



Décision n° 2020 – 801 DC

Loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet

Liste des contributions extérieures

Services du Conseil constitutionnel - 2020

Plusieurs auteurs peuvent rédiger une contribution commune

Contributions	
Date de réception	Auteur(s)
19/05/2020	TECH IN France
20/05/2020	M. Thomas HOCHMANN
25/05/2020	La Quadrature du Net et Franciliens.net
26/05/2020	Mme Danièle OBONO et autres députés France Insoumise
26/05/2020	Association Wikimedia France
29/05/2020	Syndicat de la magistrature, du Syndicat des avocats de France, de la Ligue des Droits de l'Homme et de AIDES
01/06/2020	Association Aeon
01/06/2020	French American Bar Association (FABA)
15/06/2020	Ligue Internationale Contre le Racisme et l'Antisémitisme (LICRA)

L'organisation professionnelle TECH IN France¹

Représentée par :

M^e Jean-Sébastien Mariez
Cabinet De Gaulle, Fleurance & Associés
9 rue Boissy d'Anglas 75008 Paris

M^e Cédric Uzan-Sarano
SCP Rocheteau & Uzan-Sarano
Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation
21 rue des Pyramides 75001 Paris

À l'attention des membres du Conseil constitutionnel
2 rue de Montpensier 75001 Paris

<i>Note sur l'inconstitutionnalité de la loi visant à lutter contre les contenus haineux sur Internet</i>
--

Paris, le 19 mai 2020

Monsieur le Président,

Mesdames, Messieurs les Conseillers,

Le 20 mars 2019, a été déposée à l'Assemblée Nationale une proposition de loi « *visant à lutter contre la haine sur internet* », portée par Mme la députée Laëtitia Avia.

Adopté par l'Assemblée nationale en lecture définitive le 13 mai 2020 après l'échec de la commission mixte paritaire, ce texte modifie substantiellement la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance en l'économie numérique (LCEN), venue transposer dans l'ordre interne la [directive 2000/31/CE du 8 juin 2000](#) relative au commerce électronique.

TECH IN France et ses membres tiennent à rappeler leur attachement à la lutte contre la diffusion de contenus haineux sur Internet et leur implication concrète dans cette lutte, et reconnaissent pleinement le fait que cette lutte poursuit un objectif d'intérêt général. Pour autant, ils entendent attirer l'attention du Conseil constitutionnel, dans le cadre de sa saisine par un groupe de parlementaires², sur l'atteinte disproportionnée portée par les dispositions déferées à plusieurs droits et libertés garantis par la Constitution.

*

La LCEN a été adoptée à une époque où les services en ligne n'étaient, loin s'en faut, pas aussi développés, accessibles et utilisés qu'aujourd'hui. Elle prévoyait à l'origine, en son article 6, une double obligation pour les hébergeurs et/ou les fournisseurs d'accès à Internet (FAI) :

¹ Créée en 2005, TECH IN France est une association professionnelle de loi 1901 qui rassemble les éditeurs de logiciels, de services internet et de plateformes en France. Elle compte 400 entreprises adhérentes : de la startup à la multinationale en passant par la PME et les grands groupes. TECH IN France soutient ses membres dans leur croissance et les représente dans leurs relations avec les pouvoirs publics et les autorités de régulation. TECH IN France s'est donnée pour mission de mener une réflexion permanente sur l'évolution de l'industrie numérique et de promouvoir l'attractivité du secteur.

² Saisine par au moins 60 sénateurs enregistrée le 18 mai 2020 au Conseil constitutionnel sous le n° 2020-801 DC

- une première obligation générale, pour les seuls hébergeurs, de « *prompt* » retrait des informations dont ils connaissent le caractère illicite (I-2), cette connaissance étant présumée en cas de notification, par toute personne, de divers éléments, telles la description des faits litigieux et leur localisation précise (I-5). Était posé le principe que le non-respect de cette obligation était susceptible d'engager la responsabilité civile et pénale des hébergeurs, sans toutefois qu'aucune infraction pénale ne soit spécifiquement ni précisément prévue ;

- et une obligation plus spécifique, tant pour les hébergeurs que pour les FAI, de concourir à la répression des crimes contre l'humanité, de l'incitation à la haine raciale et de la pornographie infantile en mettant en place « *un dispositif facilement accessible et visible permettant à toute personne de porter à leur connaissance ce type de données* » et en informant « *promptement les autorités publiques compétentes de toutes activités illicites mentionnées (...) qui leur seraient signalées* » (IV-7), sous peine d'un an d'emprisonnement et de 75.000 euros d'amende (VI-1).

Se prononçant uniquement sur la constitutionnalité des dispositions de l'article 6-I (première obligation), le Conseil constitutionnel a, il y a 15 ans, jugé qu'elles « *ne sauraient avoir pour effet d'engager la responsabilité d'un hébergeur qui n'a pas retiré une information dénoncée comme illicite par un tiers si celle-ci ne présente pas manifestement un tel caractère ou si son retrait n'a pas été ordonné par un juge* »³.

Pour valider à l'époque – avec la réserve précitée du caractère « manifeste » de l'illicéité du contenu - le dispositif alors déféré, le Conseil constitutionnel avait retenu une lecture stricte et étroite dudit dispositif, de nature à conjurer les risques de « sur-blocage » et de lecture « *a contrario* » mis en exergue au cours des débats parlementaires⁴.

Comme le commentaire publié aux Cahiers l'enseigne, le Conseil constitutionnel a en effet considéré que les dispositions en cause se bornaient « *à exclure, dans certains cas (ceux prévus par l'article 14 de la directive du 8 juin 2000), la responsabilité des personnes assurant le stockage de messages de toute nature, pour mise à disposition de services de communication au public en ligne* », en soulignant que « *le libellé des 2 et 3 du I de l'article 6 ne met pas en cause la responsabilité civile ou pénale de ces personnes au-delà de ce que prévoyait le droit antérieur* » et en concluant que « *les 2 et 3 du I de l'article 6 ne créent aucun cas nouveau de responsabilité civile ou pénale (au contraire, puisqu'ils instituent des causes d'exonération de responsabilité)* ».

Le commentaire soulignait lui-même, par contraste, que s'il en avait été différemment, c'est-à-dire si le dispositif légal avait été lu comme ne se bornant pas à exclure des hypothèses de responsabilité pénale mais au contraire, comme instaurant une responsabilité pénale des hébergeurs en cas de non-retrait d'un contenu porté à leur connaissance et jugé illicite, le dispositif aurait alors dû être regardé comme inconstitutionnel, en particulier comme portant une atteinte excessive à la liberté de communication. Le commentaire au cahier était, sous ce rapport, des plus explicites : « *Les dispositions précitées du I de l'article 6 peuvent être lues de deux manières : l'une conduit à les regarder comme contraires à la Constitution, l'autre non* ».

Or ainsi qu'il va être montré ci-après, la lecture alors analysée comme devant conduire à regarder le dispositif légal comme contraire à la Constitution est précisément celle qui a été entérinée depuis lors par les évolutions ultérieures de la LCEN et son application concrète par les juridictions, et encore plus nettement par la loi présentement déférée qui tend bien incontestablement (cf. *infra*) à mettre en cause la responsabilité pénale des personnes concernées au-delà de ce que prévoyait le droit antérieur, constituant ainsi un point d'orgue à un alourdissement constant des sujétions pesant sur les acteurs de l'internet. D'emblée, le constat doit donc être fait qu'au regard de la grille d'analyse mise en œuvre par le Conseil constitutionnel dans sa décision de 2004, éclairée par son commentaire autorisé aux Cahiers, le dispositif légal aujourd'hui déféré présente toutes les caractéristiques déjà identifiées il y a 15 ans comme de nature à porter atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution.

³ Décision n°2004-496 DC du 10 juin 2004, Loi pour la confiance dans l'économie numérique

⁴ « 9. Considérant que les 2 et 3 du I de l'article 6 de la loi déférée **ont pour seule portée d'écarter** la responsabilité civile et pénale des hébergeurs dans les deux hypothèses qu'ils envisagent ».

S'agissant des évolutions ayant conduit au dispositif actuel, la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, dite « LOPPSI 2 » avait pour sa part, notamment, créé un premier dispositif de blocage administratif de sites Internet contrevenant à l'article 227-23 du code pénal (pédopornographie), à la charge des FAI : sur notification de l'administration, ces derniers devaient bloquer lesdits sites « *sans délai* ».

Par une [décision n° 2011-625 DC du 10 mars 2011](#), pour valider ce dispositif comme proportionné, le Conseil constitutionnel a énoncé que « *la décision de l'autorité administrative est **susceptible d'être contestée à tout moment et par toute personne intéressée devant la juridiction compétente, le cas échéant en référé** ; que, dans ces conditions, ces dispositions assurent une conciliation qui n'est pas disproportionnée entre l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et la liberté de communication garantie par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789* ».

La LCEN a, ensuite, été substantiellement remaniée par la loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme⁵.

A alors été introduit un article 6-1 prévoyant un **nouveau régime de blocage administratif de contenus en ligne**, à la charge cette fois-ci des hébergeurs et, subsidiairement, des FAI, sur notification de l'administration, pour ce qui concerne non seulement les contenus pédopornographiques mais aussi ceux provoquant à la commission d'actes terroristes ou en faisant l'apologie.

Plus précisément, à l'heure actuelle, ces dispositions permettent à l'autorité administrative :

- de demander aux éditeurs et hébergeurs de retirer les contenus qu'elle estime contrevenir aux articles 421-2-5 (provocation à des actes de terrorisme et apologie de tels actes) et 227-23 (infractions liées à la pédopornographie) du code pénal ;
- en l'absence de retrait de ces contenus dans un délai de 24 heures, d'enjoindre aux FAI d'« *empêcher sans délai l'accès à ces adresses* », la méconnaissance de cette injonction par les FAI étant susceptible d'être sanctionnés pénalement.

La loi a, corrélativement, prévu un **dispositif de déréférencement** de ces mêmes contenus, à la charge des annuaires et moteurs de recherche.

Elle a, par ailleurs, confié à une personnalité qualifiée de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) une mission de vérification *ex-post* des notifications adressées par l'administration.

Le Conseil constitutionnel n'a pas été amené à examiner la constitutionnalité de ces ajouts, faisant évoluer les équilibres du dispositif légal.

C'est dans ce contexte que la loi présentement déferée à la censure du Conseil constitutionnel vient encore durcir significativement et élargir le dispositif de blocage administratif existant, tout en maintenant l'obligation générale de retrait prévue par l'article 6-I et en organisant un régime complémentaire de blocage de nature privée au sein d'un nouvel article 6-2.

L'**article 1^{er}** crée en effet un article 6-2 prévoyant à la charge des « *opérateurs de plateforme en ligne* » définis par l'article L. 111-7 du code de la consommation⁶, dont l'activité dépasse un certain nombre de connexions sur le territoire français fixé par décret, **une obligation de retirer ou de rendre inaccessibles, dans un délai de 24 heures après leur notification, les contenus dits haineux manifestement contraires à diverses dispositions pénales, sous peine de se voir infliger une sanction pénale d'un montant maximum de 250.000 euros** (qui peut être multiplié par cinq s'agissant des personnes morales⁷).

⁵ Loi non soumise au contrôle *a priori* du Conseil constitutionnel.

⁶ « I.- Est qualifiée d'opérateur de plateforme en ligne toute personne physique ou morale proposant, à titre professionnel, de manière rémunérée ou non, un service de communication au public en ligne reposant sur : / 1° Le classement ou le référencement, au moyen d'algorithmes informatiques, de contenus, de biens ou de services proposés ou mis en ligne par des tiers ; / 2° Ou la 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 ».

⁷ Pour rappel, l'article L. 131-38 prévoit que « le taux maximum de l'amende applicable aux personnes morales est égal au quintuple de celui prévu pour les personnes physiques par la loi qui réprime l'infraction ».

L'**article 1^{er}** de la loi modifie parallèlement, et de manière drastique, le dispositif de blocage administratif prévu à l'article 6-1 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (« LCEN »), en faisant désormais peser sur l'ensemble des hébergeurs et des éditeurs, quelle que soit l'importance de leur activité, une obligation de retrait en 1 heure des contenus à caractère pédopornographique ou provoquant aux actes terroristes et/ou faisant leur apologie.

Les **articles 2 et 3** de la loi en question mettent, corrélativement, à la charge des opérateurs de plateformes tout **une série de nouvelles obligations dites de « coopération »** (obligation de nommer un interlocuteur référent sur le territoire français, de fournir un mécanisme de notification dans la langue de l'utilisateur, obligations de transparence etc.), et ce sous le contrôle du Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) qui dispose à ce titre d'un pouvoir de sanction, le Conseil pouvant prononcer des amendes administratives qui ne peuvent – aux termes de l'**article 4** – « excéder 20 millions d'euros ou 4 % du chiffre d'affaires annuel mondial total de l'exercice précédent, le montant le plus élevé étant retenu » (nouvel article 17-3 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986).

Force est, alors, de constater que la loi déferée aboutit aujourd'hui à un durcissement et un alourdissement tel du dispositif pour les opérateurs concernés, qu'il est légitime d'y voir une rupture par rapport au dispositif antérieur, et en tous les cas l'instauration d'un régime juridique substantiellement renouvelé, justifiant donc de la part du Conseil constitutionnel de procéder à une nouvelle pesée des équilibres entre les objectifs constitutionnels poursuivis par le législateur et les atteintes à d'autres principes de valeur constitutionnelle (liberté d'expression et de communication, droit au recours effectif, nécessité et proportionnalité des peines...).

Singulièrement, au regard de la lecture étroite de la LCEN « originelle » ayant justifié sa validation en 2004 par le Conseil constitutionnel, il est manifeste que le dispositif déferé participe d'une logique autrement plus contraignante et coercitive pour les opérateurs concernés⁸.

Et ce d'autant plus que cet alourdissement considérable des sujétions mises à la charge de ces opérateurs se conjugue avec un changement de contexte et d'échelle par rapport aux années 2000 et 2004, années d'adoption de la directive et de la LCEN.

Aujourd'hui, la diffusion massive de l'utilisation des réseaux sociaux et des moteurs de recherche est notoire, et les flux d'information échangés sur internet ont connu une augmentation constante et exponentielle. Ce développement du volume d'informations communiquées au moyen de ce type de services appelle un examen strict des droits et libertés garantis par la Constitution sans lequel tout dispositif légal de retrait de contenus porterait le germe d'un risque d'atteinte disproportionnée.

C'est, du reste, cette progression constante, notamment de la place de ces réseaux sociaux et moteurs de recherche, qui a amené le législateur à intervenir à plusieurs reprises dans un objectif de régulation et de protection de l'ordre public dans ce nouveau « territoire ».

Mais corrélativement, il s'en induit que les sujétions mises à la charge des hébergeurs, des FAI et des opérateurs de plateforme s'appliquent à des volumes de contenus considérables, parmi lesquels un grand nombre requiert un exercice de qualification contextualisée complexe, et qui n'ont rien à voir, en termes de moyens techniques et humains de traitement, avec ceux qui étaient en jeu lorsque le Conseil constitutionnel s'est prononcé en 2004 ou même en 2011, qui plus est sur des dispositifs beaucoup plus circonscrits que celui résultant de la loi déferée.

Etant alors rappelé qu'un changement ou une évolution dans les circonstances de droit et/ou de fait⁹ est de nature à justifier un réexamen de la constitutionnalité d'un dispositif légal¹⁰ tel que résultant de la loi déferée, il est indéniable que, comme il va être à présent développé, se pose aujourd'hui très sérieusement la question du caractère disproportionné, au regard de plusieurs droits et libertés garantis par la Constitution, d'un dispositif légal instaurant désormais une infraction large et très lourdement sanctionnée de non-retrait de contenus illicites, devant s'appliquer dans des délais si contraints qu'ils ne permettent pas effectivement le contrôle d'un juge, même en référé, et concernant enfin des volumes d'information massifs, dont une part significative exigera une qualification contextualisée souvent très délicate ainsi que, pour le traitement des demandes de retrait, des moyens humains et techniques extrêmement lourds.

⁸ Là encore, on ne peut que renvoyer aux Commentaires aux *Cahiers* quant aux caractéristiques du dispositif qui, s'il avait été celui regardé comme résultant de la loi LCEN de 2004, aurait été contraire à la Constitution.

⁹ Notamment quant à la fréquence ou au volume, en pratique, d'application du dispositif légal en cause.

¹⁰ [Décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010](#), *M. Daniel W. et autres* [Garde à vue], cons. 15 et 16.

Après avoir présenté les principes constitutionnels en jeu (I), il sera montré en quoi ils sont méconnus par le dispositif légal déferé (II).

I. – SUR LES DROITS ET LIBERTES CONSTITUTIONNELS MECONNUS

I. 1 – LA LIBERTÉ D'EXPRESSION ET DE COMMUNICATION

Protégée par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789, la liberté de communication occupe une place particulière au sein du bloc de constitutionnalité, en ce qu'elle constitue une condition fondamentale de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés garantis par la Constitution.

Le caractère essentiel de cette liberté conduit le Conseil constitutionnel à juger que « *la libre communication des pensées et des opinions, garantie par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ne serait pas effective si le public auquel s'adressent ces quotidiens n'était pas à même de disposer d'un nombre suffisant de publications de tendances et de caractères différents ; qu'en définitive, l'objectif à réaliser est que les lecteurs qui sont au nombre des destinataires essentiels de la liberté proclamée par l'article 11 de la Déclaration de 1789 soient à même d'exercer leur libre choix sans que ni les intérêts privés ni les pouvoirs publics puissent y substituer leurs propres décisions ni qu'on puisse en faire l'objet d'un marché* »¹¹.

La liberté de communication inclut, bien entendu, la **liberté d'expression** des courants d'opinion, ainsi que le Conseil constitutionnel l'a posé dans sa décision fondatrice concernant la loi de 1986 relative à la liberté de communication¹².

Le Conseil rappelle depuis lors régulièrement le caractère particulièrement éminent de l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la liberté d'expression et de communication :

« Aux termes de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi. **La liberté d'expression et de communication est d'autant plus précieuse** que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés. **Les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi** »¹³.

D'application large, cette liberté vaut quel que soit le support de communication employé (presse écrite, audiovisuel, etc.) et implique notamment le droit d'accéder aux services de communication en ligne¹⁴. Elle ne peut, faire l'objet de limitations au regard d'autres exigences constitutionnelles (telles que la dignité de la personne humaine, le respect de la liberté d'autrui, la sauvegarde de l'ordre public etc.) que si ces limitations ne sont pas « *disproportionnées* », mais sont au contraire « *strictement nécessaires* » pour atteindre l'objectif poursuivi, ce à quoi veille attentivement le Conseil constitutionnel, en prononçant régulièrement des censures sur ce point¹⁵.

¹¹ [Décision n° 84-181 DC du 11 octobre 1984](#).

¹² [Décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986](#)

¹³ [Décision n° 2019-817 QPC du 6 décembre 2019](#), cons. 5.

¹⁴ [Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009](#), Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet, cons. 12 et 16 ; [Décision n° 2016-611 QPC du 10 février 2017](#), cons. 4.

¹⁵ Voir pour une illustration topique, [Décision n° 2016-745 DC du 26 janvier 2017](#) : « 192. Aux termes de l'article 11 de la Déclaration de 1789 : « La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi ». L'article 34 de la Constitution dispose : « La loi fixe les règles concernant... les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ». Sur ce fondement, il est loisible au législateur d'édicter des règles concernant l'exercice du droit de libre communication et de la liberté de parler, d'écrire et d'imprimer. Il lui est également loisible, à ce titre, d'instituer des incriminations réprimant les abus de l'exercice de la liberté d'expression et de communication qui portent atteinte à l'ordre public et aux droits des tiers. **Cependant, la liberté d'expression et de communication est d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés. Il s'ensuit que les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi (...)**

A l'aune de ces principes, la suppression de contenus illicites sur Internet constitue un acte particulièrement grave au regard de la protection dont jouit la liberté d'expression et de communication, de sorte que le retrait de contenu ne peut en principe être opéré que par le juge judiciaire ou, à tout le moins, sous son contrôle.

Aussi, dans sa [décision n° 2011-625 DC](#) du 10 mars 2011 concernant la LOPSSI 2, dont l'article 4 instituait un dispositif de blocage administratif de sites Internet renvoyant à des contenus pédopornographiques, le Conseil constitutionnel a jugé l'atteinte à la liberté d'expression et de communication proportionnée à l'objectif poursuivi au double motif (i) que ce dispositif ne portait que **sur une catégorie très précise de contenus**, à savoir les contenus pédopornographiques, (ii) et que la décision de l'autorité administrative était susceptible de faire l'objet d'un **recours effectif devant un juge, y compris en urgence**. Ainsi, dans ces cas où, du fait de la nature des contenus en cause, l'objectif de sauvegarde de l'ordre public est particulièrement prégnant, le Conseil constitutionnel rappelle la garantie incontournable que constitue le recours effectif au juge.

Le Conseil constitutionnel a pris soin, dans son commentaire aux [Cahiers](#), de justifier sa position en soulignant que ce blocage administratif visait à « *lutter contre l'exploitation sexuelle des mineurs, ce qui peut justifier des mesures que la préservation de la propriété intellectuelle ne peut fonder* ».

Au regard de ces limites et justifications strictes, le Conseil constitutionnel a été amené à censurer, en revanche, sur le fondement de l'article 11 DDHC, un dispositif d'interdiction d'accès à Internet eu égard à l'étendue des personnes susceptibles d'être sanctionnées – totalité de la population ayant accès à Internet - et au fait que le pouvoir de sanction était confié, non pas à une juridiction, mais à une autorité administrative indépendante¹⁶.

I. 2 – LE DROIT À UN RECOURS JURIDICTIONNEL EFFECTIF

Le droit à un recours juridictionnel effectif, qui assure la garantie des autres droits et libertés protégés par la Constitution¹⁷, trouve on le sait son fondement dans l'article 16 de la Déclaration de 1789¹⁸.

Il s'impose tant en présence d'une sanction revêtant le caractère d'une punition qu'en présence d'une mesure de police administrative¹⁹.

Le Conseil constitutionnel juge sur cette base qu'aucune atteinte substantielle ne saurait être portée au droit à un recours²⁰, ce qui est à l'évidence le cas en cas de privation pure et simple de tout recours²¹.

196. En troisième lieu, et compte tenu de ce qui est rappelé au paragraphe précédent, le seul effet des dispositions du dernier alinéa du 2° de l'article 173 est d'imposer au juge, pour établir les éléments constitutifs de l'infraction, de se prononcer sur l'existence d'un crime dont la négation, la minoration ou la banalisation est alléguée, alors même qu'il n'est pas saisi au fond de ce crime et qu'aucune juridiction ne s'est prononcée sur les faits dénoncés comme criminels. Des actes ou des propos peuvent ainsi donner lieu à des poursuites au motif qu'ils nieraient, minoreraient ou banaliseraient des faits sans pourtant que ceux-ci n'aient encore reçu la qualification de l'un des crimes visés par les dispositions du dernier alinéa du 2° de l'article 173. Dès lors, ces dispositions font peser une incertitude sur la licéité d'actes ou de propos portant sur des faits susceptibles de faire l'objet de débats historiques **qui ne satisfait pas à l'exigence de proportionnalité qui s'impose s'agissant de l'exercice de la liberté d'expression**. 197. Il résulte de ce qui précède que le législateur, en réprimant la négation, la minoration et la banalisation de certains crimes n'ayant fait l'objet d'aucune condamnation judiciaire préalable, **a porté une atteinte à l'exercice de la liberté d'expression qui n'est ni nécessaire ni proportionnée** » ; voir également : [Décision n° 2017-752 DC du 8 septembre 2017](#).

¹⁶ [Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009](#), Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet.

¹⁷ [Décision n° 93-325 DC du 13 août 1993](#), Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France, cons. 3.

¹⁸ Voir par ex. [Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006](#), Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, cons. 11.

¹⁹ [Décision n° 2005-532 DC du 19 janvier 2006](#), Loi relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers, cons. 11 et 12 ; [Décision n° 2015-524 QPC du 2 mars 2016](#), Abdel Manane M. K., cons. 10.

²⁰ Voir not. [Décision n° 93-325 DC](#) précitée, cons. 63 et 87 ; [Décision n° 2019-778 DC du 21 mars 2019](#), Loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, cons. 17.

²¹ Voir not. [Décision n° 2014-424 QPC du 7 novembre 2014](#), Association Mouvement Raëlien international, cons. 7.

Tout justiciable doit par ailleurs être mis à même de faire valoir ses droits en temps utile²², ce qui peut, selon les circonstances, exiger un recours préventif ou suspensif sans lequel le droit en cause n'est pas effectivement protégé²³.

Ainsi, la combinaison de l'absence d'effet suspensif du recours et de l'absence de délai d'examen peut conduire à une violation de l'article 16 DDHC, dès lors qu'elle compromet ou rend illusoire le recours au juge²⁴.

I.3 – LE PRINCIPE DE LÉGALITÉ DES DÉLITS ET DES PEINES

Le législateur tient de l'**article 34 de la Constitution** ainsi que du principe de légalité des délits et des peines qui résulte de l'**article 8 de la Déclaration de 1789**, l'obligation de fixer lui-même le champ d'application de la loi pénale et de définir les crimes et délits en termes « *suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire* »²⁵, et ce pour l'ensemble des sanctions ayant le caractère de punition²⁶.

Le principe de légalité des délits et des peines, qui a pour corollaire le principe de *sécurité juridique* ainsi que celui de *prévisibilité* de la loi et de la sanction, implique donc que les formules employées par la loi ne soient ni obscures, ni imprécises, ni ambiguës²⁷ ou équivoques²⁸.

Le Conseil constitutionnel a, en ce sens, précisé que la loi devait être rédigée « *dans des conditions qui permettent au juge, auquel le principe de légalité impose d'interpréter strictement la loi pénale, de se prononcer sans que son appréciation puisse encourir la critique d'arbitraire* »²⁹.

De même, si le Conseil constitutionnel a reconnu que les autorités administratives indépendantes pouvaient exercer un pouvoir de sanction dans la mesure nécessaire à l'accomplissement de leur mission, il a néanmoins indiqué que l'exercice de ce pouvoir doit être « *assorti par la loi de mesures destinées à assurer la protection des droits et libertés constitutionnellement garantis* »³⁰ et « *qu'en particulier, doivent être respectés le principe de la légalité des délits et des peines ainsi que les droits de la défense, principes applicables à toute sanction ayant le caractère d'une punition, même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non juridictionnelle* »³¹.

Ces principes ont, en particulier, été reconnus par le Conseil constitutionnel en ce qui concerne le CSA³².

²² Voir par ex. [Décision n° 2017-632 QPC du 2 juin 2017](#), *Union nationale des associations de familles de traumatisés crâniens et de cérébro-lésés*, cons. 17. Voir égal. CE, 6 décembre 2017, [Union nationale des associations de familles de traumatisés crâniens et de cérébro-lésés](#), n° 403944, au Recueil.

²³ Par ex. [Décision n° 2014-374 QPC du 4 avril 2014](#)

²⁴ [Décision n° 2015-500 QPC du 27 novembre 2015](#), *Société Foot Locker France*, cons. 10.

²⁵ Voir par ex. [Décision n° 80-127 DC du 19 janvier 1981](#), cons. 7 et [Décision n° 2016-608 QPC du 24 janvier 2017](#), cons. 4. Voir égal. [Décision n° 2017-750 DC du 23 mars 2017](#), *Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*.

²⁶ Voir [Décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989](#), *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, cons. 35 et 36. Voir égal. [Décision n° 2012-266 QPC du 20 juillet 2012](#), *M. Georges R.* (Perte de l'indemnité prévue en cas de décision administrative d'abattage d'animaux malades), cons. 4. ; [Décision n° 2017-630 QPC du 19 mai 2017](#), *M. Olivier D.* (Renvoi au décret pour fixer les règles de déontologie et les sanctions disciplinaires des avocats), cons. 6.

²⁷ [Décision n° 2012-225 QPC du 30 mars 2012](#), cons. 4.

²⁸ [Décision n° 2011-625 DC du 10 mars 2011](#), cons. 75.

²⁹ [Décision n° 96-377 DC du 16 juillet 1996](#), cons.11.

³⁰ [Décision n° 2013-331 QPC du 5 juillet 2013](#), *Société Numéricable SAS et autre*, cons. 10.

³¹ *Ibid.*

³² [Décision n° 2013-359 QPC du 13 décembre 2013](#), *Société Sud Radio Services et autre*, cons. 3.

I. 4 – LE PRINCIPE DE PROPORTIONNALITÉ DES PEINES

Le Conseil Constitutionnel juge, sur le fondement là encore de l'**article 8 de la Déclaration de 1789**, qu'il convient de « *s'assurer de l'absence de disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue* »³³.

Il a ainsi, parmi bien d'autres exemples, censuré une disposition prévoyant une amende de 10.000 francs pour toute facturation manquante, incomplète ou inexacte pour l'établissement de la TVA, compte tenu du caractère potentiellement répétitif d'un tel manquement et de l'avantage plus ou moins important qui peut en être tiré³⁴.

C'est également à l'aune de ce principe que le Conseil constitutionnel a déjà eu l'occasion de censurer de nombreux dispositifs de sanctions financières dont le plafond était calculé en pourcentage du chiffre d'affaires **dès lors qu'il n'existait pas de lien objectif et suffisamment direct entre le comportement prohibé et le chiffre d'affaires réalisé**.

A ainsi été jugée inconstitutionnelle une amende dont le plafond était calculé en fonction du chiffre d'affaires lorsqu'était sanctionné le refus de communication de copie de documents à l'administration fiscale³⁵. De même, s'agissant de la méconnaissance d'obligations déclaratives de comptabilité³⁶ ou d'un défaut de réponse ou une réponse partielle à une mise en demeure³⁷.

Le Conseil constitutionnel juge dans le même sens, en matière cette fois-ci de responsabilité pénale, que le plafond d'une amende pénale ne peut être fixé sur la base du chiffre d'affaires pour des infractions « *ayant procuré un profit direct ou indirect* » lorsque ce montant maximum ne dépend pas de l'importance du lien « *entre l'infraction à laquelle il s'applique et le chiffre d'affaires* », en sorte que l'amende peut revêtir « *un caractère manifestement hors de proportion avec la gravité de l'infraction constatée* »³⁸.

