

La loi pour la confiance dans l'économie numérique serait-elle inapplicable ?

Par Benoît Tabaka

Membre du Comité éditorial de [Juriscom.net](http://www.juriscom.net)

Chargé d'enseignement à l'Université de Paris V – René Descartes

<http://tabaka.blogspot.com>

e-mail : benoit@tabaka.org

La loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN) constitue dorénavant la clé de voûte de l'édifice législatif et réglementaire applicable aux services de communication au public en ligne – appelés plus communément l'internet. Contesté, critiqué voire dans certains cas loué, ce texte n'en demeure pas moins entré en vigueur depuis bientôt six mois. C'est à ce moment là que le doute s'immisce dans l'esprit pernicieux du juriste : et si la LCEN n'était pas applicable ?

I. De l'entrée en vigueur des normes législatives

Juridiquement, il existe plusieurs voies pour rendre inapplicable un texte de nature législative. La première est celle de l'absence de publication dans une parution officielle. L'article 1^{er} du Code civil modifié par l'ordonnance n° 2004-164 du 20 février 2004 prévoit que « *les lois et, lorsqu'ils sont publiés au Journal officiel de la République française, les actes administratifs entrent en vigueur à la date qu'ils fixent ou, à défaut, le lendemain de leur publication. Toutefois, l'entrée en vigueur de celles de leurs dispositions dont l'exécution nécessite des mesures d'application est reportée à la date d'entrée en vigueur de ces mesures* ». Ayant été publiée le 22 juin 2004 au Journal officiel, la LCEN est donc entrée en vigueur le 23 juin 2004 – la majeure partie de ses dispositions n'ayant pas besoin de textes réglementaires strictement nécessaire à son application.

Néanmoins, un premier axe de réflexion pourrait s'appuyer sur les dispositions de l'article 3 de l'ordonnance du 20 février 2004 qui prévoit que « *la publication des actes mentionnés à l'article 2 est assurée, le même jour, dans des conditions de nature à garantir leur authenticité, sur papier et sous forme électronique* ». Cet article fixe donc une condition complémentaire pour considérer comme effective la publication du texte au Journal officiel.

Selon cette disposition, une publication concomitante sur papier et par voie électronique est nécessaire, l'authenticité des deux versions étant également assurée. Une première interrogation s'élève : à quelle heure s'apprécie la publication par voie électronique de la norme législative. En effet, si le texte n'est pas disponible à 09h00 du matin sur le site du Journal officiel (qui diffuse la version « *authentique* » électronique, le fameux JOE), doit-on considérer que sa publication en ligne est reportée au lendemain ? En fin de compte, comment savoir à quelle heure va être publié (ou a été publié) le Journal officiel sur l'internet ?

D'autre part, le texte prévoit une version authentique du Journal officiel. Or, selon le droit commun, la notion d'acte authentique correspond à un formalisme particulier. Dans ces conditions, est-ce à dire qu'en l'absence d'authentification par un officier ministériel, le Journal officiel doit être considéré comme n'étant pas « *authentique* » et donc ne satisfaisant pas aux conditions d'entrée en vigueur.

Une interprétation stricte de ce terme aurait pour effet de balayer d'un revers de la main l'ensemble des textes publiés au Journal officiel depuis le 1^{er} juin 2004 (date d'entrée en vigueur des nouvelles dispositions de l'ordonnance). On pourrait donc imaginer revenir à une lecture plus conforme à l'esprit du « *législateur* » et imaginer que derrière le terme « *authentique* », il faut y voir une volonté d'avoir une publication en ligne d'une version numérique du Journal officiel « *établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité* »¹.

¹ Article 1316-1 du Code civil inséré par la loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique : <http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnArticleDeCode?code=CCIVILL0.rcv&art=1316-1>.

Or, cette issue est elle-même potentiellement remise en cause avec l'article 5-1 de l'ordonnance du 20 février 2004, inséré par la loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit², prévoyant que « *la publication des actes et documents administratifs au bulletin officiel d'un ministère diffusé sous forme électronique dans des conditions garantissant sa fiabilité produit les mêmes effets de droit que leur publication sous forme imprimée* ».

Le législateur abandonne ici la notion d'authenticité pour revêtir celle de fiabilité. Ne doit donc pas, à la lumière de cette disposition, estimer que le Journal officiel papier ou électronique sera authentique dès lors qu'il aura été « *reçu par officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé, et avec les solennités requises* »³ ? Depuis la loi du 13 mars 2000, un acte authentique « *peut être dressé sur support électronique s'il est établi et conservé dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat* ». Or, en l'absence de tout décret d'application, l'acte authentique électronique n'est pas réalisable.

Pour résumer ce premier point, il apparaît que le praticien pourrait trouver dans les dispositions de l'ordonnance du 20 février 2004, quelques éléments lui permettant de démontrer la non-entrée en vigueur de la LCEN. L'absence « *d'authenticité* » au sens de l'article 1317 du Code civil de la publication papier et électronique pourrait ainsi être invoquée devant les tribunaux.

