comme ayant omis de fixer sur ce point le *quantum*, auquel cas elle ne permet pas d'évaluer dans cette mesure sa proportionnalité ; soit nous la lisons comme prononçant une sanction potentiellement perpétuelle, auquel elle nous semble, s'agissant d'un premier manquement, et bien que le théâtre soit une personne morale sur laquelle les effets du temps sont peut-être plus bénéfiques que pour une personne physique nommément désignée, excessive au regard de la gravité du manquement.

Si vous nous suivez, vous pourrez, en votre qualité de juge de plein contentieux, soit réformer la sanction en fixant vous-même la durée adéquate de l'insertion de la sanction sur les sites de la CNIL et de Légifrance, soit, comme la jurisprudence le permet, de renvoyer ce point à l'administration en vous bornant à annuler la sanction en tant qu'elle ne fixe pas cette durée. Compte tenu de la nouveauté de la règle que nous énonçons, qui implique que la formation restreinte ne se soit pas interrogée sur ce point, et de la vaste fourchette de choix qui s'offre à elle pour rétablir la proportionnalité⁵, nous penchons pour cette dernière option.

PCMNC – Annulation de la sanction complémentaire de publication sur deux sites internet en tant qu'elle ne fixe pas de borne temporelle à la mise en ligne, rejet du surplus et mise à la charge de l'Etat de 3 000 euros, à verser au requérant, au titre des frais dits irrépétibles.

⁵ Etant entendu que les leviers pour proportionner la sanction sont multiples : il peut s'agir par exemple d'un maintien en ligne de la sanction avec anonymisation au bout d'un certain laps de temps, comme le pratique l'AMF.