À l'inverse, le montant maximum de certaines amendes peut être calculé en fonction du chiffre d'affaires lorsqu'un lien est clairement et directement établi entre l'infraction sanctionnée et le chiffre d'affaires réalisé.

Il en va, notamment, ainsi en présence de pratiques anticoncurrentielles, pour lesquelles l'article L. 464-2 du code de commerce dispose, conformément aux articles 101 et 102 du TFUE, que « *si le contrevenant n'est pas une entreprise, le montant maximum de la sanction est de 3 millions d'euros. Le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre* ».

Ces pratiques visent en effet à conférer un profit aux entreprises qui les commettent et revêtent, par nature, un caractère économique.

Cela étant, si les textes en vigueur en matière de pratiques anticoncurrentielles fixent un plafond pour les amendes administratives calculé en fonction du chiffre d'affaires *mondial*, les autorités administratives européennes et nationales ont précisé que le chiffre d'affaires pertinent permettant de servir de base au calcul de la sanction est celui du *marché affecté par la pratique en question*^{39 40}.

³³ [Décision n° 2009-590 DC du 22 octobre 2009](#), *Loi relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet*, cons. 20. Voir égale. [Décision n° 2007-554 DC du 9 août 2007](#), *Loi renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs*, cons. 8.

³⁴ [Décision n° 97-395 DC du 30 décembre 1997](#), *Loi de finances pour 1998*, cons. 34 à 39.

³⁵ [Décision n° 2013-679 DC du 4 décembre 2013](#), *Loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière*, cons. 10 et 43.

³⁶ [Décision n° 2013-685 DC du 29 décembre 2013](#), *Loi de finances pour 2014*, cons. 97 et suivants. Voir égal. [Décision n° 2017-667 QPC du 27 octobre 2017](#), *M. Didier C.* (Amende proportionnelle pour défaut de déclaration des contrats de capitalisation souscrits à l'étranger), cons. 6 et 7.

³⁷ [Décision n° 2013-685 DC du 29 décembre 2013](#), précitée, cons. 97.

³⁸ [Décision n° 2013-679 DC du 4 décembre 2013](#), *Loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière*, cons. 7 à 10.

³⁹ [Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a\), du règlement \(CE\) n° 1/2003](#), § 13.

⁴⁰ [Communiqué du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires](#), § 23.

De son côté, pour estimer que ce dispositif de sanction en pourcentage du chiffre d'affaires en matière de pratiques anticoncurrentielles ne méconnaissait le principe de nécessité et de proportionnalité des peines, le Conseil constitutionnel a expressément relevé que les faits incriminés « *ont pu et peuvent encore, alors même qu'ils ont cessé, continuer de procurer des gains illicites à l'entreprise* »⁴¹. Il faut donc que le manquement soit générateur de gains illicites, ce qui n'est absolument pas le cas concernant l'absence éventuelle de retrait d'un contenu censément illicite dans les délais extrêmement brefs précités.

La méconnaissance d'obligations en matière de protection des données personnelles peut, certes, elle aussi, donner lieu au prononcé d'une amende calculée sur la base du chiffre d'affaires réalisé.

Sur ce point, le règlement général relatif à la protection des données personnelles (« RGPD »)⁴² prévoit, en s'inspirant directement de ce qui existe en matière de droit de la concurrence, un système d'amendes administratives calculées en fonction du chiffre d'affaires mondial de l'entreprise concernée (2% ou 4% du chiffre d'affaires mondial en fonction des violations constatées)⁴³.

Mais cette modalité de calcul est là encore justifiée par le fait que les personnes intéressées sont susceptibles de tirer un bénéfice économique d'une violation des obligations relatives au traitement des données à caractère personnel.

Le RGPD souligne d'ailleurs que « *pour décider s'il y a lieu d'imposer une amende administrative et pour décider du montant de l'amende administrative, il est dûment tenu compte* », entre autres, de toute « *circonstance aggravante (...) telle que les avantages financiers obtenus ou les pertes évitées, directement ou indirectement, du fait de la violation* »⁴⁴.

Ces exemples, qui sont en réalité extrêmement rares, mettent en évidence le fait que le calcul d'une amende en fonction du chiffre d'affaires réalisé n'est admis que dans des hypothèses bien précises et circonscrites.

I. 5 – L'INTERDICTION DE DÉLÉGUER DES MISSIONS DE SOUVERAINETÉ À DES PERSONNES PRIVÉES

Aux termes de l'article 12 de la Déclaration de 1789, « *la garantie des droits de l'Homme et du Citoyen nécessite une force publique ; cette force est donc instituée pour l'avantage de tous, et non pour l'utilité particulière de ceux auxquels elle est confiée* ».

Le Conseil constitutionnel juge de façon constante qu'il résulte de ces dispositions l'interdiction de déléguer à des personnes privées des compétences de police administrative générale inhérentes à l'exercice de la « *force publique* » nécessaire à la garantie des droits⁴⁵.

Cette interdiction vaut pour toute mission régaliennne ou de souveraineté⁴⁶, notamment pour la mission de justice, *a fortiori* pénale.

⁴¹ [Décision N° 2015-489 QPC du 14 octobre 2015](#), Cons. n° 15

⁴² [Règlement \(UE\) n° 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016](#) relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE.

⁴³ Articles 83(4), 83(5) et 83(6) du RGPD.

⁴⁴ RGPD, article 83(2)(k).

⁴⁵ Voir [Décision n° 2011-625 DC du 10 mars 2011](#), *Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure*, cons. 19 ; [Décision n° 2017-637 QPC du 16 juin 2017](#), *Association nationale supporters*, cons. 4 ; [Décision n° 2017-695 QPC du 29 mars 2018](#), *Rouchdi B. et autres*, cons. 26 ; [Décision n° 2019-810 QPC du 25 octobre 2019](#), *Société Air France*, cons. 11.

⁴⁶ Voir en ce sens [Décision n° 2002-461 DC du 29 août 2002](#), *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, cons. 8 ; [Décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003](#), *Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit*, cons. 19.

Aussi le Conseil constitutionnel a-t-il déjà eu l'occasion de censurer une disposition législative autorisant toute personne morale à mettre en œuvre des dispositifs de surveillance au-delà des abords « immédiats » de ses bâtiments et installations et confiant à des opérateurs privés le soin d'exploiter des systèmes de vidéo-protection sur la voie publique et de visionner les images pour le compte de personnes publiques, et investissant ainsi des personnes privées de missions de surveillance de la voie publique⁴⁷.

À l'inverse, le fait pour une personne privée de concourir matériellement à l'exécution d'une mission de police sous le contrôle direct d'agents publics ne constitue pas une délégation inconstitutionnelle⁴⁸.

Tout dépend donc, en définitive, de la place occupée par l'administration dans le dispositif litigieux : lorsqu'elle est totalement absente de ce dispositif et que les personnes privées y jouent un rôle central, il y a délégation prohibée d'une mission relevant de la puissance publique ; lorsque l'autorité administrative continue de jouer un rôle, notamment de contrôle, malgré l'intervention de personnes privées, le dispositif ne recèle pas de délégation *stricto sensu*.

Il va à présent être exposé en quoi les dispositions législatives déferées méconnaissent les principes susvisés.

II. – L'ATTEINTE CAUSÉE AUX DROITS ET LIBERTÉS GARANTIS PAR LA CONSTITUTION

II. 1 – LES DISPOSITIONS LITIGIEUSES PORTENT UNE ATTEINTE DISPROPORTIONNÉE À LA LIBERTÉ D'EXPRESSION ET DE COMMUNICATION

II. 1.1 – En premier lieu, l'article 1^{er} de la loi (article 6-2 de la LCEN) enjoint aux opérateurs de plateformes et aux moteurs de recherche de retirer ou de rendre inaccessibles, dans un délai de 24 heures, les contenus contrevenant *manifestement* à un certain nombre d'interdictions, sous peine d'amende.

L'article 6-2 de la LCEN issu de l'article 1^{er} de la loi déferée dispose en effet que :

« I. – Sans préjudice des dispositions du 2 du I de l'article 6 de la présente loi, les opérateurs de plateforme en ligne au sens du I de l'article L. 111-7 du code de la consommation qui proposent un service de communication au public en ligne reposant sur la mise en relation de plusieurs parties en vue du partage de contenus publics et dont l'activité sur le territoire français dépasse des seuils déterminés par décret sont tenus, au regard de l'intérêt général attaché au respect de la dignité humaine, de retirer ou de rendre inaccessible, dans un délai de vingt-quatre heures après notification par une ou plusieurs personnes, tout contenu contrevenant manifestement aux dispositions mentionnées aux cinquième, septième et huitième alinéas de l'article 24, à l'article 24 bis et aux troisième et quatrième alinéas de l'article 33 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, aux articles 222-33, 227-23 et 421-2-5 du code pénal ainsi que, lorsque l'infraction porte sur un contenu à caractère pornographique, à l'article 227-24 du même code.

« Les opérateurs mentionnés au 1^o du I de l'article L. 111-7 du code de la consommation dont l'activité repose sur le classement ou le référencement, au moyen d'algorithmes informatiques, de contenus proposés ou mis en ligne par des tiers et dont l'activité sur le territoire français dépasse des seuils déterminés par décret sont tenus, dans le délai mentionné au premier alinéa du présent I après notification, de retirer les contenus mentionnés au même premier alinéa de la page de résultats de recherche qu'ils renvoient en réponse à une requête.

« Le délai prévu aux premier et deuxième alinéas du présent I court à compter de la réception par l'opérateur d'une notification comprenant les éléments mentionnés aux deuxième à avant-dernier alinéas du 5 du I de l'article 6 de la présente loi.

« Le fait de ne pas respecter l'obligation définie aux premier et deuxième alinéas du présent I est puni de 250 000 euros d'amende. (...) ».

Ces dispositions sont de nature à porter une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression et de communication en ce qu'elles risquent de conduire à un phénomène de « sur-blocage » des contenus en ligne, sans offrir de garantie utile et effective pour l'éviter, en raison en particulier (i) du nombre, de la diversité et de la complexité de certaines infractions visées, (ii) du volume prévisible des notifications à traiter, (iii) du très bref délai imparti aux opérateurs pour y répondre et (iv) de la sanction pénale encourue en cas de non-respect de l'obligation mise à leur charge.

⁴⁷ Voir [Décision n° 2011-625 DC du 10 mars 2011](#), précitée, cons. 14 à 19.

⁴⁸ [Décision n° 2017-695 QPC du 29 mars 2018](#), précitée, cons. 27.

Certes, dans le texte, seules les illicéités ayant un caractère « *manifeste* » relèvent de l'obligation de retrait en 24 heures, conformément à la réserve d'interprétation énoncée par le Conseil constitutionnel en 2004⁴⁹.

Mais force est de constater que la loi déferée vise un **nombre important d'infractions, dont les critères respectifs de qualification sont hétérogènes et, pour certains au moins, complexes**⁵⁰.

Cette hétérogénéité, alliée à la complexité intrinsèque de certaines infractions visées, compliquent sans conteste l'exercice de qualification par les opérateurs des contenus censément *manifestement* illicites ; opération de qualification dont la difficulté est soulignée par la doctrine et en jurisprudence⁵¹ dès lors qu'elle ne résulte pas d'une application binaire mais de l'appréciation, au cas par cas, des éléments constitutifs de l'infraction en cause au vu du contexte et des circonstances.

La jurisprudence montre ainsi, *a posteriori*, qu'il est, pour toute une série d'infractions, bien souvent délicat de dire si elles sont ou non « *manifestes* », les « *zones grises* » étant nombreuses.

Sur ce point, l'article 1^{er} de la loi déferée intègre, par exemple, dans le champ de l'obligation de retrait l'infraction visée à **l'article 227-24 du code pénal** lorsque l'infraction porte sur un contenu à caractère pornographique. Or, cet article porte spécifiquement sur des contenus « *susceptibles d'être vus ou perçus* » par un mineur, critère dont l'appréciation requiert une analyse contextuelle, par nature difficile à réaliser, a fortiori dans un délai très bref.

L'article 6-2 vise également **l'article 222-33 du code pénal** qui réprime le harcèlement sexuel, exemple là encore particulièrement topique de la difficulté de la qualification puisque cette infraction se caractérise par le fait d'imposer à une personne, *de façon répétée*, des propos ou comportements à connotation sexuelle : de par sa définition même, cette qualification pénale nécessite une contextualisation des propos litigieux, ce qui est pourtant rendu impossible par le délai incompressible de 24 heures imposé par la loi.

Or, plus on élargit le nombre d'infractions et donc le volume potentiel de contenus à traiter, plus on accroît la difficulté de traitement pour les opérateurs de plateforme dans les délais requis, sous peine de lourdes sanctions.

À cela s'ajoute le fait que les contenus problématiques peuvent être signalés par « *toute personne* », de sorte que ne s'exercera aucun filtre préalable, de nature administrative ou judiciaire, et que le nombre de demandes de retrait sera important (avec là aussi l'effet de volume résultant du changement d'échelle de l'utilisation des réseaux sociaux et moteurs de recherche).

Face à une telle diversité d'infractions, générant en soi une complexité indéniable de qualification nonobstant le caractère « manifeste » de leur illicéité, et à un très grand nombre de demandes à traiter dans le très bref délai imparti, les opérateurs de plateforme seront fortement incités à se prémunir en arbitrant dans le sens d'un blocage au moindre doute, pour ne pas s'exposer à des sanctions pénales dont l'accumulation pourrait aboutir à des montants extrêmement importants.

Ce risque est d'autant plus avéré qu'à la complexité inhérente à l'exercice de qualification d'une liste d'infractions nombreuse s'ajoute en effet l'obligation d'y procéder **dans un délai préfix de 24 heures à compter de la notification** et ce, sous peine de sanction pénale.

⁴⁹ [Décision n°2004-496 DC du 10 juin 2004, cons. 9.](#)

⁵⁰ Le texte englobe en effet « *tout contenu contrevenant manifestement aux dispositions mentionnées aux cinquième, septième et huitième alinéas de l'article 24, à l'article 24 bis et aux troisième et quatrième alinéas de l'article 33 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, aux articles 222-33, 227-23 et 421-2-5 du code pénal ainsi que, lorsque l'infraction porte sur un contenu à caractère pornographique, à l'article 227-24 du même code* ».

⁵¹ La jurisprudence révèle que l'appréciation du caractère manifestement illicite est complexe, cette caractérisation nécessitant une étude approfondie par le juge des circonstances dans lesquelles un terme a été employé. À titre d'illustration, l'utilisation du terme « *sioniste* » a pu être considérée comme provoquant à la discrimination ou à la haine raciale (CA Paris, 16 décembre 1998, RG n° 98/02015), ou au contraire comme ne provoquant pas à la discrimination ou à la haine raciale (CA Paris, 11 juin 2008, RG n° 07/04776). Autre exemple, plus récent, la Cour de cassation a jugé – cassant ainsi l'arrêt de la cour d'appel – que les propos assimilant les homosexuels à des « *abominations* » étaient licites (« *alors que le propos incriminé, s'il est outrageant, ne contient néanmoins pas, même sous une forme implicite, d'appel ou d'exhortation à la haine ou à la violence à l'égard des personnes homosexuelles, la cour d'appel a méconnu le sens et la portée du texte susvisé et du principe ci-dessus énoncé* ») ([Crim., 9 janvier 2018, n°16-87540](#)).

Ainsi, alors que la LCEN prévoyait à l'origine une obligation de « *prompt* » retrait des contenus illicites signalés par toute personne, sans donc imposer de délai préfix – ce qui offrait une certaine marge d'appréciation et permettait de saisir le juge en cas de doute – et sans instituer en tant que telle d'infraction de non-retrait⁵², la loi crée ici une obligation de **retrait dans un délai préfix** (24 heures après notification) des contenus manifestement haineux, **sous peine d'amende** pouvant aller jusqu'à 250.000 euros par manquement.

Or compte tenu des volumes prévisibles de notifications et du nombre important de contenus dont la qualification en tant que « manifestement illicite » s'avérera délicate, le traitement de chaque notification reçue, dans un délai de 24 heures, se révélera souvent, au vu des ressources des opérateurs concernés, difficile à réaliser sur un plan matériel, sauf à mobiliser des moyens humains et techniques hors de proportion, et cela d'ailleurs sans garantie d'une compensation appropriée, ce qui est de nature à porter corrélativement et incidemment atteinte à la liberté d'entreprendre, au droit de propriété et au principe d'égalité devant les charges publiques⁵³.

Un tel délai-butoir de 24 heures fait, par ailleurs, **résolument obstacle à la saisine du juge en temps utile** (cf. *infra* II.2) pour déterminer si le contenu litigieux constitue manifestement l'une des infractions visées par le texte, alors même qu'une telle intervention pourrait s'avérer indispensable dans de nombreuses configurations, en particulier lorsque l'infraction alléguée présente un caractère complexe (harcèlement sexuel, diffusion de contenus pornographiques susceptibles d'être vus ou perçus par des mineurs, etc.).

Comme cela a été souligné lors des travaux parlementaires, d'autres effets pervers sont, au surplus, à redouter tel que « *l'instrumentalisation des signalements par des groupes organisés de pression ou d'influence ('raids numériques' contre des contenus licites mais polémiques)* »⁵⁴.

En exigeant ainsi des opérateurs de plateforme qu'ils apprécient dans un délai extrêmement court et sans possibilité de saisir utilement un juge dans le délai imparti, sous la menace de très lourdes sanctions, le caractère manifestement illicite des contenus notifiés au regard d'un nombre important d'infractions, pour certaines intrinsèquement complexes à qualifier y compris de manière « manifeste », la loi n'apporte pas les garanties nécessaires pour s'assurer que les limitations ainsi apportées à la liberté d'expression et de communication sont strictement proportionnées à l'objectif d'intérêt général poursuivi.

Le risque est, au contraire, de voir se réaliser comme on l'a dit, un phénomène de sur-blocage généralisé des contenus, sans contrôle préventif réel et effectif.

II.1.2 – En second lieu, l'article 1^{er} de la loi prévoit une obligation, pour toutes les personnes mentionnées au 2 du I et au III de l'article 6 de la LCEN, quelle que soit l'importance de leur activité, de retirer ou rendre inaccessibles dans un délai d'une heure les contenus à caractère terroriste ou pédopornographique notifiés par l'administration, sous peine là encore d'être sanctionnés pénalement.

Cet article 1^{er} vient modifier l'article 6-1 de la LCEN, créé par la loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, qui a instauré un nouveau dispositif de blocage administratif de sites Internet.

À l'heure actuelle, ces dispositions permettent à l'autorité administrative de demander aux éditeurs et hébergeurs de retirer les contenus qu'elle estime contrevenir aux articles 421-2-5 (provocation à des actes de terrorisme et apologie de tels actes) et 227-23 (infractions liées à la pédopornographie) du code pénal ; et, en l'absence de retrait de ces contenus dans un délai de 24 heures, d'enjoindre aux FAI d'« *empêcher sans délai l'accès à ces adresses* », la méconnaissance de cette injonction par les FAI étant susceptible d'être sanctionnée pénalement, conformément à l'article 6-VI.

Le nouvel article 6-1 prévoit quant à lui, à la charge des hébergeurs et des éditeurs de services en ligne, l'obligation de « *retirer ou rendre inaccessibles* » les contenus notifiés « **dans un délai d'une heure à compter de cette notification** ».

⁵² La loi évoquant seulement, sans autre précision, le principe d'une responsabilité pénale

⁵³ Voir [Décision n° 2000-441 DC du 28 décembre 2000](#), *Loi de finances pour 2000*, cons. 41.

⁵⁴ [Rapport n° 197](#) de M. Frassa. Il est vrai que le dispositif prévoit un garde-fou contre les dénonciations qui auraient pour seul objet d'obtenir le retrait de l'information (4 du I de l'article 6). Mais un tel détournement de procédure est tout sauf évident et ne sera reconnu que restrictivement et tardivement.

Il faut d'abord relever que ces dispositions encourent des critiques similaires à celles formulées à l'encontre du nouvel article 6-2 de la LCEN.

En effet, **les infractions visées par ce texte peuvent s'avérer difficiles à caractériser**. Aussi, comme il a été relevé par la [Commission ad hoc de réflexion et de propositions sur le droit et les libertés à l'âge numérique](#), l'administration en charge des notifications se heurtera aux mêmes difficultés que les opérateurs privés dans l'exercice de qualification des contenus en cause. Cela est particulièrement vrai de l'infraction de provocation directe à la commission d'actes terroristes ou d'apologie publique de tels actes.

A cet égard, la Commission précitée a, en effet, fait part de son inquiétude quant à la difficile appréciation des notions en jeu, et partant, d'un risque de sur-blocage dès lors que le juge est écarté du dispositif de blocage, estimant que « *Les notions de provocation à des actes de terrorisme et d'apologie de ces actes sont particulièrement délicates à qualifier et que cette qualification ne saurait relever que du juge en raison des risques importants d'atteinte à la liberté d'expression et de communication. La frontière entre la provocation au terrorisme et la contestation de l'ordre social établi peut en effet être particulièrement difficile à tracer car, comme l'a rappelé la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) dans l'arrêt Association Ekin c. France du 17 juillet 2001, la liberté d'expression protège " non seulement les informations ou idées accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi celles qui heurtent, choquent ou inquiètent "* »⁵⁵.

Aussi, le nouvel article 6-1 ne fait qu'accroître **le risque de sur-blocage**, de la part de l'administration cette fois-ci, et ce d'autant plus que celle-ci est plutôt encline à adopter une interprétation extensive des dispositions pénales en question, compte tenu du caractère éminemment sensible que représente la lutte contre le terrorisme depuis plusieurs années.

De plus, s'ils sont en partie repris à l'article 6-1, les garde-fous introduits par le législateur en 2014⁵⁶ ne permettent pas de préserver de manière effective une conciliation proportionnée entre l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et la liberté d'expression et de communication.

Prenant en compte les critiques formulées dans le cadre de la *Commission ad hoc*, la Commission des lois, saisie du projet de loi ayant donné lieu à la loi du 13 novembre 2014, avait en effet prévu deux garde-fous pour garantir la proportionnalité des limitations apportées à la liberté d'expression et de communication.

Dans son [rapport enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 22 juillet 2014](#), la Commission des lois avait précisé, d'une part, que le blocage devait rester une « *mesure subsidiaire par rapport au retrait du contenu par l'éditeur ou l'hébergeur* » et précisait à ce titre que « *le texte adopté par la Commission prévoit que le blocage ne pourra être demandé au fournisseur d'accès qu'après avoir demandé à l'éditeur ou à l'hébergeur de retirer le contenu, et après leur avoir laissé vingt-quatre heures pour y procéder* » ; d'autre part, qu'une « *personnalité qualifiée* », désignée par la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), se verrait confier la mission de vérifier que les contenus dont l'autorité administrative demande le retrait, la Commission précisant sur ce point que « *cette personnalité aura un pouvoir de recommandation vis-à-vis de l'autorité administrative et aura, si l'autorité administrative ne suit pas sa recommandation, compétence pour saisir la juridiction administrative* ».

Or, en l'espèce, outre le fait que le principe de subsidiarité est supprimé puisque l'article 6-1 prévoit expressément que l'administration peut procéder à une notification auprès d'un FAI « sans avoir préalablement demandé le retrait des contenus » à un hébergeur ou éditeur, le contrôle ex-post désormais confié par la loi déferée à une personnalité qualifiée désignée par le CSA paraît totalement illusoire.

⁵⁵ [Recommandation du 22 juillet 2014](#). Pour reprendre les exemples de la Commission ad hoc dans son [rapport n° 3119 Numérique et Libertés : un nouvel âge démocratique](#), l'affirmation « *Je suis Charlie Coulibaly* », comme l'a fait Dieudonné sur son Facebook au lendemain des attentats, relève-t-il à proprement parler du délit d'apologie des actes terroristes ? Qu'en est-il de la vidéo de l'interview post-mortem d'Amedy Coulibaly ? Cette vidéo peut dans certains cas être considérée comme une apologie des actes qu'il a perpétrés ; cela peut aussi viser à dénoncer les justifications que le terroriste apporte à ses actes (voir p. 89 et suivantes).

⁵⁶ Comme indiqué précédemment, ces gardes fous n'ont pas été examinés par le Conseil constitutionnel, cf. supra.

Il faut en effet préciser que la personnalité qualifiée jusqu'ici désignée par la CNIL critique systématiquement l'absence de moyens pour réaliser son contrôle⁵⁷. A cet égard, il faut relever les « *Préconisations* » énoncées dans le dernier rapport de M. Alexandre Linden, personnalité qualifiée pour le contrôle administratif des blocages de sites appelant au terrorisme ou incitant à la pédopornographie⁵⁸ :

« On peut une nouvelle fois légitimement s'interroger sur l'utilité de formuler des préconisations à l'issue de cette quatrième année d'activité, lorsque l'on constate que les préconisations mentionnées dans les trois premiers rapports d'activité n'ont pas été prises en compte par les autorités publiques, que ce soit le législateur (désignation d'un suppléant, encadrement légal des modalités de contrôle des différents acteurs du dispositif mis en place) ou le Gouvernement (renforcement des moyens humains à même d'assister la personnalité qualifiée au sein des services de la CNIL).

Il convient néanmoins d'insister sur les conséquences de l'insuffisance des moyens humains, nécessaires à l'accomplissement de la mission de la personnalité qualifiée : cette situation compromet l'effectivité de son contrôle sur l'ensemble des demandes de retrait de contenus, de blocage ou de déréférencement. »

A l'absence d'effectivité du dispositif de contrôle ex-post s'ajoute le fait que toute intervention du juge ex-ante est rendue totalement illusoire dès lors que d'une part, les opérateurs sont tenus par le nouveau délai d'1 heure imposé par la loi (alors qu'était jusqu'ici prévu un retrait « sans délai ») et d'autre part, encourent en l'absence de réponse ou en cas de retard, une amende de 250.000 euros (article 3 bis de la loi).

Ce délai ne permet absolument pas aux hébergeurs et éditeurs de contester la décision de l'administration devant le juge administratif, en temps utile, y compris en référé (cf. *infra* II.2). Il faut d'ailleurs préciser que leur rôle dans le cadre de ce dispositif est d'exécuter le retrait du contenu notifié par l'administration sans qu'il ne puisse l'étendre à l'appréciation de son caractère manifestement illicite.

En particulier, on soulignera que saisi sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, le juge des référés intervient normalement dans un délai de 48 heures.

S'il peut certes intervenir, lorsque les conditions le permettent, dans un plus bref délai, comme cela a été le cas par exemple dans l'« affaire Dieudonné »⁵⁹, cela reste néanmoins tout à fait exceptionnel. Il est bien évident que, s'agissant d'un dispositif de retrait de contenus illicites, susceptible de donner lieu à un nombre très important de demandes administratives, un délai de retrait d'1 heure ne permet structurellement pas la saisine d'un juge, y compris en référé-liberté, et ce pour des raisons pratiques évidentes (préparation et dépôt de la requête, enregistrement par le greffe, organisation de l'audience, etc.).

C'est d'autant plus problématique que, d'une part, la saisine du juge ne revêt aucun caractère suspensif : la décision de l'administration reste pleinement exécutoire tant qu'aucune décision du juge n'est intervenue.

Et que, d'autre part, dans sa [recommandation sur l'article 9 du projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme datée du 22 juillet 2014](#), la *Commission ad hoc* s'était clairement et à l'unanimité prononcée pour que le blocage ne soit autorisé qu'à titre subsidiaire et sur décision judiciaire, eu égard notamment à la complexité des infractions visées⁶⁰.

Enfin, sur un plan matériel, il faut préciser que le délai d'1 heure se révélera dans de nombreux cas totalement irréaliste au regard des mesures techniques nécessaires pour retirer le contenu illicite, en particulier si - cas fréquent - il est hébergé à l'étranger.

Il existe en effet des délais techniquement incompressibles de mise à jour dans les réseaux, de sorte que la seule obligation qui pourrait peser sur les personnes visées par la loi ne pourrait porter que sur les *opérations nécessaires* au retrait des contenus⁶¹.

⁵⁷ Voir sur ce point le [rapport de 2016](#) (p. 5), le [rapport 2017](#) (p. 8) ou encore le [rapport 2018](#) de la personnalité qualifiée (p. 8).

⁵⁸ Voir le [rapport 2018](#) de la personnalité qualifiée, « Préconisations » (p. 14)

⁵⁹ Dans cette affaire, le Conseil d'État avait statué sur l'appel formé contre une ordonnance du juge des référés du tribunal administratif de Nantes dans la journée même (CE, Ord., 9 janvier 2014, [Ministre de l'intérieur c/ Société Les Productions de la Plume et M. Dieudonné M'Bala M'Bala](#), n° 374508, au Recueil).

⁶⁰ [Recommandation du 22 juillet 2014](#).

⁶¹ Voir, déjà sur ce débat, le [rapport n° 9](#) de MM. J.-J. Hyest et A. Richard du 9 octobre 2014.

Dans ces conditions, la loi déferée n'offre pas de garantie permettant de s'assurer du caractère justifié et proportionné de l'atteinte portée à la liberté d'expression et de communication par le dispositif de blocage administratif prévu par l'article 6-1 de la LCEN, dans sa nouvelle version.

Il résulte de ces développements que les dispositifs respectivement prévus aux article 6-1 et article 6-2 de la LCEN tels que résultant de la loi déferée ne sont pas encadrés par les garanties nécessaires à même d'assurer que les limitations ainsi apportées à la liberté d'expression et de communication sont strictement proportionnées à l'objectif d'intérêt général poursuivi.