Enfin, et au risque d'en ajouter, un élément complémentaire pratique pourrait être invoquée. Afin de détenir une version « *entrée en vigueur* » d'un texte publié au Journal officiel, le citoyen doit être en possession d'une version papier et concomitamment, d'une version électronique toutes deux dans des conditions de nature à garantir leur authenticité. Cela devient difficilement praticable dès lors qu'une version imprimée de la version électronique n'aura plus la garantie d'authenticité exigée.

II. De l'opposabilité des règles techniques relatives à la société de l'information

Dans un souci d'harmonisation communautaire, une procédure spécifique dite de « notification » a été instituée par la directive 98/34/CE du 22 juin 1998⁴, dont le champ d'application a été étendu à certains domaines de l'internet par une directive du 20 juillet 1998⁵. En effet, ces textes instaurent, pour tous les Etats membres de l'Union européenne, une procédure d'information préalable sur les projets de textes nationaux constituant une règle relative à des services de la société de l'information. Constituant une procédure substantielle formelle dans le processus d'adoption d'une réglementation nationale, l'absence de notification est sanctionnée par une inopposabilité absolue à l'ensemble des justiciables conformément à une jurisprudence constante de la Cour de justice des communautés européennes⁶.

Concernant la loi pour la confiance dans l'économie numérique, les autorités françaises ont procédé à deux notifications successives : le projet de loi « économie numérique », tel que présenté en Conseil des ministres au mois de janvier 2003, suivi du texte modifié suite à son adoption en première lecture par l'Assemblée nationale.

En pratique, deux conséquences peuvent être déduites de ces éléments. Tout d'abord, certaines dispositions de la loi pour la confiance dans l'économie numérique ont fait l'objet d'une notification aux

² Loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit, *JORF* 10 décembre 2004, p. 20857, *JOE* 10 décembre 2004, texte n° 1,

<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnTexteDeJorf?numjo=FPPX0400010L>.

³ Article 1317 du Code civil :

<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnArticleDeCode?code=CCIVILL0.rcv&art=1317>.

⁴ Directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques, *JOCE* L.204 du 21 juillet 1998, p. 37,

http://europa.eu.int/eur-lex/pri/fr/oj/dat/1998/l_204/l_20419980721fr00370048.pdf.

⁵ Directive 98/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 juillet 1998 portant modification de la directive 98/34/CE prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques, *JOCE* L.217 du 5 août 1998, p. 18,

http://europa.eu.int/eur-lex/pri/fr/oj/dat/1998/l_217/l_21719980805fr00180026.pdf.

⁶ Pour de plus amples développements sur cette procédure, voir B. Tabaka, La notification des textes encadrant la société de l'information et le casse-tête du droit parlementaire français, *Legipresse* 2004, II-114.

services de la Commission européenne et sont donc opposables. D'autre part, toutes les nouvelles dispositions insérées ou profondément modifiées après le passage en première lecture devant l'Assemblée nationale sont susceptibles d'être déclarées inopposables en cas de contentieux. Il pourrait en aller ainsi de la responsabilité de plein droit des cyber-marchands⁷, de l'application du régime de prescription du droit de la presse aux contenus en ligne, ou des obligations imposées aux hébergeurs en matière de coopération dans la lutte contre certains contenus. Ainsi, avec une analyse relativement fine, plusieurs dispositions de la LCEN pourraient être écartées et rendues inapplicables.

III. De l'existence même de la loi

Les deux premiers arguments que nous venons de voir peuvent paraître porteurs, mais demeurent limités. Le premier constitue une théorie autour de la notion d'authenticité, le second n'a vocation à s'appliquer qu'à quelques dispositions de la loi. Un dernier argument pourrait être soulevé. Celui-ci va faire appel au droit constitutionnel pur qui est très peu usité par les praticiens du droit et répondre à l'interrogation suivante : les lois contrôlées par le Conseil constitutionnel sont-elles juridiquement inexistantes ?

Pour mémoire, suite à l'adoption en lecture définitive par le Parlement de la loi pour la confiance dans l'économie numérique, une saisine du Conseil constitutionnel avait eu lieu de la part de 60 députés et de 60 sénateurs. Les sages de la rue Montpensier rendaient leur décision le 10 juin 2004 qui était publiée au Journal officiel le 22 juin 2004.

La construction théorique part de l'article 10 de la Constitution de 1958 qui précise que le Président de la République détient un délai de 15 jours pour promulguer un texte de loi et ceci à compter de la transmission du texte au Gouvernement. Ce délai de promulgation est suspendu, aux termes de l'article 61 de notre loi fondamentale, en cas de saisine du Conseil constitutionnel par l'une des autorités habilitées. Quel est l'évènement qui met fin à cette suspension et qui permet au Président de la République de recouvrer ses facultés de promulgation ?