Comme évoqué en introduction, c'est d'ailleurs ce qui ressort de la décision du Conseil constitutionnel du 10 juin 2004 telle qu'éclairée par ces Commentaires aux Cahiers, qui méritent d'être cités ici :

« Les dispositions précitées du I de l'article 6 peuvent être lues de deux manières : l'une conduit à les regarder comme contraires à la Constitution, l'autre non.

a) A s'en tenir aux débats parlementaires à l'issue desquels elles ont été adoptées [Ainsi, le rapport sénatorial de deuxième lecture présente-t-il l'hébergeur comme « tenu d'évaluer le caractère illicite avant de décider du retrait ou du maintien du contenu dénoncé » (n° 232, p. 25). Pour sa part, le rapporteur à l'Assemblée nationale déclare à la séance publique du 6 mai 2004 (après CMP) que « La troisième avancée fondamentale de la loi porte sur la responsabilisation du commerçant en ligne pour la totalité de sa prestation » (JO débats AN p. 3414). Voir encore les propos du ministre délégué à l'industrie à cette même séance (JO débats AN p. 3417) indiquant que la mise en cause de la responsabilité des hébergeurs joue dans le cas où, ayant effectivement connaissance d'activités ou d'informations hébergées par eux et signalées comme illicites, ils n'agissent pas promptement pour en couper l'accès aux utilisateurs.], ces dispositions pourraient être lues « a contrario ». Elles mettraient en jeu la responsabilité des hébergeurs si les trois conditions suivantes étaient réunies :

- **L'hébergeur a connaissance de ce qu'il stocke un message susceptible d'être regardé comme illicite (par exemple parce que ce message est dénoncé par un tiers selon les modalités fixées par le 5 du I de l'article 6, qui instaurent une présomption de connaissance acquise),**
- **L'hébergeur n'agit pas promptement pour le retirer ou en rendre l'accès impossible,**
- **Ce message est jugé ultérieurement illicite.**

S'agissant plus particulièrement de la responsabilité pénale des hébergeurs, celle-ci serait engagée au titre de la complicité si se trouvaient réunies les trois conditions précédentes.

Or, en raison de la masse d'informations stockées à un moment donné par un hébergeur, de la volatilité de ces informations, de l'éloignement des fournisseurs de celles-ci et de la difficulté fréquente d'apprécier la licéité d'un contenu, l'hébergeur ne disposerait dans beaucoup de cas, même lorsque la connaissance factuelle de ce contenu lui serait acquise, ni des moyens humains, techniques ou financiers, ni, en l'absence d'intervention des autorités juridictionnelles ou administratives compétentes, de la capacité d'analyse juridique suffisants pour honorer les obligations que lui imposeraient, sous peine de sanctions pénales, les dispositions du I de l'article.

6. Soulignons à ce sujet que les dénonciations dont un hébergeur sera le destinataire peuvent être nombreuses et de caractère confus, malveillant ou intéressé [Il est vrai que la loi prévoit un garde-fou contre les dénonciations qui auraient pour seul objet d'obtenir le retrait de l'information (4 du I de l'article 6). Mais un tel détournement de procédure est tout sauf évident et, étant sanctionné pénalement, il ne sera reconnu que restrictivement et tardivement. Ce garde-fou ne mettrait donc l'hébergeur que faiblement à l'abri des dénonciations intempestives.]. De plus, la caractérisation d'un message illicite peut se révéler délicate, même pour un juriste.

Dans ces conditions, les hébergeurs seraient tentés de s'exonérer de leurs obligations en cessant de diffuser les contenus faisant l'objet de réclamations de tiers, sans examiner le bien-fondé de ces dernières. Ce faisant, ils porteraient atteinte à la liberté de communication.

En raison de leurs effets, et compte tenu du dilemme dans lequel elles enfermeraient l'hébergeur, les dispositions du 2 et (surtout) du 3 du I de l'article 6 ne cesseraient de méconnaître l'article 13 de la Déclaration de 1789 qu'en portant atteinte à son article 11.

b) Toutefois, les dispositions contestées du I de l'article 6 n'ont pas la portée qui vient d'être évoquée.

Elles se bornent en effet à exclure, dans certains cas (ceux prévus par l'article 14 de la directive du 8 juin 2000), la responsabilité des personnes assurant le stockage de messages de toute nature, pour mise à disposition de services de communication au public en ligne.

Le libellé des 2 et 3 du I de l'article 6 ne met pas en cause la responsabilité civile ou pénale de ces personnes au-delà de ce que prévoyait le droit antérieur.

Dès lors que les 2 et 3 du I de l'article 6 ne créent aucun cas nouveau de responsabilité civile ou pénale (au contraire, puisqu'ils instituent des causes d'exonération de responsabilité), ne peuvent être utilement invoqués à l'encontre de ces dispositions les griefs tirés de ce qu'elles aggraveraient la situation juridique des « hébergeurs », ainsi que, indirectement, celle des auteurs et éditeurs des contenus faisant l'objet d'une communication au public en ligne, dans des conditions trop imprécises ou au point de méconnaître la liberté de communication.

Pour trois raisons, la lecture littérale des dispositions contestées doit prévaloir sur leur lecture « a contrario », bien que cette dernière ait été communément acceptée au cours des débats :

- On peut d'abord considérer que la lecture littérale d'une disposition doit, lorsqu'elle est dépourvue d'ambiguïté, prévaloir sur l'interprétation contraire qui résulterait des débats parlementaires.
- Cette règle d'interprétation s'impose d'autant plus en matière pénale. En cette matière, en effet, le principe de légalité des peines et délits s'oppose à ce que l'on attache à une disposition une portée plus répressive que ce qu'implique sa lettre... ».

La (re)-lecture de ce commentaire aujourd'hui est pour le moins édifiante, car tout en excluant – de manière fort constructive d'ailleurs - la lecture « a contrario » de la loi de 2004 créant les conditions d'une responsabilité pénale des hébergeurs pour non-retrait de contenus illicites susceptibles de porter une atteinte excessive à la liberté de communication⁶², cette analyse décrit très exactement ce que le législateur a depuis lors, non plus « en creux » ou a contrario, mais cette fois explicitement et positivement inscrit dans la loi, avec tous les effets pervers déjà identifiés et décrits il y a 15 ans mais qui seront évidemment décuplés compte tenu des volumes d'information concernés et du renforcement des sujétions pesant sur les opérateurs.

En effet, comme démontré *supra*, il n'est pas douteux que la loi déferée instaure bien quant à elle une infraction de non-retrait des contenus illicites et *aggrave la situation juridique* des opérateurs. Il est tout aussi clair qu'en égard aux délais fixés et à la masse des demandes à traiter, la loi aura nécessairement l'effet de sur-blocage déjà identifié en 2004 mais écarté au prix d'une lecture « littérale » excessivement étroite et formelle. Ainsi, le législateur a-t-il, sans égard pour les enseignements de la décision de 2004 et son commentaire, réuni les conditions déjà identifiées comme de nature à consommer une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression et de communication, ce que confirme du reste le constat empirique de l'application judiciaire de la LCEN depuis 15 ans, les juridictions ayant toujours concrètement retenu une lecture de la loi correspondant à celle ressortant des débats parlementaires précités et allant dans le sens d'un engagement de la responsabilité des hébergeurs et des éditeurs en cas de non-retrait d'un contenu jugé manifestement illicite.

En définitive, donc, force est de constater que si, en 2004, une lecture « littérale » s'écarterait des travaux préparatoires (en amont) et de l'interprétation faite par les cours et tribunaux (en aval) a pu permettre, avec des réserves, de sauver le dispositif légal de la censure, il ne pourra assurément pas en aller de même aujourd'hui. Car la loi déferée réalise toutes les conditions déjà identifiées par le Conseil constitutionnel lui-même pour qu'une atteinte excessive à la liberté d'expression et de communication soit constatée.

II. 2 – CORRELATIVEMENT, LES DISPOSITIONS LITIGIEUSES PORTENT ATTEINTE AU DROIT EFFECTIF AU RECOURS

En effet, alors que la loi oblige les opérateurs concernés à bloquer des contenus dans un délai d'une heure suivant notification de l'autorité administrative, ou dans un délai de 24 heures, sur demande pouvant émaner de toute personne, aucune voie de recours spécifique n'est aménagée afin de prévenir tout blocage abusif et donc de garantir le caractère proportionné de ces dispositifs.

Seules les voies de droit commun trouvent donc à s'appliquer.

Or celles-ci ne permettent absolument pas au juge, en particulier au juge administratif, y compris au juge des référés, d'intervenir dans un délai de 24 heures et encore moins dans un délai d'une heure, ne serait-ce que pour des raisons pratiques.

⁶² Lecture ressortant pourtant des travaux préparatoires comme le reconnaît le commentaire

Il a déjà été observé que l'article L. 521-2 du code de justice administrative relatif au référé-liberté, qui semble le plus approprié dans le cadre du dispositif de blocage administratif, ne permet généralement pas au juge d'intervenir dans un délai inférieur à 48 heures.

La situation est tout aussi problématique si ce n'est davantage du côté du juge judiciaire, les dispositions du code de procédure civile ne prévoyant pas de délai d'examen pour les procédures de référé, et une mesure en 1 heure ou même en 24 heures - non pas à compter de l'audience ni même de la saisine du juge, mais à compter de la notification de la demande à l'opérateur - étant concrètement inatteignable, même en référé d'heure à heure.

Cette situation est d'autant plus préoccupante que les articles 6-1 et 6-2 de la LCEN issus de la loi déferée visent un nombre important d'infractions et que leur qualification peut s'avérer, dans un grand nombre de cas, extrêmement délicate ainsi que déjà observé (cf. supra III.1), ce qui aurait dû justifier un recours **préalable** au juge, comme l'avait d'ailleurs préconisé la Commission ad hoc en 2014 à propos du dispositif de blocage administratif.

Certains parlementaires ont d'ailleurs bien perçu cette difficulté potentiellement dirimante pour la constitutionnalité du dispositif et tenté, mais en vain, de modifier la proposition de loi sur ce point⁶³.

S'y ajoute la circonstance, non moins déterminante, que les recours de droit commun, en particulier les recours en référé prévus par le code de justice administrative, ne revêtent pas de caractère suspensif.

La notification adressée aux opérateurs de plateforme par l'autorité administrative est pleinement exécutoire ; et comme ceux-ci doivent l'exécuter dans un délai d'une heure, sous peine de sanction particulièrement élevée, tout recours juridictionnel pour prévenir le blocage serait totalement vain, à supposer qu'il puisse être déposé dans un délai d'une heure.

Il en va de même du dispositif prévu par l'article 6-2 : l'opérateur de plateforme doit y répondre dans un délai de 24 heures, sans possibilité de suspension ou prolongation.

Partant, les dispositifs critiqués ne permettent en aucune façon aux personnes intéressées de saisir le juge de manière efficace et en temps utile, c'est-à-dire de manière effective au sens de la jurisprudence du Conseil. Aucune saisine préalable n'est concrètement possible et les opérateurs devront donc déférer à des demandes de retrait en réalité infondées et attentatoires à la liberté d'expression et de communication, ou prendre le risque d'y déférer sans avoir pu obtenir de décision de justice, qui ne pourrait intervenir qu'*a posteriori*. Il en résulte une violation du droit à un recours juridictionnel effectif contraire à l'article 16 DDHC.

II. 3 – À CELA S'AJOUTE UNE MECONNAISSANCE DU PRINCIPE DE LEGALITE DES DELITS ET DES PEINES

Comme précédemment évoqué, l'article 1^{er} de la loi déferée met à la charge des opérateurs de plateformes deux types d'obligation de retrait : l'obligation de retrait en 24 heures des contenus manifestement illicites notifiés par « toute personne », c'est-à-dire les internautes (article 6-2) ; et l'obligation de retrait en 1 heure des contenus notifiés par l'autorité administrative (article 6-1).

S'agissant **premièrement** de l'obligation de retrait des contenus notifiés dans un délai de 24 heures, il ne peut être raisonnablement ignoré que l'identification du caractère *manifestement illicite* d'un contenu haineux est particulièrement complexe et nécessite le plus souvent une contextualisation des propos au cas par cas (cf. supra III.1.1).

Il en résulte une impossibilité pour les opérateurs de déterminer, avec le niveau de clarté et de précision requis, l'étendue de l'obligation de retrait mise à leur charge par la loi.

⁶³ Voir [amendement n° CL254 du 15 juin 2019](#) de Mme de la Raudière, qui prévoyait qu'« en cas de doute quant au caractère manifestement illicite du contenu, les opérateurs de plateforme en ligne précités, peuvent saisir le juge judiciaire compétent dans un délai de sept jours ouvrables. Cette saisine arrête le délai de 24 heures, qui débute à nouveau à compter de la notification de la décision du juge ».

De surcroît, en l'état du texte litigieux, cette complexité est aggravée tout particulièrement par (i) le très grand nombre d'infractions intégrées au champ d'application de son article 6-2 dont les critères respectifs de qualification ne sont, qui plus est, pas homogènes, (ii) le volume important de signalements qui requerront une analyse au cas par cas aux fins de qualification et (iii) le délai incompressible de 24 heures dans lequel l'opérateur sera contraint d'opérer ce exercice complexe de qualification.

Il en résulte que, contrairement à ce que commande le principe de prévisibilité de la sanction pénale et, partant, le principe de légalité des délits et des peines, l'étendue de l'obligation de retrait ne peut être déterminée avec la précision requise.

S'agissant deuxièmement de l'obligation de retrait des contenus notifiés par l'autorité administrative dans un délai d'1 heure, force est de constater que l'obligation pourrait se révéler, selon les ressources et moyens des opérateurs concernés – et, en particulier s'il est hébergé à l'étranger – matériellement difficile à réaliser.

Le blocage pourrait ne pas être immédiat : il existe des délais techniquement incompressibles de mise à jour dans les réseaux, de sorte que la seule obligation qui pourrait peser sur les personnes visées par la loi ne pourrait porter que sur les *opérations nécessaires* au retrait des contenus⁶⁴.

En réalité, une telle disposition risque de constituer une *sanction automatique*, en ce que l'obligation qu'elle fait peser sur les opérateurs de plateformes est impossible à satisfaire.

II. 4 – sur le plan des sanctions prévues, le dispositif litigieux porte ensuite atteinte au principe de proportionnalité des peines.

Tout d'abord, l'article 4 donne au CSA la possibilité de prononcer une amende administrative pouvant atteindre « 4% du chiffre d'affaires annuel mondial total de l'exercice précédent » ou 20 millions d'euros en cas de non-respect d'une mise en demeure de se conformer aux obligations systémiques définies par le nouvel article 6-3 de la LCEN (article 4 ; nouvel article 17-3 II de la loi du 30 septembre 1986).

Or, contrairement à la règle posée par le Conseil constitutionnel, **il n'existe pas de lien objectif et direct entre, d'une part, le chiffre d'affaires et donc l'activité des opérateurs concernés et, d'autre part, le manquement réprimé.** Et pour cause : la sauvegarde de l'ordre public à laquelle se rattachent les obligations prévues par la loi déferée est étrangère à l'activité des opérateurs concernés.

Le Conseil constitutionnel a ainsi eu l'occasion de juger, sur une question certes distincte mais présentant d'évidentes analogies⁶⁵, que le concours « à la sauvegarde de l'ordre public (...) est étranger à l'exploitation des réseaux de télécommunication », ce dont il a déduit l'impossibilité pour le législateur de mettre à la charge d'opérateurs de télécommunication des dispositifs techniques permettant l'interception de données justifiée par les nécessités de la sécurité publique, sans compensation financière appropriée⁶⁶. Réciproquement, cela induit bien que l'éventuel manquement à de telles sujétions fondées sur la sauvegarde de l'ordre public ne saurait être regardé comme inhérent aux activités des opérateurs concernés ni, *a fortiori*, comme générateur pour eux d'un quelconque profit illicite.

Ce à quoi l'on ajoutera que la loi vise le chiffre d'affaires annuel *mondial*, quand le manquement réprimé a une portée seulement nationale, dès lors qu'il repose sur des obligations définies au seul niveau national.

Dans ces conditions, la sanction calculée en proportion du chiffre d'affaires mondial de l'opérateur méconnaît le principe de proportionnalité des peines.

Quant à la sanction prévue par l'article 1^{er}, qui prévoit que toute personne manquant aux obligations définies par les nouveaux articles 6-1 et 6-2 de la LCEN encourt une amende pénale de 250.000 euros, ce n'est pas tant son montant intrinsèque, au demeurant tout de même très élevé⁶⁷, qui pose le plus de problèmes, que le risque prégnant d'accumulation, en lien avec les garanties insuffisantes du dispositif.

⁶⁴ Voir, déjà sur ce débat, le [rapport n° 9](#) de MM. J.-J. Hyest et A. Richard du 9 octobre 2014.

⁶⁵ Il s'agissait des sujétions liées au droit de communication imposées aux opérateurs de télécommunication.

⁶⁶ [Décision n° 2000-441 DC du 28 décembre 2000](#), Loi de finances pour 2000, cons. 41.

⁶⁷ Etant observé que cette sanction peut s'appliquer à tous les opérateurs, même ceux de petite taille, concernés par l'obligation de blocage sous un délai d'1 heure sur notification administrative

En effet, cette sanction de 250.000 euros vaut pour **chaque manquement**, soit de non-retrait soit de retard, alors même que, malgré les efforts et les moyens déployés par l'opérateur, compte tenu du volume de demandes, il peut se trouver dans l'impossibilité de faire face à l'obligation de retrait d'un nombre important d'informations, sous 24 heures et *a fortiori* sous 1 heure.

Au regard de la très grande difficulté, soit de traiter sous 24 heures les demandes émanant de toute personne et nécessitant une opération de qualification juridique souvent délicate, soit de répondre matériellement aux notifications de l'administration sous 1 heure, le montant de l'amende prévue pour chaque manquement de manière automatique et sans plafond apparaît manifestement disproportionné.

Et ce montant, qui se veut évidemment très dissuasif, constitue à n'en pas douter un **facteur aggravant dans le sens de l'atteinte à la liberté d'expression et de communication**, au sens où le risque de condamnations très lourdes par l'effet cumulé de sanctions pécuniaires eu égard au volume des demandes ne pourra qu'inciter les opérateurs à se prémunir et favorisera ainsi mécaniquement un « sur-blocage » des contenus signalés par tout internaute.

II. 5 – ENFIN, SE POSE LA QUESTION DE L'EQUILIBRE DU DISPOSITIF DEFERE AU REGARD DE L'INTERDICTION DE DELEGUER DES POUVOIRS DE POLICE A DES PERSONNES PRIVEES

Il ne s'agit évidemment pas de prétendre ici que les hébergeurs et opérateurs de plateformes, opérateurs privés, n'auraient pas à contribuer à la sauvegarde de l'ordre public en participant, à leur juste mesure, au blocage des contenus manifestement illicites.

Mais force est de constater que, par rapport au dispositif initial, la loi déferée a, sous ce rapport également, pour effet de rompre les équilibres qui ont pu être observés par le passé.

Si la LCEN prévoyait, certes, dès l'origine, un dispositif de signalement par toute personne de contenus illicites - ce qui avait pu il y a 20 ans ne pas être regardé comme une dévolution excessive de missions de police à des personnes privées -, elle ne prévoyait pas – hormis concernant le retrait de certains contenus infractionnels ciblés – d'infraction ni de sanction pénale spécifique concernant le traitement de ces signalements ; et le Conseil constitutionnel, comme évoqué *supra*, avait par ailleurs bien souligné la réserve tenant à ce que les retraits ne concernent que des contenus manifestement illicites ou *soient ordonnés par un juge*, ce qui constituait un garde-fou déterminant.

Cela concernait tout particulièrement les contenus signalés par toute personne, pour lesquels le retrait n'était pas enfermé dans un délai préfix mais devait simplement être « prompt », ce qui permettait, comme relevé par le Conseil, la saisine d'un juge.

Or dans le dispositif issu de la loi déferée, comme vu *supra*, le délai préfix de 24 heures ne le permettra pas.

Et ce dispositif peut, potentiellement, concerner des volumes considérables de demandes et d'informations.

A cette aune, le dispositif issu de la loi déferée, en ouvrant la voie à des demandes massives de retrait de contenus par toute personne sous peine de lourde sanction, **sans contrôle administratif ni possibilité effective pour les opérateurs concernés de saisir un juge**, autrement dit dans une « boucle purement privée », aboutit à un basculement excessif sur les épaules de ces opérateurs de missions de sauvegarde de l'ordre public, s'apparentant à une délégation disproportionnée de missions de police.

*

En définitive, la conjonction, d'une part, de **l'alourdissement manifeste des sujétions** pesant sur les opérateurs – extension des obligations à leur charge ; instauration d'une infraction spécifique de non-retrait lourdement sanctionnée ; exposition à un volume massif de demandes de retrait, tant administratif que par toute personne ; réduction à 1 heure des délais de traitement sur demande de l'administration ; imposition du délai préfix de 24 heures pour les demandes émanant de toute personne -, et d'autre part, de **l'absence de garantie suffisante**, en particulier en raison de l'impossibilité de saisine effective et utile d'un juge eu égard aux délais de traitement et au volume prévisible de demandes, ainsi que des moyens humains et techniques hors de proportion

censément nécessaires pour traiter de tels volumes, devra conduire le Conseil constitutionnel à constater que le dispositif litigieux porte une atteinte disproportionnée aux droits et libertés garantis par la Constitution. Telles sont les observations que les membres de l'organisation professionnelle TECH IN France souhaitent soumettre respectueusement à l'attention des membres du Conseil constitutionnel.

Dans l'attente de la décision à venir, nous vous prions de croire, Monsieur le Président, Mesdames, Messieurs les membres du Conseil, en l'expression de notre Haute considération.



M^e Jean-Sébastien Mariez
Avocat au Barreau de Paris



M^e Cédric Uzan-Sarano
Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation

Monsieur Laurent Fabius
Président du Conseil constitutionnel

Copie à Monsieur Jean Maïa
Secrétaire général du Conseil constitutionnel

2, rue de Montpensier
75001 Paris

Affaire 2020-801 DC (Loi visant à lutter contre les contenus haineux sur Internet)

Contribution extérieure

appelant le Conseil constitutionnel à saisir l'occasion qui lui est donnée de déclarer
l'inconstitutionnalité des deuxième et troisième alinéas de l'article 24 bis de la loi du 29
juillet 1881.

20 mai 2020

I Expertise de l’auteur du mémoire.....	3
II Résumé du mémoire	3
III Argumentation	4
§ 1 L’extension du délit de négationnisme	4
§ 2 Une application tout indiquée de la jurisprudence <i>État d’urgence en Nouvelle-Calédonie</i>	5
A Possibilité du contrôle	5
B Opportunité du contrôle	5
§ 3 L’inconstitutionnalité des deuxième et troisième alinéas de l’article 24 bis	6
A Contrariété à la liberté d’expression	6
B Contrariété à l’exigence de prévisibilité de la loi pénale	7

Le 13 mai 2020, l'Assemblée nationale a adopté en lecture définitive la proposition de loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet. Le Conseil constitutionnel a été saisi de ce texte par plus de soixante sénateurs. Le présent mémoire (« porte étroite ») suggère au Conseil de saisir l'occasion qui lui est ainsi présentée de mettre un terme à une violation de la liberté d'expression en vigueur depuis 2017.

I Expertise de l'auteur du mémoire

Professeur de droit public à l'Université de Reims Champagne-Ardenne, Thomas Hochmann est spécialiste du droit de la liberté d'expression et tout particulièrement de la répression du négationnisme. Il est l'auteur de nombreuses publications sur ce sujet, notamment *Le négationnisme face aux limites de la liberté d'expression. Étude de droit comparé* (Pedone, 2013, 753 pages), et a codirigé les ouvrages *Genocide Denials and the Law* (New York, Oxford University Press, 2011, 330 pages) et *L'extension du délit de négationnisme* (LGDJ, 2019, 137 pages).

Il n'a reçu aucune subvention d'aucune sorte pour la préparation de ce mémoire, par lequel il entend simplement, en tant qu'*amicus curiae*, communiquer au Conseil constitutionnel son opinion académique.

II Résumé du mémoire

La loi déferée ordonne aux opérateurs de plateformes en ligne de retirer ou de rendre inaccessible dans un délai de vingt-quatre heures les contenus qui contreviennent manifestement à un certain nombre de restrictions de la liberté d'expression, dont celle qui est prévue à l'article 24 bis de la loi du 29 juillet 1881. Dès lors, la loi déferée « modifie, complète, affecte le domaine » de l'article 24 bis, ce qui permet au Conseil constitutionnel de contrôler cette disposition.

L'article 24 bis concernait à l'origine uniquement les propos relatifs à la Shoah. Il a néanmoins fait l'objet d'une considérable extension en 2017, pour viser la négation, la minoration ou la banalisation outrancières de très nombreux crimes, à la condition qu'ils aient donné lieu à une condamnation juridictionnelle. L'inconstitutionnalité de cette mesure ne fait guère de doute. En effet, la liberté d'expression ne peut faire l'objet de restrictions que lorsque son exercice est préjudiciable. Or, rien ne permet de considérer que toute négation d'un crime établi par un tribunal développe forcément les effets néfastes qui justifient son interdiction.

En 2017, le Conseil constitutionnel ne s'est pas prononcé sur cette disposition. Une restriction pénale de la liberté d'expression est donc en vigueur depuis lors, alors qu'elle est clairement inconstitutionnelle. La présente affaire donne au Conseil l'occasion de remédier à cette situation.

III Argumentation

§ 1 L'extension du délit de négationnisme

Depuis 1990, l'article 24 bis de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse incrimine les propos qui nient la Shoah. Le Conseil constitutionnel a déclaré cette disposition conforme à la Constitution en 2016¹.

En 2017, le Parlement a décidé d'élargir considérablement le délit de négationnisme. Un article de la loi *Égalité et Citoyenneté* prévoyait de punir « ceux qui auront nié, minoré ou banalisé de façon outrancière, par un des moyens énoncés à l'article 23, l'existence d'un crime de génocide autre que ceux mentionnés au premier alinéa du présent article, d'un autre crime contre l'humanité, d'un crime de réduction en esclavage ou d'exploitation d'une personne réduite en esclavage ou d'un crime de guerre ». Le propos ne devait être répréhensible que dans deux cas : soit lorsque le crime avait fait l'objet d'une condamnation judiciaire, soit lorsque l'expression constituait une incitation à la violence ou à la haine².

Dans sa décision du 26 janvier 2017, le Conseil constitutionnel se saisit d'office de cette disposition, mais prit le parti de n'examiner qu'une seule branche de l'alternative, celle du négationnisme constitutif d'une incitation à la haine. Il la déclara contraire à la Constitution aux motifs, d'une part, que l'incitation à la haine faisait déjà l'objet d'une incrimination³ et, d'autre part, que le champ d'application de la nouvelle restriction était incertain⁴.

Depuis lors, l'article 24 bis vise donc uniquement, en dehors du négationnisme de la Shoah, la négation, la minoration et la banalisation outrancières d'un certain nombre de crimes, dès lors qu'ils ont fait l'objet d'une condamnation juridictionnelle. Il est parfaitement loisible au Conseil constitutionnel de « compléter » sa décision de 2017 et de se prononcer sur le reste de l'article 24 bis dans la présente affaire.

¹ Décision n° 2015-512 QPC du 8 janvier 2016.

² « Seront punis des mêmes peines ceux qui auront nié, minoré ou banalisé de façon outrancière, par un des moyens énoncés à l'article 23, l'existence d'un crime de génocide autre que ceux mentionnés au premier alinéa du présent article, d'un autre crime contre l'humanité, d'un crime de réduction en esclavage ou d'exploitation d'une personne réduite en esclavage ou d'un crime de guerre défini aux articles 6, 7 et 8 du statut de la Cour pénale internationale signé à Rome le 18 juillet 1998 et aux articles 211-1 à 212-3, 224-1 A à 224-1 C et 461-1 à 461-31 du code pénal, lorsque :

« 1° Ce crime a donné lieu à une condamnation prononcée par une juridiction française ou internationale ;

« 2° Ou la négation, la minoration ou la banalisation de ce crime constitue une incitation à la violence ou à la haine à l'égard d'un groupe de personnes ou d'un membre d'un tel groupe défini par référence à la prétendue race, la couleur, la religion, l'ascendance ou l'origine nationale. »

³ Décision n° 2016-745 DC du 26 janvier 2017, par. 195 : « les dispositions introduites par le dernier alinéa du 2° de l'article 173, qui répriment des mêmes peines des propos présentant les mêmes caractéristiques, ne sont pas nécessaires à la répression de telles incitations à la haine ou à la violence ».

⁴ *Ibid.*, par. 196 : « ces dispositions font peser une incertitude sur la licéité d'actes ou de propos portant sur des faits susceptibles de faire l'objet de débats historiques qui ne satisfait pas à l'exigence de proportionnalité qui s'impose s'agissant de l'exercice de la liberté d'expression ». Le Conseil se réfère ici au principe de proportionnalité, mais il semble que le vice qu'il identifie se rapporte surtout à l'exigence de prévisibilité de la loi pénale.

§ 2 Une application tout indiquée de la jurisprudence *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie*

A Possibilité du contrôle

Le Conseil constitutionnel peut contrôler une loi déjà promulguée « à l'occasion de l'examen de dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine »⁵. Tel est le cas en l'espèce. L'expression définie par l'article 24 bis n'est plus uniquement passible d'une sanction pénale, elle doit désormais être supprimée d'un certain nombre de plateformes internet dans les vingt-quatre heures qui suivent sa notification. L'article 24 bis est donc « complété », son « domaine » est « affecté ». Comme l'explique un ouvrage de référence, la jurisprudence *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie* permet au Conseil de contrôler « la constitutionnalité d'une loi déjà promulguée lorsque le texte dont il est saisi y fait référence »⁶. Il en va ainsi de la loi déferée qui renvoie à l'article 24 bis.

B Opportunité du contrôle

L'examen d'une loi promulguée dans le cadre d'un contrôle *a priori*, s'il a connu une recrudescence avec l'entrée en vigueur de la QPC, demeure rare⁷. Il paraît néanmoins particulièrement indiqué dans la présente affaire. Certes, la loi déferée pose déjà en soi des problèmes nombreux et complexes. Le Conseil pourrait être tenté de s'en contenter. Pourtant, un ensemble de raisons militent pour que le Conseil saisisse l'occasion qui lui est donnée de contrôler le nouveau délit de négationnisme.

Premièrement, et comme on s'efforcera de le démontrer ci-dessous, l'inconstitutionnalité de cette restriction pénale de la liberté d'expression paraît incontestable. Il convient donc de la supprimer au plus vite de l'ordre juridique, avant qu'elle serve de fondement à des condamnations. Le Conseil ne saurait laisser en vigueur une telle mesure en tablant sur l'éventuelle transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité.

Deuxièmement, le nouveau délit de négationnisme, s'il est beaucoup trop large, peut très bien être appliqué contre des propos moralement répréhensibles. En constatant immédiatement son inconstitutionnalité, le Conseil s'épargne la situation désagréable qui pourrait consister, dans le futur, à « offrir » une victoire à l'auteur de propos abjects qui aurait soulevé une question prioritaire de constitutionnalité. Une censure à l'occasion de la présente affaire permettra au contraire au Parlement, s'il le souhaite, d'adopter une nouvelle loi qui incrimine certains négationnismes bien identifiés tout en respectant la Constitution.

Troisièmement, le contrôle effectué en 2017 était incomplet. Le Conseil a choisi d'examiner le nouvel article 24 bis mais d'ignorer une ligne au milieu de la dizaine que comptait cette disposition. Alors que les propos négationnistes étaient interdits soit si le crime avait fait l'objet d'une condamnation, soit si l'expression incitait à la haine, le Conseil ne s'est prononcé que sur la deuxième branche de cette alternative. Cette manière de procéder paraît difficilement explicable. Aussi le Conseil devrait-il saisir l'occasion d'achever l'examen entamé en 2017.

Quatrièmement, des considérations de « politique juridictionnelle » justifient de procéder à un tel contrôle. Il n'aura pas échappé au Conseil que la loi déferée, qui intervient dans le contexte anxiogène de l'état d'urgence sanitaire, fait l'objet d'un certain nombre de critiques assez vives qui s'alarment d'un coup porté à la liberté d'expression. Si le Conseil ne saurait bien sûr se prononcer en fonction de ce type de considérations, rien ne lui interdit d'en

⁵ Décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, cons. 10.

⁶ D. Rousseau, P.-Y. Gahdoun, J. Bonnet, *Droit du contentieux constitutionnel*, LGDJ, 11^e éd., 2016, N° 133.

⁷ Voir Ch.-É. Senac, « Le renouveau de la jurisprudence État d'urgence en Nouvelle-Calédonie », *RDP*, 2014, p. 1453.

tenir compte d'une manière appropriée. Une défense vigoureuse de la liberté d'expression contre l'atteinte que lui portent les alinéas ajoutés en 2017 à l'article 24 bis soulignerait l'attachement du Conseil à ce droit fondamental et contribuerait sans doute à garantir un accueil favorable à sa décision.

§ 3 L'inconstitutionnalité des deuxième et troisième alinéas de l'article 24 bis

L'extension du délit de négationnisme, telle qu'elle a été opérée en 2017, est contraire à la liberté d'expression et à l'exigence de prévisibilité de la loi pénale.

A Contrariété à la liberté d'expression

Par une jurisprudence constante, le Conseil constitutionnel considère que le législateur peut limiter la liberté d'expression lorsque son exercice porte « atteinte à l'ordre public et aux droits des tiers », à condition que les restrictions soient « nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi »⁸. Or, on ne saurait considérer que l'ensemble des expressions visées par le nouveau délit de négationnisme porte atteinte à l'ordre public ou aux droits des tiers. Si tel est bien l'objectif poursuivi par cette mesure, elle ne lui est aucunement adaptée.

Le Conseil constitutionnel l'a très justement observé dans sa décision du 26 janvier 2017 :

*« si la négation, la minoration ou la banalisation de façon outrancière de certains crimes de génocide, crimes contre l'humanité, crimes de réduction en esclavage ou crimes de guerre peuvent constituer une incitation à la haine ou à la violence à caractère raciste ou religieux, elles ne revêtent pas, par elles-mêmes et en toute hypothèse, ce caractère. [...] Dès lors, la négation, la minoration ou la banalisation de façon outrancière de ces crimes ne peuvent, de manière générale, être réputées constituer par elles-mêmes un abus de l'exercice de la liberté d'expression et de communication portant atteinte à l'ordre public et aux droits des tiers »*⁹.

Le fait que le crime concerné ait fait l'objet d'une condamnation juridictionnelle ne change évidemment rien à ce constat. Il n'existe aucune raison de considérer que toute négation d'un crime reconnu par un tribunal constitue forcément une incitation à la haine, un discours menaçant l'ordre public ou les droits des tiers. Bien qu'il ait parfois laissé entendre, sans pour autant l'affirmer explicitement¹⁰, que l'existence d'une décision de justice était un critère pertinent dans le traitement juridique du négationnisme, le Conseil constitutionnel n'a jamais suggéré que la condamnation d'un crime justifiait à elle seule l'incrimination de sa négation !

Le mécanisme du délit de négationnisme tel qu'il a été élargi en 2017 conduit à incriminer des propos sans même que le Parlement n'ait eu l'occasion de s'interroger sur la fréquence de leur occurrence et sur leur caractère préjudiciable. Il suffit en effet qu'une juridiction française ou internationale prononce une condamnation pour génocide, crime contre l'humanité, crime de guerre ou crime d'esclavage pour que la négation, la minoration ou la banalisation outrancière de ce crime devienne répréhensible en droit français. Ainsi, depuis que les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens ont condamné deux anciens Khmers rouges pour génocide¹¹, il est interdit en France de contester ce crime. Il est de même

⁸ Voir par exemple la décision n° 2012-746 DC du 28 février 2012, cons. 5.

⁹ Décision n° 2016-745 DC du 26 janvier 2017, par. 194.

¹⁰ Voir Th. Hochmann, « Le Conseil constitutionnel et l'art de la suggestion. À propos du critère de la condamnation juridictionnelle du crime nié », in Thomas Hochmann et Patrick Kasparian (dir.), *L'extension du délit de négationnisme*, LGDJ, 2019, p. 37-57.

¹¹ Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens, 16 novembre 2018, *Chea Nuon et Samphan Khieu*. Ces « chambres extraordinaires » constituent une juridiction internationale.

défendu de nier les crimes contre l'humanité reconnus par la Cour pénale internationale contre Bosco Ntaganda¹². Il ne s'agit pas ici de défendre de tels propos, mais de souligner le caractère extrêmement large de cette restriction de la liberté d'expression.

L'exemple d'Yves Ternon suffira peut-être à démontrer le caractère extrêmement problématique des nouveaux alinéas de l'article 24 bis. Cet historien, qui a joué un rôle important dans la lutte contre les négationnismes¹³, considère que le massacre de Srebrenica est bien un affreux crime contre l'humanité, mais pas un génocide à proprement parler¹⁴. Dès lors qu'une juridiction internationale a qualifié ce crime de génocide¹⁵, ces affirmations enfreindraient aujourd'hui la loi française. S'il les répétait, il encourrait une condamnation sur le fondement de l'article 24 bis de la loi de 1881, le même qui permet de condamner ceux qui nient la Shoah. Peut-on vraiment considérer, de manière abstraite, que toute expression d'un désaccord avec l'appréciation d'un tribunal est une incitation à la haine, un propos raciste qui mérite d'être incriminé ?

B Contrariété à l'exigence de prévisibilité de la loi pénale

Dans sa décision du 26 janvier 2017, le Conseil constitutionnel remarquait que l'incrimination de la négation d'actes qui n'avaient pas fait l'objet d'une qualification juridique par un tribunal faisait « peser une incertitude » sur l'exercice de la liberté d'expression¹⁶. Il est clair qu'une référence générale à l'intervention d'une décision de justice ne remédie pas à ce vice. Une description précise de l'article 24 bis nécessite en effet de connaître la liste, en constante évolution, de l'ensemble des génocides, des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité, des crimes de réduction en esclavage et d'exploitation d'une personne réduite en esclavage qui ont fait l'objet d'une condamnation par une juridiction française ou internationale. Ce n'est pas là une mince affaire, et cette difficulté permet d'ailleurs d'expliquer que l'article 24 bis ait été exclu de la première version de la proposition de loi visant à lutter contre la haine sur Internet. Au vu de l'extrême complexité de cette disposition, il est en effet illusoire de penser que Facebook ou Twitter seront en mesure de savoir, dans un délai de vingt-quatre heures, si un contenu lui contrevient manifestement.

Pour conclure, il convient de souligner que la décision que le Conseil ne manquera pas de prononcer n'implique nullement l'inconstitutionnalité de toute extension du délit de négationnisme au-delà de celui de la Shoah. Si le Parlement considère, par exemple, que la négation du génocide des Tutsi au Rwanda est une expression dangereuse, préjudiciable, il peut décider de l'interdire. Mais c'est uniquement au cas par cas, en s'interrogeant sur les conséquences sociales de la négation d'un crime particulier, que le législateur peut étendre le délit de négationnisme¹⁷. La garantie de la liberté d'expression ne s'accommode pas d'une répression en bloc comme celle qui est actuellement en vigueur. Il est urgent que le Conseil constitutionnel mette un terme à cette situation.

¹² Cour pénale internationale, 7 novembre 2019, *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, ICC-01/04-02/06.

¹³ Voir par exemple Yves Ternon, *Du négationnisme. Mémoire et tabou*, Desclée de Brouwer, 1999. Voir aussi ses mémoires récemment publiés, *Frère arménien, frère juif, frère tutsi*, L'Archipel, 2019.

¹⁴ « Yves Ternon : 'Le décision de la CIJ sur Srebrenica ouvre une boîte de Pandore' », *Le Monde*, 2 mars 2007, www.lemonde.fr.

¹⁵ Voir par exemple Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, 24 mars 2016, *Prosecutor v. Radovan Karadžić*.

¹⁶ Décision n° 2016-745 DC du 26 janvier 2017, par. 196.

¹⁷ Voir Michel Troper, « La loi Gayssot et la Constitution », *Annales*, 1999, p. 1255.

Bastien Le Querrec et Daniele Pitrolo
Associations La Quadrature du Net et Franciliens.net
60, rue des Orteaux
75020 Paris

Monsieur le président du Conseil constitutionnel,
Mesdames et Messieurs les membres du Conseil
constitutionnel,
2, rue de Montpensier
75001 Paris

Paris, le 25 mai 2020.

Objet : Contribution extérieure des associations La Quadrature du Net et Franciliens.net sur la loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet (affaire n° 2020-801 DC)

Monsieur le président,
Mesdames et Messieurs les membres du Conseil constitutionnel,

La Quadrature du Net est une association qui œuvre à la défense des libertés à l'ère du numérique. Franciliens.net est un fournisseur d'accès à Internet. À ce titre, les deux associations ont, durant les débats parlementaires de la proposition de loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet, attiré l'attention du public et des parlementaires notamment sur les articles 1^{er} et 6 du texte, qui, pour plusieurs raisons, nous semblent contraires à la Constitution. Nous avons ainsi l'honneur de vous adresser cette présente contribution extérieure au nom des associations La Quadrature du Net et Franciliens.net afin de démontrer l'inconstitutionnalité de ces deux articles.

I. Sur le délai d'une heure en matière de censure antiterroriste

Le I de l'article 1^{er} de la loi qui vous est déférée modifie le régime de censure administrative du Web, dont il faut brièvement rappeler l'historique.

L'article 4 de la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 a ajouté un cinquième alinéa au 7 du I de l'article 6 de la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN). Cette disposition a donné à l'administration un pouvoir jusqu'ici réservé à l'autorité judiciaire : exiger que les fournisseurs d'accès à Internet bloquent les sites qu'elle désigne comme diffusant des images d'abus d'enfant. Dans la limite de la lutte contre de telles images, le Conseil constitutionnel avait reconnu cette disposition conforme à

la Constitution dans sa décision n° 2011-625 DC du 10 mars 2011.

Trois ans plus tard, l'article 12 de la loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 a déplacé cette disposition à l'article 6-1 de la LCEN en y apportant d'importantes modifications. La principale modification a été d'étendre cette censure aux sites que l'administration considère comme relevant du terrorisme – et ce toujours sans appréciation préalable d'un juge. Le Conseil constitutionnel n'a jamais examiné la constitutionnalité d'une telle extension.

Six ans plus tard, aujourd'hui, le I de l'article 1^{er} de la loi déferée modifie encore cette disposition. La principale modification est de réduire à une heure le délai, jusqu'alors de 24 heures, dont disposent les sites et hébergeurs Web pour retirer un contenu signalé par l'administration avant d'être bloqués par les fournisseurs d'accès à Internet et moteurs de recherche.

C'est la réduction de ce délai que le Conseil constitutionnel examine aujourd'hui. Il ne fait pas débat que le dispositif de censure administrative et, par là-même, la réduction du délai de ce dispositif, porte atteinte à la liberté d'expression. S'il est de jurisprudence constante que le droit à la liberté d'expression est un droit fondamental protégé par le Conseil constitutionnel, il sera démontré ci-dessous que l'atteinte portée par la loi qui vous est déferée est disproportionnée et contraire à la Constitution.

Sur le défaut d'adéquation

En droit, la jurisprudence du Conseil constitutionnel exige que « *toute mesure restreignant un droit fondamental [...] doit être adéquate, c'est-à-dire appropriée, ce qui suppose qu'elle soit a priori susceptible de permettre ou de faciliter la réalisation du but recherché par son auteur* »¹.

En l'espèce, aucun site ou hébergeur Web n'est techniquement capable de supprimer en une heure l'ensemble des contenus que l'administration est susceptible de lui signaler. L'exemple le plus flagrant est celui de la vidéo de la tuerie de Christchurch du 15 mars 2019. Facebook a expliqué² que, au cours des 24 heures suivant la publication de la vidéo sur sa plateforme, ses services de modération ont supprimé 1,2 million de copies de la vidéo, mais ont échoué à en bloquer 300 000 autres copies. Si Facebook, avec ses milliers de modérateurs et ses algorithmes de pointe, a échoué à retirer entièrement cette vidéo en 24 heures, il est certain que la vaste majorité des hébergeurs seront parfaitement incapables de le faire en seulement une heure.

De façon plus triviale, mais tout aussi probante, les très nombreux sites ou hébergeurs Web, dont les administrateurs techniques ne travaillent ni la nuit ni le week-end, seront dans l'impossibilité de retirer en une heure les contenus signalés par la police au cours de ces périodes. Il en va ainsi par exemple de La Quadrature du Net, qui héberge 24 000 utilisateurs sur son réseau social mamot.fr, et dont les administrateurs techniques, bénévoles, ne travaillent ni la nuit ni le week-end.

En conclusion, le nouveau délai ne correspondant à aucune réalité technique, il n'est manifestement

1. « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », Valérie Goesel-Le Bihan, *Cahier du Conseil constitutionnel*, n° 22 (juin 2007), <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-controle-de-proportionnalite-exerce-par-le-conseil-constitutionnel>

2. « Update on New Zealand », *Facebook Newsroom*, 18 mars 2019, <https://newsroom.fb.com/news/2019/03/update-on-new-zealand>

pas adéquat.

Sur le défaut de nécessité

En droit, une mesure restreignant un droit fondamental n'est conforme à la Constitution que si elle « *n'excède pas ce qui est nécessaire à la réalisation de l'objectif poursuivi* »³.

En l'espèce, le gouvernement n'a jamais produit la moindre étude ou analyse pour expliquer en quoi les contenus terroristes devraient systématiquement être censurés en moins d'une heure. La recherche scientifique est pourtant riche à ce sujet, et va plutôt dans un sens contraire. En 2017, l'UNESCO publiait un rapport⁴ analysant 550 études concernant la radicalisation des jeunes sur Internet. Le rapport conclut que « *les données dont on dispose actuellement sur les liens entre l'Internet, les médias sociaux et la radicalisation violente sont très limitées et ne permettent pas encore de tirer des conclusions définitives* » et que « *les données sont insuffisantes pour que l'on puisse conclure à l'existence d'un lien de cause à effet entre la propagande extrémiste ou le recrutement sur les réseaux sociaux et la radicalisation violente des jeunes* ». Le rapport souligne que « *les tentatives pour prévenir la radicalisation violente des jeunes sur l'Internet n'ont pas fait la preuve de leur efficacité, alors qu'il est clair qu'elles peuvent porter atteinte aux libertés en ligne, en particulier la liberté d'expression* ». La radicalisation semble avant tout résulter d'interactions interpersonnelles et non de propagande en ligne – par exemple, Mohammed Merah, Mehdi Nemmouche, Amedy Coulibaly et les frères Kouachi n'avaient pas d'activité en ligne⁵ en lien avec le terrorisme.

Puisque, dans la majorité des cas, il semble peu utile de censurer la propagande terroriste en ligne, il n'est manifestement pas nécessaire de la censurer systématiquement en moins d'une heure. Dans les cas où la censure rapide d'un contenu particulièrement dangereux serait requise, il suffirait de déterminer au cas par cas l'urgence nécessaire pour ce faire. C'est la solution qui a toujours résulté de l'application de la LCEN depuis 2004. Par exemple, en 2012, un hébergeur Web a été définitivement condamné⁶ par la cour d'appel de Bordeaux pour ne pas avoir retiré en moins de 24 heures un contenu particulièrement sensible – des écoutes téléphoniques réalisées au cours de l'enquête judiciaire sur l'affaire AZF.

En conclusion, il n'est pas nécessaire d'exiger que les contenus terroristes soient systématiquement retirés en une heure dans la mesure où le droit antérieur suffit largement pour atteindre l'objectif poursuivi.

Sur le défaut de proportionnalité

En droit, « *toute mesure restreignant un droit fondamental [...] doit enfin être proportionnée au sens strict : elle ne doit pas, par les charges qu'elle crée, être hors de proportion avec le résultat recherché* »⁷.

3. Valérie Goesel-Le Bihan, *op. cit.*

4. *Les Jeunes et l'extrémisme violent dans les médias sociaux : inventaire des recherches*, 2018, <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000261841>

5. Damien Leloup, « Paris, Bruxelles, Toulouse... la radicalisation des terroristes n'a pas eu lieu sur le Web », *Le Monde*, 12 janvier 2015, https://www.lemonde.fr/pixels/article/2015/01/12/paris-bruxelles-toulouse-la-radicalisation-des-terroristes-n-a-pas-eu-lieu-sur-le-web_4554384_4408996.html

6. Cour d'appel de Bordeaux, civ. 1^{re}, sect. B, 10 mai 2012, *Krim K. c. Amen SAS et Pierre G.*, n° 11/01429

7. Valérie Goesel-Le Bihan, *op. cit.*

En l'espèce, le délai d'une heure est si court qu'il accroît hors de toute proportion acceptable les risques d'erreurs et d'abus.

Premièrement, l'urgence imposée par ce nouveau délai conduira à une multitude d'erreurs techniques et à retirer davantage de contenus que nécessaire. Ces erreurs seront d'autant plus probables que la plupart des hébergeurs n'auront jamais les moyens organisationnels de grandes plateformes comme Google ou Facebook. Trop souvent, dans l'urgence et sans organisation dédiée pour ce faire, la meilleure façon de retirer une image ou une vidéo en moins d'une heure sera de bloquer l'accès à l'ensemble d'un service. Ce type de dysfonctionnement n'est ni rare ni limité aux petites structures : en octobre 2016, en tentant d'appliquer l'article 6-1 de la LCEN, Orange avait bloqué par erreur⁸ l'accès à Google, Wikipédia et OVH pour l'ensemble de ses utilisateurs.

Deuxièmement, ce nouveau délai intervient dans un contexte juridique qui était déjà particulièrement flou. Les « *actes de terrorisme* » visés à l'article 421-2-5 du Code pénal, auquel l'article 6-1 de la LCEN renvoie, ne sont pas explicitement définis par la loi française. Il faut se référer à l'article 3 de la directive 2017/541, relative à la lutte contre le terrorisme, pour en avoir une définition textuelle. Il s'agit notamment du fait, ou de la tentative, de « *causer des destructions massives [...] à un lieu public ou une propriété privée* », quand bien même aucun humain n'aurait été mis en danger et que le risque se limiterait à des « *pertes économiques* ». Pour relever du terrorisme, il suffit que l'acte vise à « *contraindre indûment des pouvoirs publics ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque* ».

Ainsi, même s'il peut sembler évident de qualifier de terroriste une vidéo revendiquant un attentat meurtrier, cette qualification est beaucoup moins évidente s'agissant de propos politiques bien plus triviaux qui, d'une façon ou d'une autre, peuvent être liés à des destructions matérielles. Il peut s'agir par exemple d'appels vigoureux à aller manifester, ou encore de l'éloge de mouvements insurrectionnels historiques (prise de la Bastille, propagande par le fait, sabotage luddite...). Les hébergeurs n'auront plus qu'une heure pour apprécier des situations qui, d'un point de vue juridique, sont tout sauf univoques. Devant la menace d'importantes sanctions, les hébergeurs risquent de censurer quasi-automatiquement la plupart des contenus signalés par l'administration, sans la moindre vérification sérieuse.

Troisièmement, l'article 6-1 de la LCEN échoue à compenser le défaut de contrôle judiciaire préalable en prévoyant qu'une personnalité qualifiée de la CNIL, informée de toutes les demandes de censure émises par l'administration, puisse contester celles-ci devant les juridictions administratives. Dans les faits et depuis 2015, cette personnalité qualifiée est Alexandre Linden, qui n'a eu de cesse de dénoncer l'absence d'effectivité de sa mission. Il concluait ainsi son dernier rapport de 2019⁹, quant aux façons d'améliorer les conditions d'exercice de sa mission : « *On peut une nouvelle fois légitimement s'interroger sur l'utilité de formuler des préconisations à l'issue de cette quatrième année d'activité, lorsque l'on constate que les préconisations mentionnées dans les trois premiers rapports d'activité n'ont pas été prises en compte par les autorités publiques [...]. Cette situation compromet l'effectivité de son contrôle sur l'ensemble des demandes de retrait de contenus, de blocage ou de déréférencement* ». Ne pouvant mener correctement cette mission, la CNIL a demandé au gouvernement qu'elle lui soit retirée – ce que l'article 7, IV, 3°, de la loi déferée a réalisé en

8. Voir le communiqué du ministère de l'Intérieur : <https://www.interieur.gouv.fr/Archives/Archives-des-communiqués-de-presse/2016-Communiqués/Redirection-vers-la-page-de-blocage-des-sites-terroristes-pour-les-clients-de-l-opérateur-orange>

9. Alexandre Linden, *Rapport d'activité 2018 de la personnalité qualifiée*, CNIL, 27 mai 2019, https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/cnil_rapport_blocage_2018_web.pdf

confiant désormais cette mission au CSA.

Quatrièmement, à défaut d'intervention préalable de l'autorité judiciaire, cette nouvelle urgence permettra à l'administration d'abuser plus facilement de son pouvoir, tel qu'elle a déjà pu le faire. En septembre et octobre 2017, par exemple, la police nationale a invoqué l'article 6-1 de la LCEN pour exiger aux hébergeurs Indymedia Nantes et Indymedia Grenoble de retirer quatre tribunes anarchistes faisant l'apologie d'incendies de véhicules de la police et de la gendarmerie. La personnalité qualifiée de la CNIL, informée de ces demandes de censure, en a contesté la légalité devant le tribunal administratif de Cergy-Pontoise. Il a fallu attendre le 4 février 2019 pour que ce dernier reconnaisse¹⁰ que la police avait abusé de ses pouvoirs dans l'ensemble des quatre demandes. Ainsi, l'administration a pu contourner la justice pendant un an et demi afin de censurer des opposants politiques. Réduire à une heure le délai laissé aux hébergeurs pour évaluer un contenu signalé par la police ne fera qu'accroître les risques que celle-ci abuse de son pouvoir.

En conclusion, le nouveau délai d'une heure aggrave hors de toute proportion acceptable les risques d'erreurs techniques ou juridiques propres au dispositif de censure administrative, ainsi que les risques d'abus de la part d'une administration qui échappe à tout contre-pouvoir effectif.

Il est utile de souligner que, si le projet de règlement européen visant à lutter contre les contenus terroristes en ligne prévoit aussi un délai d'une heure pour retirer les contenus signalés, ce délai est le principal point de désaccord du débat législatif concernant ce texte, et ce débat est loin d'être achevé. Au cours du dernier examen du Parlement européen, un amendement¹¹ de Mme Eva Joly a proposé de remplacer le « *délai d'une heure* » par « *les plus brefs délais* » : cet amendement n'a été rejeté qu'à 297 voix favorables contre 300 voix défavorables¹², et ce alors même que le texte prévoit davantage de garanties que le droit français, en exigeant notamment que l'injonction de retrait ne puisse être émise que par « *une autorité judiciaire ou une autorité administrative fonctionnellement indépendante* »¹³.

II. Sur le nouveau régime de censure en 24 heures

Le II de l'article 1^{er} de la loi qui vous est déférée ajoute un article 6-2 à la LCEN, qui crée un nouveau régime de responsabilité spécifique à certains intermédiaires techniques et à certaines infractions. Ce nouveau régime est contraire à la Constitution en raison de l'atteinte disproportionnée à la liberté d'expression qu'elle entraîne, au moins de deux façons.

Sur les plateformes concernées

L'objectif de ce nouveau régime est de contenir la diffusion des discours de haine et de harcèlement sur les grandes plateformes commerciales, en premier titre desquelles Facebook, Youtube et Twitter, en leur imposant des obligations spécifiques. Toutefois, cette obligation ne pèse pas seulement sur les grandes

10. TA Cergy-Pontoise, 4 févr. 2019, n° 1801344, 1801346, 1801348 et 1801352

11. Voir l'amendement n° 157 : https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2019-0193-AM-156-157_FR.pdf

12. Voir les résultats du vote, page 17, à propos de l'amendement n° 157 : <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+PV+20190417+RES-VOT+DOC+PDF+V0//FR&language=FR>

13. Voir article 17, §1, du texte adopté par le Parlement européen : https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0421_FR.html

plateformes commerciales, à l'origine du problème, mais sur tout « *opérateur* » visé à l'article L. 111-7 du code de la consommation et dont le nombre d'utilisateurs dépasse un seuil fixé par décret (que l'on nous annonce à 2 millions). En pratique, des sites sans activité commerciale, tel que Wikipédia, seront aussi concernés.

Pourtant, le modèle de modération de ces plateformes non-commerciales, qui repose sur une communauté bénévole et investie, a pu se montrer plus efficace pour limiter la diffusion de la haine et du harcèlement que les grandes plateformes commerciales. Ce constat n'est remis en cause ni par la rapporteure de la loi déferée ni par le gouvernement. Tout en restant perfectibles, les plateformes non-commerciales satisfont déjà largement l'objectif poursuivi par la loi déferée. Il n'est pas nécessaire de leur imposer de nouvelles obligations qui nuiront à leur développement et à la liberté de communication de leurs utilisateurs.

En conséquence, ce nouveau régime porte une atteinte disproportionnée au droit à la liberté d'expression. À titre subsidiaire, ce nouveau régime ne pourrait être conforme à la Constitution qu'à la condition que son champ d'application soit interprété de façon à exclure les plateformes non-lucratives, par exemple tel que le prévoit l'actuel projet de loi relatif à la communication audiovisuelle¹⁴ dont l'article 16, qui crée un nouveau régime de responsabilité en matière de droit d'auteur, ne s'applique qu'aux opérateurs qui organisent et promeuvent les contenus hébergés en vue d'un tirer un profit, direct ou indirect.

Sur le délai de 24 heures

Le nouveau régime impose un délai de 24 heures pour retirer les contenus signalés. La disproportion de ce nouveau délai résulte des mêmes constats déjà détaillés pour le nouveau délai d'une heure imposé en matière de terrorisme.

Le délai de 24 heures n'est pas adéquat, car il ne sera techniquement pas réaliste – même Facebook échoue à supprimer en 24 heures les pires vidéos terroristes. Le délai de 24 heures n'est pas nécessaire, car le droit actuel suffit largement pour fixer au cas par cas, en fonction de la gravité de chaque contenu, la célérité requise pour le retirer. Le délai de 24 heures n'est pas proportionné, car il aggraverait les risques d'abus par la police, qui pourra plus facilement faire exécuter des demandes de censure excessives que les hébergeurs avaient, jusqu'alors, le temps d'analyser et de refuser.

En conséquence, le II de l'article 1^{er} de la loi déferée porte une atteinte manifestement disproportionnée au droit à la liberté d'expression.

III. Sur l'augmentation des sanctions pénales

L'article 6 de la loi déferée fait passer de 75 000 euros à 250 000 euros le montant de l'amende prévue au 1 du VI de l'article 6 de la LCEN et qui sanctionne les fournisseurs d'accès à Internet et les hébergeurs qui ne conservent pas pendant un an les données de connexion de l'ensemble de leurs utilisateurs.

Aucun élément n'a été avancé pour justifier une telle augmentation. Au contraire, l'actualité jurisprudentielle européenne aurait dû entraîner la disparition de cette sanction. Comme La Quadrature du Net a déjà eu l'occasion de l'exposer au Conseil constitutionnel, la Cour de justice de l'Union européenne

14. http://www.assemblee-nationale.fr/15/textes/2488.asp#D_Article_16

a, dans son arrêt *Tele2* du 21 décembre 2016, déclaré qu'une telle mesure de conservation généralisée est contraire à la Charte des droits fondamentaux de l'Union.

En conséquence, l'article 6 de la loi déférée est contraire à la Constitution en ce qu'il augmente le montant d'une amende pénale sans que cette augmentation ne soit nécessaire à la poursuite d'aucun objectif légitime.

**

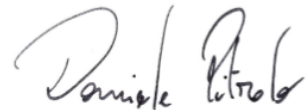
Pour ces motifs, les associations La Quadrature du Net et Franciliens.net estiment que les articles 1^{er} et 6 de la loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet sont contraires à la Constitution.

Nous vous prions de croire, Monsieur le président, Mesdames et Messieurs les membres du Conseil constitutionnel, l'assurance de notre plus haute et respectueuse considération.

Pour La Quadrature du Net,
Bastien Le Querrec

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'BL' with a stylized flourish underneath.

Pour Franciliens.net,
Daniele Pitrolo

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Daniele Pitrolo' in a cursive script.

Contribution extérieure

auprès du

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

sur la saisine n° 2020-801 DC du 18 mai 2020

produite par Mesdames et Messieurs

**Danièle OBONO, Clémentine AUTAIN, Ugo BERNALICIS, Éric COQUEREL,
Alexis CORBIÈRE, Caroline FIAT, Bastien LACHAUD, Michel LARIVE,
Jean-Luc MÉLENCHON, Mathilde PANOT, Loïc PRUD'HOMME, Adrien
QUATENNENS, Jean-Hugues RATENON, Muriel RESSIGUIER, Sabine
RUBIN, François RUFFIN, Bénédicte TAURINE,**

député·es, membres du groupe parlementaire de la France insoumise.