Aux termes de l'article 21 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, « *la publication d'une déclaration du Conseil constitutionnel constatant qu'une disposition n'est pas contraire à la Constitution met fin à la suspension du délai de promulgation* ». C'est donc la publication de la décision du Conseil constitutionnel qui met fin à cette suspension. La question qui se pose maintenant est de savoir ce qui se cache derrière cette notion de « *publication* » : est-ce le fait de rendre public ou, de manière plus solennelle une publication au Journal officiel ? C'est la réponse à cette question qui est l'enjeu du débat.

A. La publication, fait de rendre public la décision

La première interprétation possible du terme publication est celle de « rendre public la décision ». Il s'agit d'une interprétation large de l'ordonnance portant loi organique. Le chef de l'Etat retrouverait la faculté de promulguer une loi contrôlée dès lors que la décision du Conseil constitutionnel aurait été rendue publique - notamment avant sa publication au Journal officiel.

Cette publicité autour de la décision du Conseil constitutionnel est tout d'abord assurée par les règlements des assemblées parlementaires qui prévoient que les présidents du Sénat et de l'Assemblée nationale doivent interrompre la séance et communiquer oralement la décision des 9 sages aux parlementaires. Concernant la décision LCEN, la communication a eu lieu au Sénat le mardi 15 juin 2004 comme l'atteste le compte-rendu intégral des débats publié au Journal officiel⁸. A l'inverse, à l'Assemblée nationale aucune mention d'une telle communication n'apparaît dans les comptes-rendus du 15 juin 2004.

⁷ En ce sens, voir : Guillaume Teissonnière, La responsabilité de plein droit des cybercommerçants existe-t-elle ?, *Juriscom.net*, 21/10/2004, <http://www.juriscom.net/pro/visu.php?ID=586>.

⁸ Compte-rendu intégral des débats du Sénat, Séance du 15 juin 2004 : <http://www.senat.fr/seances/s200406/s20040615/s20040615005.html#SOM9>.

Par ailleurs, avec le développement des technologies de l'Information, une « publication » a également lieu par l'intermédiaire du site internet du Conseil constitutionnel qui procède à la mise en ligne en temps réelle des décisions rendues par l'instance. Seulement, dans tous les cas, cette "publication" demeure très limitée (parlementaires, foyers connectés à Internet). Une telle interprétation semble donc devoir être écartée.

D'autre part, concernant la publication sur l'internet, il faut rappeler les dispositions de l'article 5 de l'ordonnance du 20 février 2004 qui prévoit que « *un décret en Conseil d'Etat définit les catégories d'actes administratifs dont, eu égard à leur nature, à leur portée, et aux personnes auxquelles ils s'appliquent, la publication au Journal officiel sous forme électronique suffit à assurer l'entrée en vigueur* ». Or, les décisions du Conseil constitutionnel ne constituent pas des « actes administratifs » et, donc, leur seule mise en ligne ne pourrait suffire pas à y voir une « publication ».

B. La publication, parution au Journal officiel

La seconde interprétation adopte une lecture stricte de l'ordonnance de 1958 portant loi organique. La publication visée à l'article 21 de l'ordonnance devrait s'opérer au travers d'une parution au Journal officiel. Selon cette interprétation, seule la publication du texte de loi au Journal officiel interrompt la suspension et permet - par la suite - au Président de la République de promulguer ladite loi.

Deux éléments peuvent justifier une telle interprétation. L'article 20 de l'ordonnance de 1958 utilise l'expression « publication au Journal officiel ». Ainsi, la référence au sein de l'article 21 à une « publication » renverrait implicitement aux formes définies à l'article précédent. En outre, l'ordonnance de 1958 constitue un texte de nature organique qui est donc d'interprétation stricte. La seule interprétation admissible serait alors la publication de la décision au Journal officiel.

Si une telle solution est retenue, la conséquence pourrait être importante. En effet, si on entend par publication, « parution au Journal officiel », cela implique que le chef de l'Etat n'obtient le pouvoir de promulguer la loi déférée au juge constitutionnel qu'une fois la décision publiée au Journal officiel.

Or la pratique actuelle veut qu'il y ait une publication concomitante de la loi et de la décision. En conséquence, cela signifierait - compte tenu notamment des délais d'impression - que le chef de l'Etat a matériellement promulgué le texte avant la publication de la décision du Conseil constitutionnel, soit pendant la suspension de son pouvoir de promulgation.

Dans ces conditions, cela impliquerait que l'ensemble des lois déférées au juge constitutionnel et publiées le même jour que la décision des sages de la rue Montpensier, n'a pas été promulgué dans les formes imposées par la loi organique et la Constitution française. Ces lois – et donc la LCEN - devraient donc être regardées comme inexistantes.

Reste maintenant à connaître la position qu'adopteraient les juges saisis de la question. Si ces derniers suivaient ce raisonnement, le nouveau régime juridique applicable aux services de communication au public en ligne pourrait disparaître et ainsi causer une insécurité juridique importante.