Monsieur le Président, Mesdames, Messieurs les membres du Conseil,

L'Assemblée nationale a adopté le 13 mai 2020, en procédure accélérée, la proposition de loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet. Le Conseil constitutionnel a été destinataire, en vertu de l'article 61 de la Constitution, d'une saisine émanant de plusieurs sénateurs et sénatrices afin de s'assurer de la constitutionnalité de ce texte de loi avant son éventuelle promulgation (saisine 2020-801 DC du 18 mai 2020).

Les sénateurs et sénatrices auteurs de la saisine soulèvent, parmi d'autres griefs, que l'article 1er (I & II) porte atteinte à la liberté d'expression et de communication et que la procédure d'adoption du I de ce même article a méconnu la règle dite de « l'entonnoir ».

Il nous apparaît que le texte soumis à votre examen est non conforme à la Constitution en plusieurs aspects non directement soulevés dans la saisine sénatoriale. La proposition de loi est en effet en contradiction avec le principe à valeur constitutionnel de séparation des pouvoirs, avec le champ protégé des

articles 10 et 11 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789 mis en perspective avec l'article 66 de la Constitution du 4 octobre 1958, ainsi qu'avec le principe d'égalité devant la loi consacré à l'article 1er de la Constitution du 4 octobre 1958.

Nous adhérons aux griefs soulevés par les sénateurs et sénatrices, et concentrerons donc l'exposé de nos griefs sur les dispositions suivantes du texte soumis à votre examen.

Sur la non-conformité de l'article 1 au principe constitutionnel de séparation des pouvoirs

Sur les dispositions de l'article 1 de la proposition de loi contestées au regard du principe de séparation des pouvoirs

Introduites par un amendement déposé tardivement par le Gouvernement lors de la nouvelle lecture de cette proposition de loi en séance publique à l'Assemblée nationale, les dispositions du I de l'article 1^{er} modifiant l'article 6-1 de loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique modifient le délai de retrait autorisé aux *“personnes dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public en ligne”* lorsque ce contenu est signalé par une autorité administrative comme relevant de la provocation à des actes terroristes ou de l'apologie de tels actes au sens de l'article 421-2-5 du code pénal, ou de contenus pédopornographiques au sens de l'article 227-23 de ce même code. Ce délai passe ainsi de 24h auparavant à 1 heure désormais.

Sur le principe constitutionnel de séparation des pouvoirs en droit

Vous avez, dans plusieurs décisions, précisé la portée du principe de séparation des pouvoirs, découlant de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789, en soulignant le caractère spécifique des fonctions juridictionnelles, sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur ou la législature, ni le Gouvernement, non plus qu'aucune autorité administrative (2008-562 DC du 21 février 2008 et 2011-192 QPC du 10 novembre 2011).

Vous avez également rappelé que : *« le principe de séparation des autorités chargées de l'action publique et des autorités de jugement interdit, en matière de crimes et de délits, que le prononcé de sanctions pénales puisse résulter de la seule diligence d'une autorité chargée de l'action publique »* (n°2004-492 DC); et que : *« les autorités de poursuite et de jugement doivent être séparés ; dès lors,*

on se saurait permettre qu'un membre du conseil supérieur de l'ordre des vétérinaires, qui aurait engagé des poursuites disciplinaires ou accompli des actes d'instruction, siège au sein de la chambre supérieure de discipline » (QPC n°2011-199 du 25 novembre 2011)

Par ailleurs, le Conseil d'Etat a également précisé, dans son avis rendu le 16 mai 2019 sur la proposition de loi que : *« La suppression d'un contenu odieux sur Internet est un acte particulièrement radical au regard de la protection dont jouit la liberté d'expression consacrée à l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Le retrait de contenu ne peut donc généralement être opéré que par le juge judiciaire ou à tout le moins sous son contrôle : c'est l'équilibre traditionnel que valide le Conseil constitutionnel, qui n'a accepté des injonctions administratives que lorsqu'elles portent sur un blocage d'adresses Internet pour des sujets en relation avec des crimes graves (pédopornographie et terrorisme) et sont prononcées sous le contrôle étroit du juge (2011-625 DC du 10 mars 2011) »*

Sur l'application du principe constitutionnel de séparation des pouvoirs au cas d'espèce

Or, au terme de la nouvelle rédaction de l'article 6-1 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique introduite par la proposition de loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet, le mécanisme de retrait institué exclut le contrôle du ou de la juge et donne une compétence disproportionnée aux autorités administratives.

L'exclusion du ou de la juge judiciaire nous apparaît en contradiction avec la garantie du rôle spécifique de la fonction de jugement, tant en terme fonctionnel que personnel, que vous avez souhaité attacher à l'autorité judiciaire dans les décisions précitées.

Cette exclusion du ou de la juge judiciaire ne nous apparaît pas proportionnée en l'état, le type de contenu pouvant être signalé étant frappé d'une particulière imprécision et d'un manque de clarté.

L'article 6-1 loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pose des critères insuffisamment clairs et précis de déclenchement du signalement de contenu par l'autorité administrative et octroie ainsi des compétences disproportionnées à l'autorité administrative.

En effet le texte prévoit que *“lorsque les nécessités de la lutte contre la provocation à des actes terroristes ou l'apologie de tels actes relevant de l'article 421-2-5 du code pénal ou contre la diffusion des images ou des représentations de mineurs relevant de l'article 227-23 du même code le justifient”* les autorités administratives puissent signaler le contenu litigieux.

La notion “de nécessités de la lutte” ici exposée ne permet pas d’encadrer suffisamment les compétences de signalement dévolues aux autorités administratives.

De même cet article ne précise pas le type d’autorités administratives habilitées au signalement, ne soumettant ainsi pas l’exercice de cette compétence à une expertise particulière en matière de lutte contre la provocation à des actes terroristes ou l’apologie de tels actes.

Enfin, l’obligation de retrait automatique du contenu pesant sur les personnes dont l’activité est d’offrir un accès à des services de communication au public ainsi que sur les personnes physiques ou morales qui assurent, même à titre gratuit, pour mise à disposition du public par des services de communication au public en ligne en un délai d’une heure sous peine de sanction est en contradiction avec le principe de séparation des autorités de poursuite et de jugement tel qu’affirmé par votre jurisprudence.

Le défaut de caractérisation suffisamment claire et précise du type de contenu devant entraîner un signalement, du type d’autorité administrative habilitée à émettre des signalements entraînant une obligation automatique du contenu signalé et l’obligation de retrait automatique dans un délai d’une heure apparaissent attribuer des compétences disproportionnées en matière de contrôle de contenus sur internet aux autorités administratives, cela même au regard du but poursuivi de lutte contre la provocation à des actes terroristes ou l'apologie de tels actes.

Cette disproportion des compétences attribuées à l’autorité administrative sans contrôle juridictionnel est contraire au principe de séparation des pouvoirs tel que garanti à l’article 16 de la Déclaration des droits de l’Homme et du Citoyen du 26 août 1789. Ainsi, il nous apparaît, au regard de votre jurisprudence, que le I de l’article 1^{er} est contraire au principe à valeur constitutionnelle de séparation des pouvoirs.

Sur la violation de l'article 66 de la Constitution

Sur les dispositions de la proposition de loi contestées au regard de l'article 66 de la Constitution.

À la violation du principe constitutionnel de séparation des pouvoirs s'ajoute une violation de l'article 66 de la Constitution aux termes duquel l'autorité judiciaire est la gardienne de la liberté individuelle.

La disposition introduite en nouvelle lecture à l'Assemblée nationale (art 1er, I) exige que tous les sites internet, et pas seulement les grandes plateformes, censurent en une heure les contenus signalés par l'autorité administrative comme relevant des infractions citées plus haut, et prévoit qu'en cas d'absence de censure par le site dans le délai imparti, cette autorité administrative puisse exiger son blocage par les fournisseurs d'accès à Internet. Quant aux dispositions prévues au II de l'article 1^{er}, elles prévoient de soumettre les plateformes à l'obligation « *de retirer ou de rendre inaccessible, dans un délai de vingt-quatre heures après notification par une ou plusieurs personnes, tout contenu contrevenant manifestement aux dispositions mentionnées aux cinquième, septième et huitième alinéas de l'article 24, à l'article 24 bis et aux troisième et quatrième alinéas de l'article 33 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, aux articles 222-33, 227-23 et 421-2-5 du code pénal ainsi que, lorsque l'infraction porte sur un contenu à caractère pornographique, à l'article 227-24 du même code* ». Les plateformes doivent par conséquent retirer un contenu manifestement haineux dans un délai de 24h après notification.

Par ailleurs, elles doivent également se conformer « *aux délibérations qu'adopte le Conseil supérieur de l'audiovisuel* », accuser « *réception sans délai de toute notification qui leur est adressée [...]. Cet accusé de réception fait mention de la date et de l'heure de la notification concernée ainsi que du contenu visé. [Elles informent] l'auteur d'une notification des suites données à cette dernière ainsi que des motifs de leur décision dans un délai à compter de la réception de la notification, de vingt-quatre heures lorsqu'elles retirent ou rendent inaccessible le contenu ou, à défaut, dans un délai de sept jours* », et mettre « *en œuvre les procédures et les moyens humains et, le cas échéant, technologiques proportionnés permettant de garantir le traitement dans les meilleurs délais des notifications reçues et l'examen approprié des contenus notifiés ainsi que de prévenir les risques de retrait injustifié* » (article 4)

Sur l'article 66 de la Constitution en droit

Il résulte logiquement de l'article 66 de la Constitution du 4 octobre 1958 aux termes duquel l'autorité judiciaire est la gardienne de la liberté individuelle, que la liberté individuelle voit sa garde confiée à l'autorité judiciaire (n° 76-75 DC du 12 janvier 1977) et qu'il appartient à cette même autorité judiciaire d'en assurer la sauvegarde sur tous ces aspects (n°83-164 DC du 29 décembre 1983). Vous avez estimé que la liberté d'expression et de communication, consacrée aux articles 10 et 11 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789, est d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés (n°84-181 DC du 11 octobre 1984). Si l'on rapproche cette jurisprudence en matière de garantie de la liberté d'expression et de communication de celle de l'article 66, il n'apparaît pas concevable de prévoir que des entités privées ou une autorité administrative puisse limiter l'expression d'un individu sans intervention préalable du ou de la juge judiciaire. Vous avez par ailleurs placé le contentieux relatif à la liberté d'expression et de communication, sous le contrôle du juge judiciaire (2011-625 DC du 10 mars 2011 précitée)

Sur l'application de l'article 66 au cas d'espèce

A la lecture de l'article 1, les plateformes sont enjointes non seulement de déterminer ce qu'est un contenu manifestement illicite au sens de l'article mais également de procéder au retrait de celui-ci s'il a été jugé tel dans un délai de 24h, sous peine de sanctions décidées par le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA).

Le circuit de détermination d'un contenu manifestement illicite au sens de la proposition de loi contestée, de retrait du contenu et de sanction le cas échéant est exclusif du ou de la juge judiciaire. Ces dispositions organisent un basculement d'une part substantielle du contentieux relatif à la liberté d'expression et de communication vers des entités de droit privé et une autorité administrative indépendante.

Le dispositif ne prévoit ainsi l'intervention du ou de la juge judiciaire que dans des hypothèses restreintes : il *“peut prescrire en référé ou sur requête aux opérateurs mentionnés aux premier et deuxième alinéas du I toutes mesures propres à prévenir ou faire cesser un dommage occasionné par un contenu contrevenant aux dispositions mentionnées au premier alinéa du même I ou par le retrait d'un contenu par un opérateur, dans les conditions prévues au 8 du I de*

l'article 6 de la présente loi et à l'article 835 du code de procédure civile'' (III de l'article 1er).

La ou le juge judiciaire n'est ainsi amené à intervenir que dans un troisième temps, après le contrôle et la décision des plateformes puis éventuellement du Conseil supérieur de l'audiovisuel dont les pouvoirs sont élargis [au détriment de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), pourtant chargée de veiller à ce que l'informatique ne porte pas atteinte aux droits et libertés fondamentaux]. Le CSA est en effet compétent pour élaborer des recommandations à destination des plateformes, mettre en demeure puis éventuellement prononcer de lourdes sanctions pécuniaires à leur égard (article 7)

L'intervention du ou de la juge en matière de protection de la liberté d'expression n'intervient qu'*a posteriori* du retrait effectué, ne permettant ni de protéger contre un retrait abusif, ni de réparer efficacement le dommage causé, ces mesures ne respectent les exigences du cadre juridictionnel que vous avez souhaité donné à la liberté d'expression (2011-625 DC du 10 mars 2011).

Les mesures larges de retrait de contenu mises en place par les dispositions contestées sont insuffisamment encadrées par un contrôle juridictionnel ne garantissant pas une protection suffisante du droit à la liberté d'expression tel que garanti par la Constitution du 4 octobre 1958.

Par conséquent, les dispositions de la présente proposition de loi nous apparaissent contraire à l'article 66 de la Constitution.

Sur la non-conformité de l'article 1 au principe constitutionnel d'égalité tel que garanti à l'article 1 de la Constitution française du 4 octobre 1958

Sur les dispositions de l'article 1 (alinéas 8 et suivants) de la proposition de loi contestées au regard du principe d'égalité

L'article 1 met en place une obligation pour les opérateurs de plateformes en ligne au sens de l'article L.111-7 du code de la consommation dans les 24h suivant leur signalement, de retrait de contenus signalés contrevenant manifestement notamment aux interdictions légales suivantes :

- apologie des crimes visés au premier alinéa, des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité, des crimes de réduction en esclavage ou

d'exploitation d'une personne réduite en esclavage ou des crimes et délits de collaboration avec l'ennemi, y compris si ces crimes n'ont pas donné lieu à la condamnation de leurs auteurs définis aux articles 6, 7 et 8 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale du 17 juillet 1998 et aux articles 211-1 à 212-3, 224-1 A à 224-1 C et 461-1 à 461-31 du code pénal;

- injures commises dans les mêmes conditions envers une personne ou un groupe de personnes à raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle, de leur identité de genre ou de leur handicap.

Sur le principe d'égalité en droit constitutionnel

Le principe d'égalité devant la loi est un des principes cardinaux garanti dans le bloc de constitutionnalité. Ce principe garantit à l'article 1er de la Constitution du 4 octobre 1958 exclut la mise en place d'un traitement différencié sur le motif des discriminations interdites (origine, race ou religion) telles qu'il les énumère.

Cette interdiction stricte n'admet aucun tempérament au vu d'autres objectifs constitutionnels comme vous l'avez rappelé dans votre décision n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007. Elle implique également une obligation renforcée pesant sur l'organe législatif de garantie de non-discrimination par la loi.

Sur l'application du principe d'égalité en l'espèce

L'article 1 de la proposition de loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet impose le retrait des contenus dont le caractère doit apparaître manifestement comme contrevenant à des formes d'expressions publiques explicitement interdites. L'appréciation du caractère manifestement illicite de l'expression est dévolue aux plateformes en ligne au sens de l'article L.111-7 du code de la consommation.

Or, une part toujours plus substantielle des activités de modération de contenus sur les plateformes susmentionnées est prise en charge par des systèmes automatisés (algorithmes). Les systèmes automatisés produisent des effets discriminants dans le champ des discriminations interdites¹.

¹ Les effets discriminants des algorithmes utilisés par les plateformes en ligne sont étudiés notamment dans les ouvrages suivants : Safiya Umoja Noble, *Algorithms of Oppression: How Search Engines Reinforce Racism*, NYU Press, 2018; Cathy O'Neil, *Weapons of Math Destruction*, Crown Books, 2016.

Dans son rapport “Comment permettre à l’Homme de garder la main ? Les enjeux éthiques des algorithmes et de l’intelligence artificielle” la Commission nationale de l’informatique et des libertés soulignait : *“La propension des algorithmes et de l’intelligence artificielle à générer des biais pouvant conduire à leur tour à créer ou à renforcer des discriminations s’est imposée comme un sujet d’inquiétude et de questionnement. [...] Plusieurs exemples ont récemment illustré de façon particulièrement nette et choquante ce type de biais. En 2015, un logiciel de reconnaissance faciale de Google a ainsi suscité une forte polémique. Un jeune couple d’Afro-Américains s’est rendu compte qu’une de ses photos avait été étiquetée sous le tag « gorille ».”*

Concernant l’appréciation par des algorithmes du caractère manifestement illicite.

Les biais algorithmiques discriminants (qu’il s’agisse de biais par l’apprentissage ou du fait de la formule) peuvent conduire à censurer des contenus utilisant des terminologies apparaissant manifestement discriminantes mais utilisées, par la personne visée (fréquemment ou ponctuellement) pour dénoncer leur portée injurieuse, notamment lorsque la victime d’attaques discriminantes sur internet fait l’objet de signalements détournés par ses agresseurs virtuels.

Le législateur et la législatrice n’ont mis aucune mesure de manière à garantir que les effets discriminants des algorithmes utilisés dans la modération des contenus publiés sur les plateformes en ligne visés par la proposition de loi ne conduisent pas à une sur-censure des contenus publiés par des personnes appartenant à des groupes historiquement discriminés et visant à dénoncer les injures discriminantes reçues.

L’absence de mesures afin d’encadrer les biais algorithmiques discriminants, combinée aux obligations législatives mises en place à l’article 1er de la proposition de loi contestée ne garantissent pas un traitement non-discriminant tel qu’exigé à l’article 1er de la Constitution du 4 octobre 1958. Ce manquement entâche l’article d’incompétence négative, le législateur et la législatrice n’ayant pas épuisé leurs compétences en matière de fixation des règles concernant “les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l’exercice des libertés publiques”, en l’occurrence le droit à l’égalité devant la loi, tels qu’énoncés à l’article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958.

Les dispositions de l'article 1 alinéas 8 et suivants apparaissent ainsi contraire à l'article 1er de la Constitution du 4 octobre 1958.

Pour l'ensemble des raisons précitées, le groupe parlementaire de La France insoumise estime que le Conseil constitutionnel ne peut que censurer les dispositions critiquées de la loi déferée afin d'assurer la protection des droits et libertés constitutionnels.

Notre groupe parlementaire déplore par ailleurs que la lecture définitive de la proposition de loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet, après octroi du dernier mot à l'Assemblée nationale, ait été inscrite à l'ordre du jour dans le contexte d'urgence sanitaire et sociale que nous connaissons. Alors que nous, parlementaires, sommes contraint·es à débattre de textes liberticides dans des délais intenable, et que le contexte d'urgence sanitaire se prêterait davantage à des mesures d'urgence sociale que le Gouvernement et la majorité parlementaire refusent de prendre en considération, la Conférence des présidents de notre Assemblée s'est rabaissée en nous contraignant à discuter et voter ce texte sans caractère urgent et qui piétine notre État de droit.

ALEXIS FITZJEAN Ó COBHTHAIGH
Avocat au Barreau de Paris
5, rue Daunou - 75002 PARIS
Tél. 01.53.63.33.10 - Fax 01.45.48.90.09
afoc@afocavocat.eu

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

CONTRIBUTION EXTÉRIEURE

N° 2020-801 DC

POUR : L'association « Wikimedia France »

CONTRE : La loi visant à lutter contre les contenus haineux sur Internet

FAITS

1. L'association « Wikimedia France », exposante, créée le 24 janvier 2005, œuvre pour le libre partage de la connaissance au travers des projets « Wikimedia », tel que l'encyclopédie libre Wikipédia. Elle constitue un « chapitre »¹ de la *Wikimedia Foundation*, organisation à but non lucratif gouvernée par les lois de l'Etat de Floride aux Etats-Unis d'Amérique².

2. Wikipédia est une encyclopédie libre³, gratuite, universelle, multilingue, en ligne, sans publicité et sans exploitation des données personnelles de ses utilisateurs. Elle a été créée par MM. Jimmy Wales et Larry Sanger en 2001⁴. Elle existe en plus de 300 langues différentes. A l'heure où ces lignes sont écrites, Wikipédia dénombre 2 220 322 articles en français⁵.

3. Le 13 mai 2020, l'Assemblée nationale a adopté la proposition de loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet. Cette loi altère profondément l'équilibre atteint par la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN)⁶, qui a posé le principe selon lequel les hébergeurs ne peuvent voir leur responsabilité civile ou pénale engagée du fait des activités ou des informations stockées à la demande d'un tiers qu'à la condition qu'ils n'aient pas promptement retiré les données litigieuses, dès le moment où ils ont eu connaissance de leur caractère illicite. Dans sa décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, le Conseil constitutionnel a émis une réserve d'interprétation en jugeant que « ces dispositions ne sauraient avoir pour effet d'engager la responsabilité d'un hébergeur qui n'a pas retiré une information dénoncée comme illicite par un tiers si celle-ci ne présente pas **manifestement** un tel caractère ou si son retrait n'a pas été ordonné par un juge ».

4. Selon le « commentaire autorisé » de cette décision :

« (...) en raison de la masse d'informations stockées à un moment donné par un hébergeur, de la volatilité de

¹ « Un « chapitre » est une organisation indépendante créée pour soutenir et promouvoir les projets Wikimedia dans une région géographique donnée » (cf. https://fr.wikipedia.org/wiki/Wikim%C3%A9dia_France#cite_note-4). Wikimedia France n'héberge, ni n'édite Wikipédia, ni aucun projet de la *Wikimedia Foundation*.

² https://fr.wikipedia.org/wiki/Wikim%C3%A9dia_France ; <https://www.wikimedia.fr/association/>

³ <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/>

⁴ <https://fr.wikipedia.org/wiki/Wikip%C3%A9dia>

⁵ https://fr.wikipedia.org/wiki/Wikim%C3%A9dia:Accueil_principal

⁶ Cette loi venait transposer la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »).

*ces informations, de l'éloignement des fournisseurs de celles-ci et de la difficulté fréquente d'apprécier la licéité d'un contenu, l'hébergeur ne disposerait dans beaucoup de cas, même lorsque la connaissance factuelle de ce contenu lui serait acquise, **ni des moyens humains, techniques ou financiers, ni, en l'absence d'intervention des autorités juridictionnelles ou administratives compétentes, de la capacité d'analyse juridique suffisants** pour honorer les obligations que lui imposeraient, sous peine de sanctions pénales, les dispositions [de la LCEN]*

*(...) **les dénonciations dont un hébergeur sera le destinataire peuvent être nombreuses et de caractère confus, malveillant ou intéressé.***

(...) un tel détournement de procédure est tout sauf évident et (...) ne sera reconnu que restrictivement et tardivement. Ce garde-fou ne mettrait donc l'hébergeur que faiblement à l'abri des dénonciations intempestives. De plus, la caractérisation d'un message illicite peut se révéler délicate, même pour un juriste.

*Dans ces conditions, les hébergeurs seraient tentés de s'exonérer de leurs obligations en cessant de diffuser les contenus faisant l'objet de réclamations de tiers, **sans examiner le bienfondé de ces dernières.** Ce faisant, ils porteraient **atteinte à la liberté de communication.***

En raison de leurs effets, et compte tenu du dilemme dans lequel elles enfermeraient l'hébergeur, [les dispositions litigieuses] ne cesseraient de méconnaître l'article 13 de la Déclaration de 1789 qu'en portant atteinte à son article 11. »

5. Devant ces nombreux et substantiels inconvénients, ce n'est, d'une part, que sous la réserve d'interprétation susévoquée et, d'autre part, parce qu'elle ne créait aucun cas nouveau de responsabilité civile ou pénale, que le Conseil constitutionnel a jugé cette loi conforme à la Constitution.

6. Quelques années plus tard, la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure a octroyé⁷ à l'administration une prérogative qui constituait

⁷ Plus précisément, cette loi est venue créer un 5^{ème} alinéa au 7 du I de l'article 6 de la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN).

jusqu'alors l'apanage de l'autorité judiciaire : celle d'exiger que les fournisseurs d'accès à Internet « bloquent » les sites Web qu'elle désigne comme diffusant des contenus contrevenants à l'article 227-23 du même code (diffusion d'images ou de représentations de mineurs à caractère pornographique).

7. Puis, la loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme⁸ a notamment étendu ce dispositif de censure administrative aux sites Web que l'administration considère – toujours sans intervention préalable d'un juge indépendant et impartial – comme diffusant des contenus contrevenants à l'article 421-2-5 du code pénal (provocation à des actes terroristes ou apologie de tels actes)⁹. Jusqu'à ce jour, cette censure administrative ne pouvait être actionnée qu'en cas d'inertie, pendant 24 heures, de l'éditeur ou de l'hébergeur du site Web et sous le regard d'une personnalité qualifiée désignée par la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL).

8. La loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet, voté le 13 mai dernier, ramène le délai d'exécution de cette obligation, **à un délai d'une heure**¹⁰ (ci-après « l'obligation de retrait en une heure ») et transfère¹¹ la responsabilité de désigner une personnalité qualifiée susceptible d'émettre des avis sur l'usage de ce dispositif, au Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA).

9. Cette loi¹² crée en outre une obligation¹³, à la charge des opérateurs de plateforme en ligne¹⁴ de retirer ou de rendre inaccessible, **dans un délai de vingt-quatre heures** après notification, tout contenu contrevenant manifestement à un champ d'infractions nettement plus large que celles imposant le retrait du contenu en une heure, visées aux dispositions mentionnées au 5^{ème}, 7^{ème}, et 8^{ème} alinéas de l'article 24, à l'article 24 bis et aux 3^{ème} et 4^{ème} alinéas de l'article 33 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, aux articles 222-33, 227-23 et 421-2-5 du code pénal ainsi que,

⁸ A ce jour, le Conseil constitutionnel n'a jamais été saisi de ces dispositions.

⁹ Elle a également déplacé cette disposition à l'article 6-1 de la LCEN.

¹⁰ Plus exactement le I de son article 1^{er}.

¹¹ Article 7, alinéa 26 de la loi litigieuse.

¹² Plus exactement le II de son article 1^{er}.

¹³ Insérée dans un nouvel article 6-2 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique.

¹⁴ Au sens du I de l'article L. 111-7 du code de la consommation : « I.- Est qualifiée d'opérateur de plateforme en ligne toute personne physique ou morale proposant, à titre professionnel, de manière rémunérée ou non, un service de communication au public en ligne reposant sur :

1° Le classement ou le référencement, au moyen d'algorithmes informatiques, de contenus, de biens ou de services proposés ou mis en ligne par des tiers ;

2° Ou la 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. »

lorsque l'infraction porte sur un contenu à caractère pornographique, à l'article 227-24 du même code (ci-après « l'obligation de retrait en 24 heures »).

10. Le non-respect de cette obligation de retrait en 24 heures est puni d'une amende qui est réhaussée à un montant de 250 000 euros si le responsable est une personne physique et 1 250 000 euros si le responsable est une personne morale^{15,16}.

11. Le champ des acteurs et des contenus concernés est particulièrement vaste et foisonnant. Le tableau suivant¹⁷ permet d'en rendre compte de manière plus intelligible :

Infraction	Base légale	Durée	Sites concernés
Provocation aux atteintes volontaires à la vie, les atteintes volontaires à l'intégrité de la personne et les agressions sexuelles. Provocation aux vols, les extorsions et les destructions, dégradations et détériorations volontaires dangereuses pour les personnes. Apologie des crimes ci-dessus, des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité, des crimes de réduction en esclavage ou d'exploitation d'une personne réduite en esclavage ou des crimes et délits de collaboration avec l'ennemi.	5 ^{ème} alinéa de l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881	24 h	Plateformes
Provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée.	7 ^{ème} alinéa de l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881	24 h	Plateformes
Provocation à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle ou identité de genre ou de leur handicap.	8 ^{ème} alinéa de l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881	24 h	Plateformes
Contestation de l'existence de crimes contre l'humanité. Négation, minoration ou banalisation de façon outrancière de l'existence d'un crime de génocide, contre l'humanité, de réduction, en esclavage, ou crime de guerre.	Article 24 bis de la loi du 29 juillet 1881	24 h	Plateformes
Injure envers une personne ou un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée.	3 ^{ème} alinéa de l'article 33 de la loi du 29 juillet 1881	24 h	Plateformes

¹⁵ En application du 1^{er} alinéa de l'article 131-38 du code pénal.

¹⁶ De fait, la majorité des opérateurs de plateformes sont des personnes morales.

¹⁷ Tiré de Wikipédia :

https://fr.wikipedia.org/wiki/Proposition_de_loi_contre_les_contenus_haineux_sur_Internet ; voir également l'article du journal spécialisé « NextINpact », sous la plume de son rédacteur en chef M. Marc Rees : <https://www.nextinpact.com/news/108972-cyberhaine-loi-avia-ligne-par-ligne.htm>

Injure commise dans les mêmes conditions envers une personne ou un groupe de personnes à raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle ou identité de genre ou de leur handicap.	4 ^{ème} alinéa de l'article 33 de la loi du 29 juillet 1881	24 h	Plateformes
Harcèlement sexuel.	Article 222-33 du code pénal	24 h	Plateformes
Diffusion d'image ou de représentation d'un mineur lorsque cette image ou cette représentation présente un caractère pornographique.	Article 227-33 du code pénal	1 h ou 24 h	Intermédiaires techniques ¹⁸ et plateformes
Diffusion d'un message à caractère pornographique lorsque ce message est susceptible d'être vu ou perçu par un mineur.	Article 227-24 du code pénal	24 h	Plateformes
Provocation directe à des actes de terrorisme. Apologie publique d'actes de terrorisme.	Article 421-2-5 du code pénal	1 h ou 24 h	Intermédiaires techniques et plateformes

12. Cette loi du 13 mai 2020 crée également toute une série d'obligations à la charge des plateformes au titre d'un « *devoir de coopération (...) dans la lutte contre les contenus haineux en ligne* »¹⁹. Ces dernières sont ainsi désormais tenues, notamment, de « *mettre en œuvre les procédures et les moyens humains et, le cas échéant, technologiques proportionnés permettant de garantir le traitement dans les meilleurs délais des notifications reçues et l'examen approprié des contenus notifiés ainsi que de prévenir les risques de retrait injustifié* »²⁰.

13. En outre, cette loi confère un pouvoir de sanction au CSA, visant les plateformes manquant à l'obligation de retrait en 24 heures susmentionnée. Le plafond de ces sanctions s'élève à un montant de 20 millions d'euros ou 4 % du chiffre d'affaires annuel mondial total de l'exercice précédent, le montant le plus élevé étant retenu²¹.

14. Cette loi a été déférée, sur le fondement du deuxième alinéa de l'article 61 de la Constitution, au Conseil constitutionnel par au moins 60 sénateurs. Elle a été enregistrée le 18 mai 2020 par le Conseil constitutionnel, sous le n° 2020-801 DC.

15. C'est la loi dont la constitutionnalité est contestée par les présentes observations.

¹⁸ Les intermédiaires techniques peuvent être définis, à grands traits, comme étant les hébergeurs et les fournisseurs d'accès à Internet.

¹⁹ Chapitre II de la loi qui crée insère un article 6-3 dans la LCEN.

²⁰ Article 5 de la loi qui insère cette obligation au 4° du nouvel article 6-3 de la LCEN.

²¹ I de l'article 7 de la loi qui vient insérer un article 17-3 dans la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.

DISCUSSION

16. **En premier lieu**, la loi déferée méconnaît la liberté d'expression, de communication des pensées et des opinions garantie par l'article 11 de la Déclaration de 1789.

17. La libre communication des pensées et des opinions est garantie par l'article 11 de la Déclaration de 1789²². En l'état actuel des moyens de communication et eu égard au développement généralisé des services de communication au public en ligne ainsi qu'à l'importance prise par ces services pour la participation à la vie démocratique et l'expression des idées et des opinions, ce droit implique la liberté d'accéder à ces services²³.

18. La liberté d'expression et de communication, dont découle le droit d'expression collective des idées et des opinions, est d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés. Il s'ensuit que les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être **nécessaires, adaptées et proportionnées** à l'objectif poursuivi²⁴.

19. **En l'espèce**, les obligations de retrait en une heure et en 24 heures portent une atteinte à la liberté d'expression, de communication des pensées et des opinions qui n'est **nullement nécessaire, radicalement inadaptée et manifestement disproportionnée**.

20. **D'abord**, ces nouvelles obligations ne sont **aucunement nécessaires** dès lors que le droit positif contient déjà une gamme complète d'instruments juridiques dont l'objet est de prévenir et réprimer les abus d'expression.

²² Cons. const., 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, n° 2009-580 DC, pts. 12 et 15, Rec. p. 107.

²³ Cons. const., 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, n° 2009-580 DC, pt. 12, Rec. p. 107 ; Cons. const., 15 décembre 2017, *Délit de consultation habituelle des sites internet terroristes II*, n° 2017-682 QPC, pt. 3 ; Cons. const., 27 décembre 2019, *Loi de finances pour 2020*, n° 2019-796 DC, pt. 81

²⁴ Cons. const., 15 décembre 2017, *Délit de consultation habituelle des sites internet terroristes II*, n° 2017-682 QPC, pt. 4 ; Cons. const., 18 mai 2018, *Délit d'apologie d'actes de terrorisme*, n° 2018-706 QPC, pt. 19 ; Cons. const., 4 avril 2019, *Loi visant à renforcer et garantir le maintien de l'ordre public lors des manifestations*, n° 2019-780 DC, pt. 8 ; Cons. const., 27 décembre 2019, *Loi de finances pour 2020*, n° 2019-796 DC, pt. 82

21. La garde des sceaux, ministre de la justice, l'a d'ailleurs récemment rappelé dans une circulaire du 4 avril 2019 dressant un inventaire des outils à la disposition des justiciables et du ministère public, afin de lutter contre les discriminations, les propos et les comportements haineux²⁵. Cet arsenal, tant civil que pénal, est donc déjà très conséquent. Ces voies de droit, rapides et nombreuses, ont déjà démontré leur efficacité.

22. La responsabilité civile et pénale des hébergeurs, peut ainsi être engagée en cas de carence fautive de leur part, notamment dans l'hypothèse où ils ne retireraient pas promptement les contenus manifestement illicites. L'absence de délai fixe permet d'apprécier le caractère « prompt » du retrait en fonction du caractère plus ou moins manifeste de l'illicéité du contenu, de la gravité de l'atteinte qu'il est susceptible de porter et des caractéristiques de la personne sur laquelle pèse l'obligation.

23. **Ensuite**, cette atteinte est **radicalement inadaptée** dès lors **qu'aucun** hébergeur n'est capable de supprimer **en une heure** les contenus que l'administration est susceptible de lui signaler comme contrevenants à l'article 421-2-5 du code pénal (provocation à des actes terroristes ou apologie de tels actes) ou à l'article 227-23 du même code (diffusion d'images ou de représentations de mineurs à caractère pornographique).

24. L'exemple le plus parlant est sans doute celui de Facebook qui, nonobstant l'usage d'algorithmes et le recours à une très importante équipe de modération, s'est révélé incapable de retirer de sa plateforme plusieurs centaines de milliers de copies de la vidéo de l'attentat de Christchurch du 15 mars 2019 dans les jours ayant suivi la mise en ligne de la vidéo d'origine.

25. Pourtant, Facebook dispose de moyens tant humains que technologiques sans commune mesure avec ceux dont la majorité des hébergeurs et des plateformes disposent.

26. Si des contenus illicites venaient à être signalés la nuit, le week-end ou un jour férié, la majorité des hébergeurs se révélerait incapable d'en assurer le retrait en une heure, **ni même en vingt-quatre heures**. C'est, en particulier, le cas de l'encyclopédie en ligne Wikipédia dont **la modération repose, pour l'essentiel, sur un collectif de bénévoles**.

²⁵ http://circulaires.legifrance.gouv.fr/pdf/2019/04/cir_44602.pdf

27. Il en va de même du nouveau dispositif imposant aux plateformes de retirer les contenus signalés dans un délai de 24 heures, qui n'est techniquement pas réaliste. Dans la plupart des hypothèses, un délai de 24 heures est très nettement insuffisant pour analyser le bienfondé d'une demande de retrait d'un contenu. Il s'agit de procéder à une qualification juridique des faits qui demande de la minutie, sauf à abdiquer la liberté d'expression aux signalements abusifs et à la subjectivité de chacun.

28. En outre, le champ d'application personnel de ce régime excède de très loin ce qui est strictement nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi par le législateur. Selon son exposé des motifs²⁶, la loi litigieuse « *vise à lutter contre la propagation des discours de haine sur internet* ». Plus particulièrement, elle définit un nouveau régime de responsabilité applicable aux opérateurs de plateformes dont l'activité sur le territoire français excède un seuil défini par décret.

29. Tel qu'il est défini par la loi litigieuse, son champ d'application personnel englobe, **au-delà des plateformes géantes à but lucratif**, des sites Web dépourvus de tout but lucratif, à l'instar de l'encyclopédie en ligne Wikipédia. Or, le modèle de modération de Wikipédia, qui repose sur une communauté de bénévoles très mobilisés, a su démontrer son efficacité pour lutter contre la diffusion des contenus haineux. Toutefois, dépourvu de tout modérateur professionnel, Wikipédia sera incapable de respecter les délais de retrait très contraignant fixés par la loi litigieuse et encourra ainsi des sanctions massives.

30. Par conséquent, dès lors qu'il risque de peser de manière très significative sur des plateformes, tel Wikipédia, dont l'objectif est de permettre la libre diffusion de la connaissance, alors que son objet principal est de lutter contre la diffusion des messages haineux sur des plateformes lucratives, le dispositif contesté est radicalement inadapté.

31. **Enfin**, ces nouveaux régimes portent une atteinte **manifestement disproportionnée** à la liberté d'expression.

32. Qu'il s'agisse des obligations susmentionnées de retrait en une heure ou en 24 heures, ces délais sont si courts qu'ils accroissent de manière manifestement disproportionnée les risques d'abus, d'erreurs et de « sur-censure ». Or, ces abus et erreurs, loin de n'être que théoriques ou isolés, sont en réalité courants et avérés.

²⁶ http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/115b1785_proposition-loi

33. C'est ainsi, pour ne citer qu'un exemple, que le 17 octobre 2016, une erreur de l'opérateur Orange a entraîné le blocage de nombreux sites Web – notamment Wikipédia, Google et OVH – et la redirection²⁷ des personnes tentant d'y accéder vers une page du site Web du ministère de l'intérieur dénonçant l'apologie du terrorisme²⁸. De fait, l'ensemble des internautes utilisant une connexion Internet fournie par l'opérateur Orange se sont trouvés privés d'accès à ces sites Web jusqu'à la résolution de ce dysfonctionnement^{29,30}.

34. En outre, à défaut de l'intervention préalable de l'autorité judiciaire, des abus ne manqueront pas d'être commis par l'administration. Ici encore, ces abus ne sont ni théoriques, ni illusoires.

35. L'affaire « Indymedia » en constitue une illustration parlante. Le site Web « Indymedia » avait hébergé quatre publications revendiquant des actes de destruction commis à l'automne 2017^{31,32,33,34}.

36. Par cinq courriels envoyés entre septembre et novembre 2017, l'Office central de lutte contre la criminalité liée aux technologies de l'information et de la communication (OCLCTIC) a demandé le retrait de ces contenus au motif qu'ils étaient constitutifs de provocation directe ou d'apologie d'actes de terrorisme, au sens des dispositions de l'article 421-2-5 du code pénal.

37. Ayant été destinataire de ces décisions sur le fondement des dispositions de l'article 6-1 de la LCEN, la personnalité qualifiée désignée par la CNIL (*i.e.* M. Alexandre Linden) a adressé une recommandation aux services du ministère de l'intérieur aux fins de retrait de l'ensemble de ces demandes, dès lors que les faits relatés dans les publications litigieuses ne constituaient pas des actes de terrorisme au sens des dispositions de l'article

²⁷ 4^{ème} alinéa de l'article 3 du décret du 5 février 2015, pris pour l'applicable de l'article 6-1 de la LCEN.

²⁸ CE, 18 juin 2018, *La Quadrature du Net e.a.*, n° 406083.

²⁹ <https://www.nextinpact.com/news/101786-google-fr-bloque-pour-apologie-terrorisme-orange-invoque-erreur-humaine.htm> ; <https://www.numerama.com/tech/202058-orange-pourquoi-une-erreur-humaine-parait-peu-vraisemblable.html>

³⁰ Ce dysfonctionnement avait d'ailleurs fait l'objet d'une question écrite au ministre de l'intérieur, adressée par M. Lionel Tardy, député de Haute-Savoie, malheureusement restée sans réponse. Question n° 100418, publiée au JO le 1^{er} novembre 2016 : <http://questions.assemblee-nationale.fr/q14/14-100418QE.htm>

³¹ <https://nantes.indymedia.org/articles/38560>

³² <https://grenoble.indymedia.org/2017-09-21-solidarité-incendiaire>

³³ <https://nantes.indymedia.org/articles/38946>

³⁴ <https://nantes.indymedia.org/articles/38996>

421-1 du code pénal. Par quatre décisions du 8 février 2018, le chef de cabinet du ministre de l'intérieur a refusé de suivre ces recommandations.

38. La personnalité qualifiée de la CNIL a alors saisi le tribunal administratif de Cergy-Pontoise aux fins d'annulation des décisions de l'OCLCTIC et du chef de cabinet du ministre de l'intérieur confirmant le refus de l'office de suivre sa recommandation tendant au retrait de ces décisions. Ce n'est que le 31 janvier 2019 que le tribunal a annulé ces décisions³⁵, aux motifs que « *le contenu des publications litigieuses, en tant qu'il décrit les actes de destruction qui ont été perpétrés en les présentant sous un jour favorable et en les justifiant, ne peut être analysé comme étant constitutif de l'infraction d'apologie à commettre des actes de terrorisme au sens de l'article 421-2-5 du code pénal, dès lors qu'il se rapporte à des actes auxquels cette qualification n'a pas été reconnue.* »³⁶

39. On notera de surcroît que la personnalité qualifiée avait vainement recherché la suspension immédiate de ces décisions devant le juge des référés du même tribunal qui avait estimé que la condition d'urgence au sens de l'article L. 521-1 du code de justice administrative n'était pas remplie³⁷.

40. Plusieurs enseignements peuvent être tirés de cette affaire. D'une part, l'intervention de la personnalité qualifiée de la CNIL ne constitue qu'une garantie toute relative dès lors qu'elle ne dispose que d'un pouvoir de recommandation non contraignant et que, dans l'hypothèse où elle déciderait de déférer les refus de suivre ses recommandations au juge administratif, le tribunal ne rendrait son jugement que plusieurs mois ou années après, laissant subsister un abus dans l'usage des pouvoirs conférés à l'administration³⁸. D'autre part, cette affaire rappelle les difficultés entourant la qualification juridique des faits qui doit demeurer, par principe, l'apanage du juge. Au demeurant, ce mécanisme a également pour effet indirect de transférer au juge administratif une partie du contentieux relatif à la liberté d'expression, qui demeure traditionnellement dans l'office du juge judiciaire³⁹.

41. Un autre exemple d'abus, révélé par le journal NextINpact⁴⁰ concerne cette fois-ci un photomontage caricaturant MM. Emmanuel

³⁵ TA Cergy-Pontoise, 31 janvier 2019, n° 1801344, 1801346, 1801348, 1801352.

³⁶ TA Cergy-Pontoise, 31 janvier 2019, n° 1801344, 1801346, 1801348, 1801352, pt. 18.

³⁷ JRTA Cergy-Pontoise, 7 mars 2018, n° 1801345, 1801353, 1801349, 1801347 ;

³⁸ <https://www.cnil.fr/fr/controle-du-blocage-administratif-des-sites-la-personnalite-qualifiee-presente-son-4e-rapport>

³⁹ A noter que si l'article 7, alinéa 6 de la loi déferée transfère la charge de désigner une personnalité qualifiée au CSA et non plus à la CNIL, cette circonstance n'est pas de nature à altérer ces constats.

⁴⁰ <https://www.nextinpact.com/news/107547-quand-office-lutte-contre-cybercriminalite-exige-retrait-dun-photomontage-visant-macron.htm>

Macron, Edouard Philippe et Christophe Castaner en dictateurs chiliens, à partir d'un cliché⁴¹, du général Pinochet et de sa garde rapprochée. Cette caricature avait été publiée sur la plateforme « Google + » le 14 décembre 2018. A la suite d'un signalement anonyme effectué le 13 janvier 2019 sur la plateforme « Pharos », l'OCLCTIC avait demandé, le lendemain, le retrait de cette image pour « *incitation à la haine raciale ou provocation à la discrimination de personnes en raison de leurs origines, de leur sexe, de leur orientation sexuelle ou de leur handicap* »⁴². On peine pourtant à déceler en quoi une telle caricature puisse inciter à la haine raciale ou provoquer à la discrimination de personnes en raison de leurs origines, de leur sexe, de leur orientation sexuelle ou de leur handicap...

42. On le perçoit bien, la réduction du délai à une heure accroît, hors de toute proportion raisonnable, les risques d'erreurs ou d'abus inhérents au dispositif de censure administrative. Il en va de même de l'obligation de retrait de certains contenus en 24 heures.

43. Au-delà de ses champs d'application matériel et personnel excessifs, l'obligation de retrait dans un délai ferme – d'une heure ou de 24 heures selon les cas –, alors que la qualification juridique de ces contenus est un exercice complexe et délicat, constitue donc une atteinte à la liberté d'expression hors de toute proportion.

44. D'autant que ce dispositif aura nécessairement des effets extraterritoriaux. En effet, les contenus retirés le seront non seulement pour les citoyens français, mais encore pour les étrangers qui souhaiteraient y accéder.

45. Par ailleurs, l'enfermement de l'obligation de retrait des contenus dans de tels délais – une heure ou vingt-quatre selon les cas – revient à conférer aux hébergeurs et aux plateformes la mission, d'une part, de qualifier juridiquement les contenus et, d'autre part, le rôle de juger le bienfondé des demandes de retrait. Cette forme de privatisation de la justice est d'autant plus grave qu'elle met en cause la liberté d'expression dont l'exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés.

⁴¹ Pris par M. Chas Gerretsen le 19 septembre 1973 dans une église catholique de Santiago (https://en.wikipedia.org/wiki/Chas_Gerretsen).

⁴² <https://www.laquadrature.net/2019/05/09/une-loi-contre-la-haine-anti-macron/>

46. Plus grave encore, ces délais intenable vont conduire les acteurs concernés à recourir à des filtres algorithmiques. Par suite, au-delà de la privatisation de la fonction de juger, la loi déferée aura pour effet de « robotiser » cette fonction. Non seulement ce recours massif – mais inévitable pour être conforme à ces nouvelles obligations – à des algorithmes, est critiquable sous l’angle de la philosophie du droit et de ses principes élémentaires qui impliquent que des êtres humains ne puissent être jugés que par leurs pairs, mais encore le recours à de telles technologies est contestable sur le plan de ses effets⁴³. Il est ainsi désormais bien établi que les filtres algorithmiques conduisent inévitablement à des « faux positifs », à de la « sur-censure » et à d’autres effets néfastes⁴⁴, ce qui est particulièrement préjudiciable s’agissant d’une liberté aussi cardinale que la liberté d’expression.

47. Partant, la loi déferée méconnaît gravement la liberté d’expression, de communication des pensées et des opinions garantie par l’article 11 de la Déclaration de 1789.

*

48. **En deuxième lieu**, la loi déferée méconnaît l’article 16 de la Déclaration de 1789, dès lors qu’elle contraindra *de facto* les hébergeurs et les plateformes à recourir à des filtres algorithmiques afin de réguler la liberté d’expression sur leurs services en ligne.

49. Afin d’être conforme à la Constitution, le seul recours à un algorithme pour fonder une décision administrative individuelle est subordonné au respect d’une série de conditions⁴⁵. Il en va de même *a fortiori* s’agissant d’algorithmes utilisés par des personnes privées afin de détecter automatiquement et massivement des contenus qui excèderaient potentiellement les bornes de la liberté d’expression.

50. **En l’espèce**, l’enfermement de l’obligation de retrait des contenus dans de tels délais – une heure ou vingt-quatre selon les cas – va nécessairement conduire les acteurs concernés à recourir à des filtres algorithmiques. Ces dispositions auront donc pour effet de transférer la mission de qualification juridique des contenus – qui relève de l’office du juge – à des traitements automatisés, dépourvus de toute intervention humaine.

⁴³ <https://freedex.org/wp-content/blogs.dir/2015/files/2018/10/AI-and-FOE-GA.pdf> ; <https://wikimediafoundation.org/news/2018/08/27/can-beethoven-send-takedown-requests-a-first-hand-account-of-one-german-professors-experience-with-overly-broad-upload-filters/>

⁴⁴ https://www.cjr.org/the_media_today/youtube-takedowns-war-crimes.php

⁴⁵ Cons. const., 12 juin 2018, *Loi relative à la protection des données personnelles*, n° 2018-765 DC, pts. 70 et 71.

51. Aussi bien, les droits garantis par l'article 16 de la Déclaration de 1789 sont ainsi méconnus par la loi déférée.

*

52. **En troisième lieu**, en adoptant la loi litigieuse, le législateur s'est, au prix d'une méconnaissance du principe de **clarté de la loi** et de l'objectif de valeur constitutionnelle **d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi**, mépris sur **l'étendue de sa propre compétence**.

53. En vertu de l'article 34 de la Constitution, la loi détermine les principes fondamentaux des obligations civiles et commerciales. Ainsi, il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34⁴⁶. A cet égard, le principe de clarté de la loi, qui découle du même article de la Constitution, et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques afin de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi⁴⁷.

54. **En l'espèce**, la loi déférée prévoit que l'obligation de retirer certains contenus en 24 heures, n'est applicable qu'aux opérateurs de plateforme « dont l'activité sur le territoire français dépasse des seuils déterminés par décret ».

55. **D'une part**, le critère de « l'activité sur le territoire français » est imprécis. S'agit-il du nombre d'utilisateurs (inscrits) ? De visiteurs (occasionnels) ? Du chiffre d'affaires ? Par ailleurs, si la mesure retenue devait être interprétée comme le nombre de connexion depuis le territoire français, il convient de ne pas perdre de vue qu'une telle donnée ne constitue un critère ni fiable, ni aisé à mesurer. Il s'agit, à tout le moins, d'une formule équivoque qui méconnaît le principe de clarté de la loi et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi.

⁴⁶ Cons. const., 1^{er} août 2013, *Société Natixis Asset Management [Participation des salariés aux résultats de l'entreprise dans les entreprises publiques]*, n° 2013-336 QPC, pt. 17.

⁴⁷ Cons. const., 12 août 2004, *Loi relative aux libertés et responsabilités locales*, n° 2004-503 DC, pt. 29 ; voir également : Cons. const., 28 juillet 2011, *Loi tendant à améliorer le fonctionnement des maisons départementales des personnes handicapées et portant diverses dispositions relatives à la politique du handicap*, n° 2011-639 DC.

56. **D'autre part** et, en toute hypothèse, eu égard à l'importance de ce seuil, sa fixation ne peut relever que de la loi et non du règlement. En renvoyant en bloc au pouvoir réglementaire le soin, non seulement d'interpréter ce critère de « l'activité sur le territoire français », mais encore d'en fixer le niveau, le législateur a méconnu l'étendue de sa compétence.

*

57. **En quatrième lieu**, la loi déferée méconnaît l'article 13 de la Déclaration de 1789, en ce qu'elle **rompt** de manière **injustifiée, inadéquate** et **disproportionnée l'égalité** entre les acteurs.

58. Si l'article 13 de la Déclaration de 1789 n'interdit pas de faire supporter, pour un motif d'intérêt général, à certaines catégories de personnes des charges particulières, il ne doit pas en résulter de rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques⁴⁸.

59. Selon le « commentaire autorisé » de la décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique* :

« Plus généralement, il faut déduire de l'article 13 de la Déclaration que le législateur ne peut imposer d'obligations impossibles à satisfaire ou dont le respect serait si difficile ou si onéreux qu'il remettrait en cause l'existence même d'une activité, surtout si celle-ci est placée dans le domaine d'exercice d'une liberté publique. Est ainsi constitutionnellement protégée une composante essentielle de la sécurité juridique. »

60. Pour mémoire, si le Conseil constitutionnel avait validé le dispositif de responsabilité pénale des hébergeurs façonnée par la LCEN transposant le droit dérivé de l'Union, c'est parce qu'il ne créait aucun cas nouveau de responsabilité civile ou pénale. Ce qui n'est pas le cas du dispositif, qui élargit au contraire le champ de la responsabilité des hébergeurs et des plateformes.

⁴⁸ Cons. const., 27 novembre 2001, *Loi portant amélioration de la couverture des non salariés agricoles contre les accidents du travail et les maladies professionnelles*, n° 2001-451 DC, pt. 30 ; Cons. const., 28 décembre 2000, *Loi de finances rectificative pour 2000*, n° 2000-441 DC, pt. 41.

61. Il en résulte qu'une disposition est contraire à la Constitution lorsqu'elle revient à priver une catégorie d'assujettis des ressources nécessaires à leur subsistance.

62. **En l'espèce**, l'égalité est manifestement rompue à plusieurs égards.

63. **D'une part**, ainsi qu'il a déjà été vu *supra*, la loi déferée impose aux intermédiaires techniques et aux plateformes une obligation impossible à satisfaire ou dont le respect, nécessairement imparfait, sera si difficile et si onéreux qu'il remettra en cause la poursuite, voire l'existence même de leur activité. Etant rappelé qu'est en cause la liberté d'expression et de communication des pensées et des opinions. D'autant qu'en l'occurrence, à la différence de sa décision de 2004, la loi déferée crée des hypothèses nouvelles de responsabilité.

64. **D'autre part**, en prévoyant un seuil à partir duquel l'obligation susmentionnée de retrait en 24 heures viendrait s'appliquer, le législateur traite différemment des plateformes qui demeurent pourtant dans des situations identiques au regard de l'objectif poursuivi, à savoir, la lutte contre la propagation des discours de haine et le harcèlement. Ce faisant, il vient rompre l'égalité de manière injustifiée.

65. A tous égards, la censure des dispositions contestées s'impose.

PAR CES MOTIFS, l'association Wikimedia France conclut qu'il plaise au Conseil constitutionnel :

DÉCLARER la loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet contraire à la Constitution.

Fait à Paris, le 26 mai 2020

Alexis FITZJEAN Ó COBHTHAIGH
Avocat au Barreau de Paris

Monsieur le Président du Conseil constitutionnel,
Mesdames et Messieurs les Membres
du Conseil constitutionnel
2, rue Montpensier
75001 Paris

Paris, le 29 mai 2020

Objet : Contribution extérieure du Syndicat de la magistrature, du Syndicat des avocats de France, de la Ligue des Droits de l'Homme et de AIDES, sur la loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet (affaire n° 2020-801 DC)

Monsieur le Président du Conseil constitutionnel,
Mesdames et Messieurs les membres du Conseil constitutionnel,

Le 12 février 2019, le Premier ministre Edouard Philippe a annoncé son souhait de faire adopter une loi pour lutter contre les contenus haineux en responsabilisant les grands opérateurs de plateformes qui permettent leur diffusion.

Le 11 mars 2019, Laetitia Avia, députée LREM de Paris, a déposé auprès de la Présidence de l'Assemblée nationale une proposition de loi visant à lutter contre la haine en ligne. Elle est issue d'un rapport parlementaire visant à renforcer la lutte contre le racisme et l'antisémitisme en ligne, conduit par Laetitia Avia, l'écrivain Karim Amellal et le vice-président du CRIF Gil Taieb, remis au Premier ministre le 12 septembre 2018.

Ce texte étudié dans le cadre de la procédure accélérée a été finalement adopté le 13 mai 2020, après échec en commission mixte paritaire le 8 janvier 2020 et nouvelle lecture avec modifications par l'Assemblée nationale le 22 janvier 2020 et le Sénat le 26 février 2020.

Cette loi méconnaît les droits et libertés que la Constitution garantit.

D'une part le législateur a porté une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression. D'autre part, le législateur a méconnu le droit à un recours effectif ainsi que le principe d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi. En outre le législateur a violé l'obligation constitutionnelle d'un contrôle direct et effectif de l'autorité judiciaire sur les atteintes aux libertés individuelles. Enfin, le législateur a méconnu sa propre compétence en affectant l'exigence constitutionnelle de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Observations formulées par :

Le Syndicat de la Magistrature, syndicat professionnel domicilié 91 rue de Charenton, 75012 Paris

AIDES, association de loi 1901 reconnue d'utilité publique domiciliée 14 rue Scandicci, 93500 Pantin

Le Syndicat des avocats de France, syndicat professionnel domicilié 34 rue Saint-Lazare, 75009 Paris

La Ligue des droits de l'Homme, association de loi 1901 reconnue d'utilité publique domiciliée 138 rue de Marcadet, 75018 Paris

I. Atteinte disproportionnée à la liberté d'expression (article 1^{er})

Aux termes de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 :

« La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi ».

Sur le fondement de cette disposition le Conseil constitutionnel a déduit une exigence constitutionnelle de protection de la liberté d'expression, consacrée notamment dans sa décision 2012-647 DC du 28 février 2012 (Loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi).

La liberté de communication et d'expression est regardée par le Conseil constitutionnel comme « *une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés* » (Cons. Const., décision n°2010-3 QPC du 28 mai 2010, *Union des familles en Europe* ; décision n°2013-302 QPC du 12 avril 2013, *Délai de prescription d'un an pour les délits de presse à raison de l'origine, l'ethnie, la nation, la race ou la religion*). En conséquence, « *les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi* » (même décision).

Or en l'espèce il est manifeste que le législateur a porté atteinte à la liberté d'expression sans encadrer par des garanties légales les risques d'abus.

La loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet fixe des délais au cours desquels les plateformes en ligne sont tenues d'agir après s'être vu notifiées la présence d'un contenu illicite.

L'article 1^{er} impose ainsi aux plateformes de retirer tout contenu relevant de l'article 421-2-5 du code pénal et de l'article 227-23 du même code dans un délai d'une heure. Une obligation de retrait sous 24 heures est posée pour les contenus contrevenant manifestement aux cinquième, septième et huitième alinéas de l'article 24, à l'article 24 bis et aux troisième et quatrième alinéas de l'article 33 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, aux articles 222-33, 227-23 et 421-2-5 du code pénal ainsi que, lorsque l'infraction porte sur un contenu à caractère pornographique, à l'article 227-24 du même code.

Ces délais courts, combinés à la lourde sanction prévue à l'article 6 chapitre II de la loi, à savoir une amende de 250 000 euros, exposent les internautes à un risque de censure, et ce à plusieurs titres.

a) Risque de contrôle a priori des contenus

A l'exception des grandes plateformes qui sont en mesure de fonctionner en continu 24 heures sur 24, 7 jours sur 7, le délai d'une heure est impossible à tenir. Pour se conformer à leurs obligations, les petites plateformes sont incitées à contrôler a priori le contenu publié par les internautes, en toute méconnaissance des règles régissant la liberté d'expression en droit interne et européen.

b) Délais incompatibles avec une appréciation *in concreto* des contenus

Le délai de 24 heures est insuffisant dans certaines hypothèses, en particulier pour les contenus délibérément provocatifs et les opinions qui dérangent. Or, aucune exception n'est prévue pour de tels contenus qui nécessitent une étude approfondie. La jurisprudence des tribunaux français et européen démontre pourtant que pour apprécier la licéité d'un tel contenu, une analyse *in concreto* prenant en compte le contexte est essentiel.

C'est ce qu'il ressort notamment de la décision du TGI de Paris saisi en 2007 des caricatures de Mahomet. Le juge de première instance, confirmé en appel, a en effet considéré au sujet d'une caricature que :

« si, par sa portée, ce dessin apparaît, en soi et pris isolément, de nature à outrager l'ensemble des adeptes de cette foi et à les atteindre dans leur considération en raison de leur obéissance, en ce qu'il les assimile - sans distinction ni nuance - à des fidèles d'un enseignement de la terreur, il ne saurait être apprécié, au regard de la loi pénale, indépendamment du contexte de sa publication ; Qu'il convient, en effet, de le considérer dans ce cadre factuel, en tenant compte des manifestations violentes et de la polémique suscitées à l'époque, mais aussi de sa place dans le journal ". (TGI Paris, 22 mars 2007, 17^e chambre)

La Cour européenne des droits de l'homme fait la même analyse, notamment dans l'arrêt Eon contre France qui juge disproportionné le recours qui risque d'avoir un « *un effet dissuasif sur des interventions satiriques qui peuvent contribuer au débat sur des questions d'intérêt général* ». (Affaire EON c. France, 14 juin 2013, Requête no 26118/10, §61)

Dans cette affaire, le juge de Strasbourg a relevé que :

« l'expression apposée sur un écriteau, « Casse toi pov'con », brandi par le requérant lors d'un cortège présidentiel sur la voie publique, est littéralement offensante à l'égard du président de la République. Cela étant, ce propos doit être analysé à la lumière de l'ensemble de l'affaire, et en particulier au regard de la qualité de son destinataire, de celle du requérant, de sa forme et du contexte de répétition dans lequel il a été proféré. » (Ibid, §53)

Il ressort de cette jurisprudence, qu'un contenu qui pris isolément peut s'analyser comme manifestement illicite, peut tout de même bénéficier de la protection accordée à la liberté d'expression, à l'aune du contexte dans lequel ce contenu a été publié.

Or, les délais impartis aux plateformes rendent une telle contextualisation impossible.

En outre, le champ infractionnel très large des contenus haineux posé par cette loi et leurs difficultés de caractérisation du fait de l'objet même de l'infraction risquent d'engendrer un phénomène de censure préventive. Et ce, d'autant plus que le juge judiciaire n'intervient pas et que l'interprétation du contenu et du sens d'un message incombe aux opérateurs et aux sites internet. L'obligation de retrait d'un message qualifié de haineux sous 24 heures renforce ce phénomène par la nécessité, pour les opérateurs et les sites, d'un traitement systématique de grande échelle qui ne peut être réalisé que par des algorithmes. Ce phénomène a été observé massivement, dès le vendredi 22 mai 2020, par la censure et le blocage de comptes Twitter et ou Facebook de militantes et militants de la lutte contre le VIH-sida et de défense des droits des personnes LGBTI parce qu'ils avaient utilisé, dans une perspective de renversement du stigmatisme qu'un algorithme ne saisit pas, les termes de « pédés », « gouines », « putes ». Les effets en matière de restriction de la liberté d'expression et de limitation des droits fondamentaux se déploient déjà matériellement, anticipés par les plateformes. Enfin, dénoncées par des associations de santé, les dispositions de cette loi risquent d'entraver les actions de réduction des risques en santé sexuelle et de prévention par le blocage de comptes d'associations et la censure des messages de prévention parce qu'ils seront qualifiés de pornographie alors que leur visée répond à un objectif de santé publique et donc de droit à la santé, reconnu comme ayant une pleine valeur constitutionnelle. Des cas ont là aussi été constatés depuis le vote de la proposition de loi, preuve d'une anticipation par les plateformes.

a) Effet dissuasif des sanctions encourues par les plateformes

La gravité de la sanction prévue à l'article 1^{er} de la loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet crée un effet inhibiteur préjudiciable à la liberté d'expression.

En effet, la création du délit de non retrait à l'article 1^{er} risque d'inciter les plateformes à supprimer des contenus protégés par la liberté d'expression. Les opérateurs de plateformes peuvent se voir sanctionnés de 250 000 euros d'amende pénale en cas de refus de retirer ou de rendre inaccessibles des contenus présumés haineux. Cette sanction pénale se superpose avec la sanction administrative entre les mains du CSA qui peut, après mise en demeure, prononcer une sanction pécuniaire dont le montant peut aller jusqu'à 4% du chiffre d'affaires annuel mondial total de l'exercice précédent. Les montants évoqués démontrent bien la mise au pas de l'intervention judiciaire, distancée par l'intervention administrative.

Pour ne pas se voir infliger une amende de 250 000 euros, les plateformes qui sont invitées à mettre en place des moyens technologiques pour se conformer à leurs obligations ne sont pas incitées à prendre le temps d'analyser des contenus litigieux et de garantir la contextualisation de leurs analyses. Si la loi prévoit une sanction en cas de non retrait de contenu illicite, elle ne prévoit aucune sanction en cas de retrait de contenu licite. En cas de doute sur la licéité d'un contenu, une analyse coût avantage conduira nécessairement les plateformes à privilégier le retrait de contenu plutôt qu'à garantir la liberté d'expression.

Cet effet inhibiteur est d'autant moins contestable qu'il a été avancé par la Commission européenne dans les observations qu'elle a produite sur la loi dans le cadre de la procédure de notification prévue par la directive (UE) 2015/15351.

La Commission relève ainsi que :

« Sans remettre en cause l'objectif poursuivi par le projet notifié, la Commission constate que l'obligation pour les plateformes de supprimer tout contenu illicite notifié dans un délai de 24 heures, combinée à la lourde sanction prévue à l'article 4 du projet notifié, à la grande variété d'infractions soumises à une telle obligation (pouvant nécessiter une évaluation contextuelle plus ou moins approfondie) et à la réduction des exigences de notification susmentionnée, pourraient avoir des conséquences néfastes. En ce sens, ceci pourrait notamment créer une charge disproportionnée sur les plateformes en ligne et dans certaines circonstances, un risque de suppression excessive de contenus, ce qui porterait ainsi atteinte à la liberté d'expression. Ce risque est particulièrement élevé pour les plateformes en ligne dont les ressources sont limitées. La Commission constate que, afin de réduire un tel risque, l'obligation de suppression susmentionnée peut, si la plateforme en ligne souhaite bénéficier d'une exclusion de responsabilité, se limiter au contenu illicite « manifeste ». Un mécanisme de contre-notification est également prévu à cet égard. Comme cela a été mentionné dans la réponse des autorités françaises, ces garanties sont essentielles afin d'assurer que la bonne mise en œuvre d'une telle obligation ne porte pas atteinte excessivement à la liberté d'expression. La Commission constate également que la réponse des autorités françaises explique que dans l'exercice de son pouvoir de sanction, le Conseil supérieur de l'audiovisuel doit tenir compte de la gravité de l'infraction et de sa récurrence. Ceci devrait également permettre de réduire le risque susmentionné. Le rôle de l'autorité de surveillance dans le suivi de la mise en œuvre de cette obligation sera également crucial. Néanmoins, bien que les mesures susmentionnées soient importantes et substantielles, la Commission estime qu'il est peu probable qu'elles soient suffisantes afin de supprimer le risque lié à l'établissement d'un délai court et fixe, ainsi qu'à la lourde sanction prévue à l'article 4, dans le cadre du projet notifié, comme indiqué ci-dessus. » (Notification 2019/412/F Loi

visant à lutter contre les contenus haineux sur internet Emission d'observations prévues à l'article 5, paragraphe 2, de la directive (UE) 2015/1535 du 9 septembre 2015, 22 novembre 2019)

L'effet dissuasif de lourde sanction pécuniaire sur l'exercice de la liberté d'expression a été abondamment relayé par la Cour européenne des droits de l'homme.

Récemment c'est lors de l'arrêt *Delfi AS* contre Estonie que la Cour a réaffirmé ce principe. Elle a en effet considéré que la sanction imposée à une société responsable d'un grand portail d'actualités en raison de contenus illicites publiés par les internautes, ne constituait pas une restriction disproportionnée du droit de la société requérante à la liberté d'expression, notamment en raison du caractère modéré de la sanction. (*Affaire DELFI AS c. Estonie*, 16 juin 2015, Requête no 64569/09, § 162).

b) Absence de contrôle judiciaire

Cette loi en ce qu'elle permet à l'autorité administrative et non judiciaire de priver un individu de son droit de s'exprimer pour des propos définis comme haineux, terme dont le champ est imprécis et subjectif, constitue une violation de la liberté d'expression en ce sens qu'aucun contrôle judiciaire n'existe pour filtrer les demandes de retrait et sanctionner les retraits abusifs.

La liberté d'expression n'est pas garantie dans cette loi dès lors que l'intervention judiciaire n'est pas actrice de la régulation, de la recherche d'équilibre entre cette liberté et d'autres libertés fondamentales comme le droit à la vie privée et qu'elle est reléguée au troisième plan après les opérateurs de plateformes et le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), autorité administrative. Cette loi crée ainsi en matière de liberté d'expression un système extra-judiciaire composé de l'intervention, préalablement au juge, d'instances relevant soit du secteur privé ou du secteur public mais dans tous les cas d'instances non légitimes pour traiter de tels enjeux.

Les opérateurs de plateforme en ce qu'ils devront se conformer aux recommandations que pourra prendre le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) sur l'obligation de retirer ou rendre inaccessible tout contenu haineux dans l'heure ou dans les 24 heures suivant sa notification, un déséquilibre très fort entre l'intérêt à un retrait et les désavantages à celui-ci est de fait créé. Un opérateur de plateforme pourra se voir sanctionné pour n'avoir pas retiré un propos haineux. En revanche, rien n'est prévu pour sanctionner un retrait qui serait abusif. Cela crée un effet incitatif au retrait du point de vue des opérateurs de plateformes très grave en matière de liberté d'expression.

II. Violation du droit d'exercer un recours effectif devant les juridictions et des exigences constitutionnelles du droit à un procès équitable (article 1^{er})

L'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dispose que :

« Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ».

Le Conseil constitutionnel a affirmé, sur le fondement de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen (DDHC) de 1789, le caractère constitutionnel du droit à un recours juridictionnel effectif (notamment décisions n° 2014-387 QPC du 4 avril 2014 et 2014-390 QPC du 11 avril 2014 et Cons. constit., 21 janvier 1994, n° 93- 335 DC, cons. 4 ; 23 septembre 2016, n° 2016-569 QPC).

Au terme de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, cette disposition confère une valeur constitutionnelle au droit à un procès équitable (décisions n° 2004-492 DC du 2 mars 2004 et n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006), aux droits de la défense (notamment décision n° 93-326 DC du 11 août 1993) ou au droit à un recours juridictionnel effectif (notamment décisions n° 2014-387 QPC du 4 avril 2014 et 2014-390 QPC du 11 avril 2014 ; Cons. constit., 21 janvier 1994, n° 93-335 DC, cons. 4 ; 23 septembre 2016, n° 2016-569 QPC). A ce titre, le Conseil constitutionnel s'assure que les restrictions dans l'accès au juge procèdent d'une « *conciliation équilibrée entre le droit au recours juridictionnel effectif et l'objectif poursuivi par le législateur* » (Cons. constit., décision n° 208-709 du 1er juin 2018, cons.10).

Il juge de manière constante « *qu'en principe il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction* » (Cons. constit., 9 avril 1996, n° 96-373 DC, cons. 83 ; Cons. constit., 17 janv. 2013, n° 2012-288 QPC, cons. 4), y compris dans le cadre d'un « état d'urgence », comme il l'a rappelé au sujet de l'état d'urgence prévu par la loi du 3 avril 1955 (Cons. constit., Déc. n°2015-527 QPC du 22 décembre 2015, cons. 8 ; n°2016-535 QPC du 19 février 2016, cons. 3 ; n°2016-536 QPC du 19 février 2016, cons. 5 ; 2016-567/568 QPC du 23 septembre 2016, cons. 7 ; n°2016-600 QPC du 2 décembre 2016, cons. 6 ; n°2017-624 QPC du 16 mars 2017, cons.13).

Protégé à la fois par le droit constitutionnel et par les dispositions européennes (article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme), le droit à un recours juridictionnel effectif est fondamental. Il n'est toutefois, pas garanti par la loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet,

En effet, d'une part, la loi ne permet pas l'intervention d'un juge avant le retrait de contenu litigieux. D'autre part, la loi donne compétence aux plateformes pour connaître des litiges liés à la modération.

a) Retrait de contenu sans intervention préalable du juge

En son article 1^{er} la loi autorise des retraits ou des inaccessibilités de contenus dans un délai d'une heure ou de 24 heures selon le domaine concerné, après le signalement par un particulier sans contrôle juridictionnel préalable.

L'article 1^{er} de la loi obère ainsi le droit d'exercer un recours effectif et le droit à un procès équitable en prévoyant que les nécessités de lutte contre la provocation à des actes terroristes ou l'apologie de tels actes ainsi que la diffusion des images ou représentations de mineurs relevant de l'article 227-23 du Code pénal impliquent un retrait ou la mise en inaccessibilité dans un délai d'une heure, en cas de contenus manifestement haineux signalés. En effet, en pratique, un tel délai d'une heure met à néant toute saisine effective d'une juridiction pour pouvoir faire valoir par l'utilisateur lésé que les contenus concernés ne relèvent pas de la catégorie appréhendée.

Aucun recours effectif n'est non plus posé pour les contenus haineux plus classiques, l'article 1^{er} de la loi prévoyant la création d'un article 6-2 à la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique imposant - aux opérateurs de plateforme en ligne au sens du I de l'article L 111-7 du code de la consommation qui proposent un service de communication au public en ligne reposant sur la mise en relation de plusieurs parties en vue du partage de contenus publics et dont l'activité dépasse un seuil déterminé par décret - une obligation de retirer ou rendre inaccessible dans un délai de 24 heures tout contenu haineux.

Il en ressort qu'il sera matériellement impossible dans les deux cas (1 heure ou 24 heures) d'être en capacité d'exercer un recours effectif devant une juridiction afin de pouvoir faire intervenir un juge pour valider ou non le retrait, avant le retrait effectif dudit contenu.

Aucune phase préalable au retrait ou au fait de rendre inaccessible le contenu n'est, de fait, prévue pour permettre à l'utilisateur de saisir le juge judiciaire du retrait envisagé. Le délai d'une heure ou de 24 heures court à compter de « *la notification par une ou plusieurs personnes du contenu contrevenant* » et non à compter de l'information à l'utilisateur ayant mis en ligne le contenu, de sorte qu'aucun contradictoire n'est ouvert dans ce dispositif. Ce n'est donc qu'*a posteriori*, après le retrait ou l'inaccessibilité qu'une saisine du juge judiciaire pourrait intervenir, une fois l'effet réalisé, ce qui prive de tout sens le recours en jeu et de toute possibilité de se défendre.

La précision faite à l'article 1^{er} que « *l'autorité judiciaire peut prescrire en référé ou sur requête aux opérateurs mentionnés aux premier et deuxième alinéas du I toutes mesures propres à prévenir ou faire cesser un dommage occasionné par un contenu contrevenant aux dispositions mentionnées au premier alinéa du même I ou par le retrait d'un contenu par un opérateur* » ne paraît pas à même de combler cette lacune de l'intervention du juge judiciaire en la matière.

Les hypothèses de saisine du juge en référé ou par requête vont, dans la pratique, tendre à s'amenuiser fortement - l'effet escompté par ces saisines à savoir le retrait d'un contenu, étant en réalité déjà produit par la capacité de retrait *in extenso* des plateformes. Par ailleurs, les hypothèses de saisine *a posteriori* pour dommage causé par le retrait devant le juge judiciaire risquent d'être rares, puisqu'aucune sanction n'est prévue en cas de retrait excessif par les opérateurs de plateforme, réduisant ainsi l'intérêt d'une telle saisine.

En outre, la précision selon laquelle les opérateurs de plateforme « *rappellent également à l'utilisateur à l'origine de la publication que des sanctions civiles et pénales sont encourues pour la publication de contenus illicites* » démontre, le décalage qui s'opère - au profit des plateformes - quant à la détention du pouvoir de sanction. Les plateformes se voient ainsi dotées d'un pouvoir de rappel à la loi au profit des utilisateurs sans que la question du caractère manifestement haineux du contenu ne puisse être posée, comme condition préalable à ce rappel à la loi, et sans que les utilisateurs en question ne puissent se défendre des accusations les concernant

b) Compétence des plateformes pour connaître des litiges liés à la modération

La loi donne, en outre, compétence aux plateformes pour connaître des litiges liés à la modération des contenus, mais ne prévoit aucun cadre légal destiné à assurer la protection du droit à un recours effectif constitutionnellement garantis

En l'espèce, l'article 2 de la loi impose aux plateformes numériques de mettre en place des mécanismes de recours internes permettant :

« *a) Lorsqu'ils décident de retirer ou rendre inaccessible un contenu notifié et qu'ils disposent des informations pour contacter l'utilisateur à l'origine de la publication du contenu retiré ou rendu inaccessible, à cet utilisateur d'être informé de cette décision et des raisons qui l'ont motivée, ainsi que de la possibilité de la contester. Ils rappellent également à l'utilisateur à l'origine de la publication que des sanctions civiles et pénales sont encourues pour la publication de contenus illicites.* »

Autrement dit, les internautes se plaignant d'une atteinte à leur liberté d'expression n'auront d'autres choix que de recourir aux mécanismes prévus par la plateforme qui a pris la décision de

retirer leur contenu litigieux. A la fois juge et partie, les plateformes ne pourront manifestement pas garantir un recours effectif aux internautes.

Les lacunes des mécanismes de recours internes sont d'autant moins contestables qu'elles ont été identifiées par le Président de Facebook. En effet, pour répondre au manque d'impartialité du mécanisme de recours interne à Facebook, Mark Zuckerberg a annoncé vouloir créer une cour de justice propre à sa plateforme, mais indépendante, qui serait chargée de régler les litiges liés à la modération des contenus sur internet. (Voir article UP, Facebook va créer sa propre Cour de Justice, 27 juin 2019, par Charles Eli Guzman)

Enfin dans sa décision du 10 juin 2009, le Conseil constitutionnel a invalidé des dispositions législatives donnant compétence à la commission de protection des droits, une autorité administrative de restreindre ou d'empêcher l'accès à internet de titulaires d'abonnement au motif que cela méconnaissait le caractère fondamental de la liberté d'expression.

Les sages ont ainsi considéré que :

« Eu égard à la nature de la liberté garantie par l'article 11 de la Déclaration de 1789, le législateur ne pouvait, quelles que soient les garanties 35 encadrant le prononcé des sanctions, confier de tels pouvoirs à une autorité administrative dans le but de protéger les droits des titulaires du droit d'auteur et de droits voisins » (Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet).

A fortiori, il doit être considéré que le législateur ne peut laisser le pouvoir de décider ce qui est protégé par la liberté d'expression à des plateformes numériques qui sont pour la plupart guidées avant tout par des considérations économiques.

III. Violation de l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi (articles 1, 4, 10, 11)

Alors que « le principe de clarté de la loi découle de l'article 34 de la Constitution » (décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, Loi de modernisation sociale, Rec. p. 49) et que « l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789 » (décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005, Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école, Rec. p. 72), ce qui impose au législateur « d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques afin de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi » (décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005, précitée), en l'espèce, plusieurs dispositions de cette loi contreviennent à cet objectif.

L'article 4 en ce qu'il prévoit que les opérateurs sont tenus de « respecter les obligations suivantes dont la mise en œuvre doit être proportionnée et nécessaire au regard de l'atteinte susceptible d'être portée à la dignité humaine » contient déjà une imprécision majeure en ce sens qu'il prévoit l'obligation de retirer un contenu, sans débat contradictoire, alors que les atteintes ne se trouvent qu'au stade - très rapidement atteint - de la potentialité.

L'article 10 en ce qu'il crée des compétences judiciaires peu claires ne remplit pas non plus cet objectif. Il est prévu la désignation d'un tribunal judiciaire par décret qui prendra en charge ce contentieux en exerçant une compétence concurrente à celle qui résulte des articles 43, 52 et 382 du code de procédure pénale. Or, il est constant que le parquet de Paris est déjà compétent de façon

concurrente au niveau national en matière de cybercriminalité (article 706-72 et suivants du code de procédure pénale). Dès lors, si d'aventure un autre tribunal judiciaire que celui de Paris était désigné par décret, une confusion importante existerait en termes de compétences entre juridictions.

Dans la même logique, l'article 11 prévoit en cas de contrôle judiciaire une nouvelle obligation de ne « *pas adresser de messages à la victime, de façon directe ou indirecte, par tout moyen, y compris par voie électronique* » et en cas de sursis probatoire une « *interdiction d'adresser des messages à la victime, de façon directe ou indirecte, par tout moyen, y compris par voie électronique*. ».

Or, ces interdictions existent déjà également et ne font que reprendre ce qui est déjà prévu dans l'interdiction de contact en tant que telle, qui englobe certes les contacts physiques mais aussi les contacts virtuels - de sorte que prévoir ces interdictions expressément ne peut que rendre plus complexe l'exécution de ses obligations par un justiciable. En outre, que faudra-t-il déduire de l'envoi d'un message électronique à la victime par une personne soumise à une interdiction de contact mais pas à l'interdiction prévue par cet article 11 ? Pour l'ensemble de ces raisons, prévoir à nouveau ces interdictions est contraire à l'intelligibilité de la loi.

Enfin, à l'article 1er la définition des contenus haineux devant être retirés est également très large. Les contenus devant être retirés peuvent ainsi aller des propos contrevenant à la lutte contre le harcèlement sexuel, contestant l'existence de crimes contre l'humanité tels que définis par l'article 6 du statut du tribunal militaire international annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945 ou niant, minimisant ou banalisant de façon outrancière les autres crimes contre l'humanité, en passant par les propos provoquant à la commission d'actes de terrorisme ou en faisant l'apologie, ainsi qu'à ceux correspondant à de la diffusion, fixation et enregistrement de clichés pédopornographiques ou comportant un caractère violent pornographique, pour aller jusqu'aux propos comportant une incitation à la haine, à la violence, à la discrimination ou une injure envers une personne ou un groupe de personnes à raison de l'origine, d'une prétendue race, de la religion, de l'ethnie, de la nationalité, du sexe, de l'orientation sexuelle, de l'identité de genre ou du handicap, vrais ou supposés. Cette diversité des contenus qualifiés de haineux rend la notion d'autant plus difficile à appréhender pour les plateformes qui seront encore plus tentées de les interpréter largement et sans discernement.

IV. Violation du principe de nécessité des délits et des peines (Article 1^{er} et 12 de la loi)

Il appartient au législateur, en vertu de l'article 34 de la Constitution, de fixer les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques et d'assurer à ce titre la conciliation entre ces libertés et d'autres exigences constitutionnelles liées notamment à la recherche des auteurs d'infractions (décision n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004 ; décision n° 2011-209 QPC du 17 janvier 2012).

Cette disposition constitutionnelle impose ainsi au législateur de définir suffisamment les éléments constitutifs d'une infraction (décision n° 2016-741 DC du 8 décembre 2016, *Loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*).

Or, dans les articles 1 et 12 de la loi cette condition de définition précise des éléments constitutifs d'une infraction n'est pas remplie. Ainsi, il est mentionné que « *le caractère intentionnel de l'infraction mentionnée (...) peut résulter de l'absence d'examen proportionné et nécessaire du contenu notifié* ». Cette mention pose question et interroge sur l'intentionnalité requise dès lors que pourra être considéré comme intentionnel le fait de ne pas avoir fait d'examen proportionné et nécessaire d'un contenu alors pourtant que ce même contenu est défini préalablement à l'article 4 comme « *susceptible* » de constituer une atteinte. L'on recherchera donc une intentionnalité par

rapport à un propos dont l'atteinte qu'il serait susceptible de causer est seulement potentielle. En outre, le terme « *examen proportionné et nécessaire du contenu notifié* » est extrêmement flou et en décalage par rapport à la réalité de la mise en ligne des contenus.

V. Violation de l'obligation constitutionnelle d'un contrôle direct et effectif de l'autorité judiciaire sur les atteintes aux libertés individuelles (article 2,3 et 4 de la loi)

L'article 66 de la Constitution dispose que :

« L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi ».

Il appartient au législateur, en vertu de l'article 34 de la Constitution, de fixer les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques et d'assurer à ce titre la conciliation entre la liberté individuelle et d'autres exigences constitutionnelles (décision n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004 ; décision n° 2011-209 QPC du 17 janvier 2012).

Ce contrôle direct et effectif de l'autorité judiciaire sur les atteintes à la liberté individuelle, en l'espèce la liberté d'expression, n'est pas garanti par cette loi, dès lors que le contrôle relatif aux contenus haineux est désormais entre les mains du CSA et non de l'autorité judiciaire qui est reléguée au troisième plan. Le CSA se voit en effet doté de nouveaux pouvoirs de recommandation, de mise en demeure et de sanction. Par ailleurs, outre ces nouveaux pouvoirs « para-judiciaires », il est sommé de remplacer la CNIL dans les contentieux terroriste et pédopornographique.

L'autorité judiciaire est par ce biais démunie de ces moyens de contrôle direct et effectif sur les atteintes à la liberté individuelle, ne pouvant intervenir légalement qu'*a posteriori* dans des conditions d'ineffectivité privant son intervention de tout sens.

VI. Incompétence négative (article 1^{er} ter B de la loi)

Par deux décisions du 21 mars 2019, le Conseil constitutionnel a déduit pour la première fois des dixième et onzième alinéas du Préambule de la Constitution de 1946 l'existence d'une exigence de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant. Il a ainsi jugé que :

Aux termes de ces dispositions : « La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement. - Elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs ».

Dans son dossier de juillet 2014, le Conseil constitutionnel rappelle les exigences en matière d'incompétence négative.

Il précise ainsi :

« La Constitution fixe, notamment en son article 34, le domaine de la loi. Le Conseil constitutionnel est attentif à ce que le législateur ne reporte pas sur une autorité administrative, notamment le pouvoir réglementaire, ou sur une autorité juridictionnelle le soin de fixer des règles ou des principes dont la détermination n'a été confiée qu'à la loi. Pour ne pas se placer en situation d'incompétence négative, le législateur doit déterminer avec une précision suffisante les conditions dans lesquelles est mis en œuvre le principe ou la règle qu'il vient de poser. »

Dans une décision de 2006, le Conseil constitutionnel a considéré que :

la loi « doit en effet prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi ». (Cons. Constit. Déc. n° 2006-540 DC, 27 juillet 2006, Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, cons. 9)

Or aux termes de l'article 34 de la Constitution :

« La loi fixe les règles concernant : - les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ».

Il résulte de cette disposition que seule la loi peut définir les conditions dans lesquelles les citoyens peuvent jouir des libertés publiques. Parmi ces libertés figure l'exigence de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Or l'article 1^{er} ter B énonce que lorsqu'une association saisie par un mineur notifie un contenu :

« L'association conteste s'il y a lieu le défaut de retrait du contenu, sans préjudice du droit d'agir des représentants légaux du mineur concerné. Elle informe le mineur et, selon des modalités adaptées à l'intérêt supérieur de l'enfant, ses représentants légaux des suites données à sa demande. Elle assure la conservation des données transmises par le mineur nécessaires à l'action tendant à obtenir le retrait du contenu mentionné au premier alinéa du présent VI. »

En omettant de préciser ce qu'il faut entendre par l'expression « selon des modalités adaptées à l'intérêt supérieur de l'enfant », le législateur prive de garanties légales des exigences constitutionnelles.

L'utilisation de cette expression floue conduit nécessairement à abandonner une grande latitude au pouvoir réglementaire ou juridictionnel.

Pire encore, une telle terminologie ne permet pas de comprendre si, lorsque l'intérêt supérieur de l'enfant le commande, les associations pourront ne pas avertir les représentants légaux.

Compte tenu de sa rédaction et des carences légales qui en résultent, les dispositions litigieuses exposent indubitablement les personnes mineures à une incertitude autour de l'information qui sera donnée à leurs représentants légaux.

Or, le mécanisme mis en place pour les mineurs a précisément pour but d'aider les mineurs les plus vulnérables, et notamment les enfants LGBT qui n'ont pas informé leurs représentants légaux de leur orientation sexuelle. La loi ne garantit pas la protection de l'intérêt supérieur de ces enfants particulièrement vulnérables qui de ce chef se détourneront probablement du mécanisme de signalement instauré par la loi.

Pour l'ensemble de ces motifs, nous estimons que nombreuses dispositions de la proposition de loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet sont contraires à la Constitution.

Nous vous prions d'agréer, Monsieur le président, Mesdames et Messieurs les membres du Conseil constitutionnel, à l'assurance de notre haute considération.



À l'attention de Mesdames et Messieurs les membres du Conseil constitutionnel

2, rue de Montpensier

75001 Paris

Paris, le 1er juin 2020,

Observations sur l'atteinte au principe du contradictoire et au droit à un recours effectif portée par la loi visant à lutter contre les contenus haineux sur Internet (affaire n°2020-801 DC)

Monsieur le Président,

Mesdames, Messieurs les Conseillers,

Aeon est une association loi de 1901 regroupant trois professionnels du droit (avocats et responsable juridique) dont l'objet est notamment la promotion de la réflexion et de la recherche en matières juridique, éthique, philosophique, sociologique et économique, lorsqu'elles sont en lien avec les nouvelles technologies et leur actualité. Elle édite à ce titre le site <aeonlaw.eu>, au travers duquel elle diffuse des articles de doctrine juridique.

C'est dans ce cadre que l'association Aeon s'intéresse aux évolutions législatives en droit du numérique, et qu'elle a en particulier suivi de près l'adoption de la loi visant à lutter contre les contenus haineux sur Internet.

L'association Aeon a pris connaissance de la saisine du Conseil constitutionnel par soixante sénateurs en date du 18 mai 2020, et du contenu des contributions extérieures de l'organisation professionnelle TECH IN France et des associations Wikimédia France, La Quadrature du Net et Franciliens.net.

Elle souhaite tout d'abord exprimer son soutien plein et entier aux arguments développés par l'ensemble de ces acteurs visant à critiquer les atteintes à la liberté d'expression et de communication et au droit à un recours effectif. Le but de cette intervention a pour but de compléter ces observations déjà présentées, en y ajoutant, d'une part, un grief identifié quant au principe du contradictoire, et, d'autre part, des motivations supplémentaires au grief, déjà présenté par les acteurs précités, relatif au droit à un recours effectif.

En effet, en sus des atteintes exposées dans les observations sus-évoquées, l'association Aeon souhaite porter à la connaissance du Conseil celles portées au principe du contradictoire (I.) ainsi qu'au droit au recours effectif (II.) par le paragraphe 11 de l'article 1er et par l'article 2.II de la loi visant à lutter contre les contenus haineux sur Internet.

Association Aeon Codislo

45 bis avenue Victor Cresson

92130 – Issy les Moulineaux

I. Sur l'atteinte au principe du contradictoire constituée par le paragraphe 11 de l'article 1er et par l'article 2.II de la loi visant à lutter contre les contenus haineux sur Internet

Le principe du contradictoire est l'une des composantes du droit à un procès équitable, et constitue en tant que tel un principe fondamental de la justice moderne.

Consacré par l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales¹, il irrigue l'ensemble des procédures civiles, pénales et administratives. En assurant que tous les moyens et arguments exposés au cours d'un litige sont connus de l'ensemble des parties, le principe du contradictoire permet de garantir que toute personne dont la situation est susceptible d'être affectée par une contrainte légale ait eu préalablement l'opportunité de contester les griefs qui lui sont opposés, et donc de conférer à la justice son caractère intersubjectif et sa légitimité dans un système juridique démocratique.

Il s'agit en effet de garantir qu'une décision juridictionnelle, qu'elle soit de nature judiciaire ou administrative, ne sera jamais rendue de manière arbitraire sur la base des seuls éléments fournis par la partie poursuivante, avec pour conséquence une condamnation ou autre forme de contrainte imposée à la partie poursuivie. Un tel cas de figure engendrerait nécessairement de la défiance. Le contradictoire permet aux justiciables d'avoir confiance dans la motivation de la décision rendue, et donc d'accepter les conséquences de la décision, même si celles-ci sont défavorables, car la procédure qui l'a vue naître est reconnue comme équitable.

Votre juridiction n'a jamais manqué de souligner l'importance de ce principe, en le rattachant plus largement au caractère fondamental des droits de la défense et en refusant au législateur, par exemple, toute possibilité de supprimer le sursis à exécution contre les décisions du Conseil de la concurrence².

S'il guide la procédure juridictionnelle, le principe du contradictoire ne se limite pas aux prétoires. Par son arrêt *Dame veuve Trompier-Gravier*, le Conseil d'État l'a érigé en principe général du droit, en exigeant son respect lors de la prise d'une décision administrative individuelle³. De manière encore plus générale, pour la Cour de justice de l'Union européenne, il

¹ La Cour européenne des droits de l'Homme le considère ainsi comme une garantie fondamentale du procès équitable (CEDH 19 déc. 1989, *Kamasinski c/ Autriche*, n° 9783/82).

² Cons. const. 23 janv. 1987, n° 86-224 DC. Voir plus largement l'ensemble des décisions suivantes, qui illustrent toutes la mise en œuvre de ce principe par le Conseil constitutionnel : Cons. const. 2 déc. 1976, n° 76-70 DC ; Cons. const. 19-20 janv. 1981, n° 81-127 ; Cons. const. 13 n°v. 1985, n° 85-142 ; Cons. const. 3 sept. 1986, n°s 86-213 , 214 et 215 DC ; Cons. const. 28 juill. 1989, n° 89-260 DC ; Cons. const. 29 déc. 1989, n° 89-268 DC ; Cons. const. 13 août 1993, n° 93-325 DC ; Cons. const. 11 août 1993, n° 93-326 DC ; Cons. const. 20 janv. 1994, n° 93-334 DC ; Cons. const. 22 avr. 1997, n° 97-389 DC ; Cons. const. 27 n°v. 2001, n° 2001-451 DC.

³ CE, Sect., 5 mai 1944, *Dame Veuve Trompier-Gravier*, n° 69751, Lebon.

doit s'appliquer « à toute procédure susceptible d'aboutir à une décision d'une institution communautaire affectant de manière sensible les intérêts d'une personne » (CJCE 10 juill. 2001, Ismeri Europa Srl, aff. C-315/99 ; CJCE 23 oct. 1974, Transocean Marine Paint c/ Commission, aff. 17/74, Rec. 1063).

Les juridictions françaises ont ainsi imposé le respect du contradictoire dans le cadre des procédures décisionnelles de nombreuses administrations telles que la Commission centrale d'aide sociale⁴, le Conseil supérieur de l'éducation⁵, le CNESER⁶, la COB⁷, l'Autorité de la concurrence⁸, l'Autorité des marchés financiers⁹, la Cour de discipline budgétaire et financière¹⁰ ou encore les instances disciplinaires ordinaires¹¹.

Au-delà des juridictions et des administrations, le champ d'application du principe du contradictoire s'étend même jusqu'aux acteurs privés, lorsque ces derniers prennent des décisions susceptibles d'affecter de manière significative la situation des personnes concernées. Ainsi les règles du procès équitable ont-elles été imposées à des procédures extra-judiciaires telles que les procédures de révocation en droit des sociétés¹² ou les procédures d'instruction des demandes de prise en charge des accidents du travail et maladies professionnelles¹³.

⁴ CE, 29/07/1994, Département de l'Indre, concl. J.-C. Bonichot, RFDA, 1995, p. 162 ; chron. L. Touvert et J.-H. Stahl, AJDA, 1994, p. 691.

⁵ CE, 10/01/2000, Massard, n°190041.

⁶ CE, 19/01/2000, Mlle Pawlowski, n°187353 ; CE, 7/06/2000, Zurmely, n°206362.

⁷ Cass., Ass. plén., 5/02/1999, COB c/ Oury, Gaz. Pal., 24-25/02/1999, concl. M.-A. Lafortune, JCP, 1999, II, 10060, note H. Matsopoulou.

⁸ Cass. com., 5/10/1999, Campenon Bernard SGE, JCP., G, 2000, II, 10255, note E. Cadou.

⁹ CE, 3/12/1999, Didier, RFDA, 2000, p. 584, concl. A. Seban, JCP, G, 2000, II, 10267, note F. Sudre, AJDA, 2000, p. 172, chron. M. Guyomar et P. Collin, p. 120.

¹⁰ CE, 30/10/1998, Lorenzi, AJDA, 1998, p. 1047, RDP, 1999, p. 633, note G. Eckert.

¹¹ CE, 30/12/1996, L'Hermitte, RTDH, 1998, p. 365, obs. J. Andriantsimbazovina ; Cass. 1° civ, 31/03/1998, L. et a. c/ Proc. Gén. prés CA Rennes et 28/04/1998, G. c/ C. et a, JCP, G, 1999, II, 10102, note J. Pralus-Dupuy ; Cass. 1° civ, 5/10/1999, C. c/ Proc. Gén. prés CA Basse-Terre et D. c/ Proc. Gén. prés CA Douai, JCP, G, 1999, II, 10203, concl. M. Jerry Saint-Rose.

¹² Com., 3 janvier 1996, Bull. 1996, IV, n° 7, pourvoi n° 94-10.765 ; Com., 26 novembre 1996, Bull. 1996, IV, n° 294, pourvoi n° 94-15.661 ; Com., 18 février 2004, pourvoi n° 00-17.659 ; Com., 12 mai 2004, pourvoi n° 00-19.415 ; Com., 4 novembre 2008, pourvoi n° 07-19.303.

¹³ Soc., 19 décembre 2002, Bull. 2002, V, n° 403, 7 arrêts : pourvois n° 01-20.384, 00-19.052, 00-21.112, 01-20.383, 01-20.828, 01-20.913 et 01-20.97.

De même le respect de ce principe fait partie du socle minimal de règles processuelles légalement imposé aux instances arbitrales¹⁴. Enfin, le Règlement (UE) 2019/1150 du 20 juin 2019 promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne (dit « Platform 2 Business ») impose aux éditeurs de services d'intermédiation entre professionnels et particuliers, lorsqu'ils envisagent de suspendre, restreindre ou résilier la fourniture d'un service d'intermédiation en ligne, de (i) transmettre à l'entreprise utilisatrice visée l'exposé des motifs justifiant la décision envisagée par l'éditeur préalablement à ce que celle-ci soit mise en oeuvre mais également et surtout, en préservation de la contradiction, (ii) de laisser à cette entreprise la faculté de clarifier, auprès de l'éditeur, les faits et les circonstances dans le cadre du processus interne de traitement des plaintes prévu par le règlement précité¹⁵.

D'une manière générale, certains principes directeurs du procès doivent ainsi être respectés en dehors de la matière judiciaire, dès lors qu'est en jeu une décision susceptible de produire des effets juridiques¹⁶.

En l'espèce, le paragraphe 11 de l'article 1er et l'article 2.II de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel concernent, au premier chef, les modalités de signalement et de retrait, par les acteurs privés qui les hébergent (les « *hébergeurs* »), de contenus publiés sur des services de communication au public en ligne, c'est-à-dire sur le web.

Il ne fait pas de doute que le retrait d'un contenu en ligne est une décision impliquant d'importants effets pour les personnes concernées, à savoir aussi bien l'auteur de ce contenu que les internautes susceptibles d'y accéder, et plus généralement les tiers susceptibles d'être visés ou touchés par ce contenu.

Si le contenu est licite, son retrait est une atteinte à la liberté d'expression et de communication de son auteur, et, dans certaines circonstances, au droit à l'information du public. Si à l'inverse le contenu est illicite, son maintien est à l'origine d'une infraction susceptible de porter préjudice aux personnes visées. Dans tous les cas, le maintien comme le retrait du contenu relèvent de la liberté d'expression et de la liberté d'entreprendre de l'hébergeur. Cette ambivalence est amplement décrite dans les saisines et contributions extérieures déjà soumises au Conseil dans le cadre de l'examen de cette loi.

¹⁴ Voir art. 1460 du Code de procédure civile, lu conjointement avec ses articles 14 à 17.

¹⁵ Voir art. 4.1 à 4.3 et 1 du Règlement (UE) 2019/1150 du 20 juin 2019.

¹⁶ Cette extension a notamment été à l'initiative de la CEDH, voir entre autres CEDH, Cour (Chambre), 26 oct. 1984, n° 9186/80.

Le Conseil constitutionnel est, du reste, bien conscient de la sensibilité de ce débat et des conséquences juridiques qu'il est susceptible d'avoir, comme en témoignent ses décisions passées.

Dans sa décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009 sur la loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet, le Conseil constitutionnel n'a reconnu la conformité à la Constitution de l'article L. 336-2 du Code de la propriété intellectuelle, qui permet aux ayants droit d'obtenir le blocage de contenus diffusés sur Internet et portant atteinte à un droit d'auteur ou à un droit voisin, que dans la mesure où cet article prévoyait justement un débat judiciaire, et donc « *une procédure contradictoire* ». Mesurant bien la portée des risques d'atteinte à la liberté d'expression en cas de blocage injustifié du contenu, le Conseil constitutionnel avait d'ailleurs insisté sur le fait que ce débat contradictoire devrait porter sur le caractère « *strictement nécessaire* » des mesures de blocage.

En l'espèce, la loi visant à lutter contre les contenus haineux sur Internet vient amender plusieurs dispositions de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (« LCEN ») transposant la Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« Directive eCommerce »).

Or, là où la Directive eCommerce et la LCEN avaient prévu des garanties solides pour le respect du principe du contradictoire dans la procédure de retrait de contenus illicites en ligne par les hébergeurs, la loi nouvelle, telle que soumise à l'examen du Conseil, viendrait annuler ces garanties, portant ainsi atteinte au principe constitutionnel de respect des droits de la défense et du procès équitable.

En effet, la Directive eCommerce prévoit la possibilité d'une intervention d'un juge (et donc, a priori, d'une procédure contradictoire) tout en ne fermant pas la porte à l'établissement d'autres types de procédures contradictoires¹⁷.

¹⁷ Considérant 45 : Les limitations de responsabilité des prestataires de services intermédiaires prévues dans la présente directive sont sans préjudice de la possibilité d'actions en cessation de différents types. Ces actions en cessation peuvent notamment revêtir la forme de décisions de tribunaux ou d'autorités administratives exigeant qu'il soit mis un terme à toute violation ou que l'on prévienne toute violation, y compris en retirant les informations illicites ou en rendant l'accès à ces dernières impossible.

Considérant 46 : [...] Il y a lieu de procéder à leur retrait ou de rendre leur accès impossible dans le respect du principe de la liberté d'expression et des procédures établies à cet effet au niveau national. La présente directive n'affecte pas la possibilité qu'ont les États membres de définir des exigences spécifiques auxquelles il doit être satisfait promptement avant de retirer des informations ou d'en rendre l'accès impossible.

Article 14 §3 : Le présent article n'affecte pas la possibilité, pour une juridiction ou une autorité administrative, conformément aux systèmes juridiques des États membres, d'exiger du prestataire qu'il mette un terme à une violation ou qu'il prévienne une violation et n'affecte pas non plus la possibilité, pour

C'est ainsi que certains auteurs notent l'exemple de la Finlande, dont la transposition de la Directive eCommerce prévoit une double place pour la contradiction. La procédure finlandaise pose comme principe le retrait de contenus sur décision contradictoire rendue par un juge. Cette décision peut faire l'objet d'un recours dans les 14 jours qui la suivent. Par ailleurs, pour certains contenus enfreignant des droits de propriété littéraire et artistique ou certaines dispositions pénales, le retrait peut être requis par simple notification de la personne lésée. Cependant, même lors de cette procédure sur notification, le principe du contradictoire est également protégé par la transposition finlandaise, qui requiert que, le cas échéant, l'hébergeur et/ou l'auteur du contenu ai(en)t pu faire valoir sa (leur) position. La procédure finlandaise impose ainsi à l'hébergeur de notifier l'auteur du contenu de la demande de retrait, et l'auteur disposera d'un délai de 14 jours pour contester la demande devant une juridiction non contentieuse. La procédure finlandaise permet donc à chaque étape de confronter les deux véritables parties au litige : le demandeur et la personne ayant mis en ligne le contenu, l'hébergeur ou la plateforme n'étant qu'un intermédiaire technique neutre. Ainsi, il est logique de faire discuter du retrait de contenu la partie estimant que ce retrait est justifié et la partie ayant décidé originellement de mettre ce contenu en ligne¹⁸.

La LCEN, qui transpose la Directive eCommerce en droit français, respecte elle aussi le principe du contradictoire en imposant que les notifications de contenus illicites à l'hébergeur, lorsqu'elles sont émises en l'absence de décision de justice, n'entraînent une présomption de connaissance des faits litigieux dans le chef de l'hébergeur que si et pour autant qu'elles contiennent « *la copie de la correspondance adressée à l'auteur ou à l'éditeur des informations ou activités litigieuses demandant leur interruption, leur retrait ou leur modification, ou la justification de ce que l'auteur ou l'éditeur n'a pu être contacté* »¹⁹.

Ce faisant, la LCEN impose aux demandeurs à un retrait de contenus qu'ils justifient avoir a minima tenté de contacter l'auteur de ces contenus, et donc d'avoir tenté de régler le différend directement auprès de l'auteur des contenus.

L'inspiration est claire : une procédure judiciaire sera réputée contradictoire si la partie adverse a été régulièrement appelée mais n'a pas comparu²⁰. Il en va de même dans la procédure de notification LCEN : le demandeur doit avoir contacté l'auteur des faits et n'avoir pas eu gain de cause, ou, le cas échéant, démontrer être dans l'impossibilité de le faire. En pratique, sur les réseaux sociaux, les auteurs des faits peuvent être aisément contactés à moins d'avoir activé

les États membres, d'instaurer des procédures régissant le retrait de ces informations ou les actions pour en rendre l'accès impossible.

¹⁸ Sur ce sujet, voir HARDOUIN Ronan, Thèse « *La Responsabilité Limitée des Prestataires Techniques dans la Loi pour la Confiance dans l'Économie Numérique* », soutenue le 13 décembre 2011.

¹⁹ LCEN article 6.I.5.

²⁰ Par exemple en matière civile, voir articles 14 et s. ainsi que 471 et s. du Code de procédure civile.

des options de blocage des messages directs : la tentative ou l'impossibilité de prise de contact est donc aisée à démontrer.

Elle permet par ailleurs de garantir le respect du principe fondamental du contradictoire dans une matière donnant lieu à une décision, fût-ce-t-elle rendue par un acteur privé, produisant des effets de nature juridique : le retrait ou le maintien d'un contenu en ligne. La tentative de contact permet en effet aux deux parties réellement en cause (l'auteur des contenus et la personne qui s'estime lésée par ces derniers) d'en débattre, et potentiellement d'aboutir à un accord amiable entre ces deux parties, et ce sans faire intervenir le tiers au différend qu'est l'hébergeur.

Cette tentative de contact préalable permet ainsi de se conformer au principe constitutionnel du contradictoire tout en préservant les droits de la personne qui s'estime lésée. En effet, le texte ne mentionne qu'un courrier envoyé à l'auteur du contenu litigieux, et non une obligation d'échec des discussions entre les parties : la demande de retrait peut donc être notifiée à l'hébergeur peu après celle envoyée à l'auteur des faits.

Le Conseil d'Etat avait d'ailleurs déjà eu l'occasion de souligner l'importance d'inclure des garanties solides en matière de contradictoire dans le texte de la loi, lors de son avis rendu sur la version initiale de cette dernière, en invitant le législateur à prévoir l'obligation, pour les hébergeurs, de mettre en place des mécanismes de recours internes - obligation depuis lors insérée dans la loi²¹.

On ne peut donc que s'étonner des dispositions précitées de la loi visant à lutter contre les contenus haineux sur Internet, qui tendraient, si elles étaient promulguées en l'état, à annuler l'ensemble de ces garanties du contradictoire.

En effet, le II de l'article 2 de la loi ajoute au dernier alinéa de l'article 6.I-5 de la LCEN, c'est-à-dire l'alinéa prévoyant l'obligation de tentative de résolution du litige directement auprès de l'auteur du contenu, la précision que *« cette condition n'est pas exigée pour la notification des infractions mentionnées au troisième alinéa du 7 du présent I ainsi qu'à l'article 24 bis et aux troisième et quatrième alinéas de l'article 33 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse »*.

De même, le paragraphe 11 de l'article 1er de la loi précise que *« le délai prévu aux premier et deuxième alinéas du présent I court à compter de la réception par l'opérateur d'une notification comprenant les éléments mentionnés aux deuxième à avant-dernier alinéas du 5 du I de l'article 6 de la [LCEN] »*. Ce paragraphe prévoit ainsi que l'hébergeur est tenu de procéder lui-même à l'examen du contenu litigieux et de le retirer, le cas échéant, sous un délai de 24h dès lors qu'il a reçu une notification d'un quelconque tiers, sans obligation pour l'auteur de cette notification de démontrer avoir préalablement tenté de régler le litige auprès de l'auteur du contenu, ou même d'avoir tenté de contacter cet auteur.

²¹ Avis du Conseil d'Etat n°397368 du jeudi 16 mai 2019 visant à lutter contre la haine sur Internet, §27

Par ces deux dispositions, la loi soumise à l'examen du Conseil tend ainsi à dispenser du respect du principe du contradictoire les procédures de retrait des contenus dits « haineux », et ce sans apporter de garanties appropriées ni de justifications quant à la proportionnalité de ce dispositif.

Ce faisant, les dispositions susvisées de la loi visant à lutter contre les contenus haineux sur Internet portent donc une atteinte au principe constitutionnel du contradictoire - atteinte injustifiée car disproportionnée - et devront donc être déclarées contraires à la Constitution.

La seule justification avancée au cours des débats parlementaires sur la loi est en effet que cette atteinte au principe du contradictoire ne serait justifiée que par un souci de « *simplifier le signalement* ».

Or, le risque d'atteinte à des principes fondateurs du droit, et notamment au principe du contradictoire, avait déjà été soulevé en séance par Madame la députée Frédérique Dumas, qui avait ainsi affirmée être « surprise par les arguments avancés : « *On veut aller vite, il faut supprimer tout formalisme.* » Mais il ne s'agit pas de formalisme, mais de traiter des données très importantes représentant des valeurs fondamentales. Et ce n'est pas parce qu'on passe dans le monde du numérique qu'il faut faire tout et n'importe quoi en la matière. [...] On est vraiment en train de passer à côté de ce qui fonde notre droit depuis deux cents ans. Pourquoi ne pas changer les choses, certes, mais il ne suffit pas de dire : « *Il faut aller vite.* » Ne confondons pas vitesse et précipitation, je le dis avec d'autres collègues depuis des mois sur la plupart des sujets que traite notre assemblée »²².

Ces dispositions portent donc atteinte à un principe constitutionnel, et ce sous la seule justification de rendre des notifications de contenus potentiellement illicites plus faciles pour le demandeur. L'atteinte au principe constitutionnelle est donc manifestement disproportionnée.

II. Sur l'atteinte au droit à un recours effectif constituée par le paragraphe 11 de l'article 1er et par l'article 2.II de la loi visant à lutter contre les contenus haineux sur Internet

Les dispositions contestées portent non seulement atteint au principe du contradictoire, mais également au droit à un recours effectif de l'auteur du contenu visé par une demande de retrait.

Le droit à un recours effectif est la pierre angulaire de l'effectivité du droit et de l'accès des justiciables à la justice en ce qu'il a vocation à garantir que toute personne s'estimant lésée dans ses droits puisse accéder à un juge afin de les faire valoir.

²² Intervention de Mme Frédérique Dumas lors des débats publics en première lecture à l'Assemblée nationale, 4 juillet 2019, <http://www.assemblee-nationale.fr/15/cr/2018-2019-extra/20191006.asp#P1797383>

Explicitement consacré comme droit fondamental en droit européen au titre de l'article 13 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme ainsi qu'en droit unioniste au titre de l'article 47 de la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne, le Conseil constitutionnel a régulièrement l'occasion de rappeler qu'il trouve également fondement dans la Constitution²³.

C'est précisément ce droit à un recours effectif que met en œuvre l'obligation, pesant sur la personne sollicitant le retrait d'un contenu auprès d'un hébergeur, de contacter (ou de tenter de le faire) l'auteur du contenu litigieux préalablement à la notification de l'hébergeur. Elle a en effet pour double objectif (i) d'informer l'auteur du contenu litigieux de l'existence d'un litige, de l'identité de l'entité s'estimant lésée dans ses droits et des griefs qui lui sont opposés et (ii) de mettre l'auteur du contenu litigieux en capacité de pouvoir, à tout moment et y compris avant que l'hébergeur n'ait statué sur la demande du notifiant, saisir les autorités judiciaires afin de faire valoir ses droits à l'encontre du notifiant ou de l'hébergeur lui-même pour apporter des éléments de faits et de droit contestant la demande du notifiant.

C'est d'ailleurs, exactement dans la recherche de ce juste équilibre que le législateur français avait fait de la preuve d'une communication préalable entre le notifiant et l'auteur du contenu litigieux (ou de son impossibilité) une mention obligatoire des notifications adressées aux hébergeurs:

« J'ajoute que, comme le plaignant ou le notifiant sera obligé de saisir avant l'éditeur du site, ce dernier sera mis au courant du fait qu'on reproche à ce site de contenir des informations illicites et pourra se concerter avec l'hébergeur pour défendre ses droit face à la plainte dont il est l'objet.

Nous disposerions ainsi d'un système équilibré dans lequel l'hébergeur et le requérant, en respectant chacun une certaine procédure, seraient pleinement informés. Il limiterait les contestations abusives auprès du prestataire et donnerait à celui-ci les éléments pour prendre clairement ses responsabilité. »²⁴

Le législateur européen n'est pas en reste puisque c'est également la préservation du droit au recours effectif qui sous-tend l'obligation issue du Règlement Platform 2 Business tendant à ce que les plateformes informent leurs entreprises utilisatrices préalablement à la mise en oeuvre d'une décision de suspension, de résiliation ou de restriction d'un service d'intermédiation :

²³ Voir not. Décision n° 96-373 DC du 9 avril 1996, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française* (cons. 83) et Décision n° 2014-403 QPC du 13 juin 2014, *M. Laurent* (cons. 3).

²⁴ Intervention de Monsieur Martin Lalande au soutien de l'amendement n°5 présenté en 1ère lecture de la LCEN au cours de la 2e séance du mercredi 26 février 2003, <http://www.assemblee-nationale.fr/12/cr/2002-2003/20030150.asp#TopOfPage>.

« Ces décisions pouvant cependant avoir des incidences notables sur les intérêts de l'entreprise utilisatrice concernée, il convient de transmettre à celle-ci, avant la restriction ou la suspension ou au moment où celle-ci prend effet, et sur un support durable, une motivation de cette décision.

[...]

L'exposé des motifs de la décision de restreindre, de suspendre ou de résilier la fourniture de services d'intermédiation en ligne devrait permettre aux entreprises utilisatrices de déterminer si la décision peut être contestée, ce qui améliorerait les possibilités, pour les entreprises utilisatrices, d'exercer un droit de recours effectif le cas échéant. L'exposé des motifs devrait indiquer les raisons de la décision, sur le fondement des motifs prévus au préalable par le fournisseur dans ses conditions générales, et se référer de manière proportionnée aux circonstances spécifiques, y compris aux signalements émanant de tiers, ayant conduit à cette décision. » ²⁵

Certes, la rédaction actuelle de la loi visant à lutter contre les contenus haineux sur Internet prévoit, aux paragraphes 8 à 11 de son article 4, certaines garanties permettant de préserver le droit à un recours effectif de l'auteur d'un contenu litigieux par l'intermédiaire d'une obligation, pour les hébergeurs, de mettre en place un dispositif de recours interne permettant aux auteurs de contenus retirés à la suite d'un signalement de contester la décision de retrait dont ils ont fait l'objet auprès des hébergeurs.

Ce droit au recours effectif est également partiellement préservé par le simple fait que l'auteur d'un contenu retiré dispose, en tout état de cause, de la faculté d'attraire un hébergeur ayant retiré ledit contenu devant les juridictions compétentes afin d'être rétabli dans ses droits.

Cependant, ces garanties ne sont pas suffisantes. En effet, il n'existe à ce jour dans la loi aucun dispositif permettant à l'auteur d'un contenu signalé de connaître l'identité des individus ayant effectué un signalement auprès d'un hébergeur de sorte que celui qui voit son contenu retiré et qui s'estimerait lésé dans ses droits de ce fait se trouve dans l'incapacité d'agir contre le ou les notifiants pertinents.

Afin de préserver le droit à un recours effectif des auteurs de contenus signalés, il est donc d'une importance capitale de rétablir l'exigence de correspondance entre l'auteur d'un signalement et l'auteur d'un contenu litigieux (ou de preuve de son impossibilité) préalablement à la notification de ce contenu auprès des hébergeurs qu'écartent les dispositions prévues au paragraphe 11 de l'article 1er et l'article 2.II de la loi.

L'atteinte que constituent ces dispositions est en effet entièrement disproportionnée dans la mesure où, ainsi qu'il a été évoqué plus haut, l'exigence de correspondance préalable ne requiert pas de l'auteur d'un signalement qu'il fasse état, auprès d'un hébergeur, de l'échec d'une

²⁵ Règlement (UE) 2019/1150 du 20 juin 2019 (considérant 22).

tentative de résolution amiable du litige mais simplement du fait qu'il ait fait porter à la connaissance de l'auteur d'un contenu litigieux son identité et les motifs pour lesquels il estime que ce contenu est illicite. Il est donc loisible et très peu coûteux, pour celui qui envisage d'effectuer un signalement, de transmettre une correspondance à l'auteur du contenu litigieux (ou de constater que cette personne ne peut être contactée) puis de notifier immédiatement après ce même contenu à l'hébergeur pertinent.

Outre le caractère disproportionné de l'atteinte constituée par les dispositions du paragraphe 11 de l'article 1er et de l'article 2.II de la loi, il y a lieu de mentionner, à la marge, certaines considérations d'opportunité. En effet, dans la mesure où il n'existe, dans la rédaction actuelle de la loi, aucun mécanisme permettant à l'auteur d'un contenu ayant fait l'objet d'un signalement de connaître l'identité de ou des personnes ayant effectué ce signalement auprès de l'hébergeur, ces derniers opèrent dans une certaine forme d'anonymat. Cet anonymat partiel (seul l'hébergeur ayant reçu un signalement connaîtra l'identité de son auteur) est de nature à déresponsabiliser les auteurs de signalement, ce qui porte à son tour le risque que le mécanisme de notification soit plus fréquemment utilisé de manière abusive.

Le paragraphe 18 de l'article 1er de la loi érige certes les signalements abusifs en délit mais, faute pour l'auteur d'un contenu ayant fait l'objet d'un signalement de connaître l'identité de l'auteur de ce signalement, seuls les hébergeurs seront en capacité d'engager des poursuites contre l'auteur d'un signalement abusif ou de le porter à la connaissance du Ministère Public *via* le dépôt d'une plainte pénale. Cependant, les hébergeurs ayant vocation à recevoir et traiter un nombre de signalements très important, et du fait de l'absence de véritable enjeu pour les hébergeurs à retirer un contenu signalé, il est vraisemblable que les auteurs de signalements abusifs pourront bénéficier, dans les faits, d'une certaine impunité. Le système tel que proposé par la rédaction actuelle de la loi favorise donc, de manière excessive, "la loi des auteurs de signalements" tout en facilitant son usage à des fins détournées.

Rétablir l'exigence de correspondance préalable (ou de constat de son impossibilité) dans le cadre des notifications de contenu illicite aux hébergeurs serait donc de nature à responsabiliser les auteurs de ces notifications et permettrait de rétablir un juste équilibre entre la nécessité de lutter contre les contenus haineux sur internet et la préservation de la liberté d'expression ainsi que du droit à l'information du public.

☒ ☒
☒

En plus d'abonder dans le sens des observations déjà soumises au Conseil constitutionnel par les saisines et contributions extérieures mentionnées plus haut, l'association Aeon souhaite ainsi souligner la contrariété à la Constitution du paragraphe 11 de l'article 1er et de l'article 2.II de la loi visant à lutter contre les contenus haineux sur Internet, en ce que ces dispositions projetées portent atteinte de manière disproportionnée et injustifiée tant au principe

constitutionnel du contradictoire qu'au droit à un recours effectif des auteurs de contenus litigieux.

Nous vous remercions pour l'attention et le temps que vous consacrerez à ces observations, et vous prions de croire, Monsieur le président, Mesdames et Messieurs les membres du Conseil constitutionnel, l'assurance de notre plus haute et respectueuse considération.

Association Aeon



Adrien Aulas

Membre fondateur et membre du Conseil d'administration

Mathias le Masne de Chermont

Membre fondateur et membre du Conseil d'administration

Hugo Ruggieri

Membre fondateur et membre du Conseil d'administration



French-American Bar Association, 34-35 76th st., # 1-O, Jackson Heights, NY 11372

Thomas Vandenaabeele
President
French-American Bar Association
34-35, 76th street
Jackson Heights, NY 11372
tv@khgflaw.com

Le 1^{er} juin 2020

A l'attention des Membres du Conseil Constitutionnel
c/o Secrétariat Général du Conseil Constitutionnel
Service du Greffe
Conseil Constitutionnel
2, rue de Montpensier
75001 Paris
France

Téléphone : (+33) 1.40.15.30.00

Télécopie : (+33) 1.40.20.93.27

Par Courriel : secretariat-greffe@conseil-constitutionnel.fr, greffe@conseil-constitutionnel.fr,
info@conseil-constitutionnel.fr

TRANSMISSION PAR COURRIEL, FAX & FEDEX

RE : Observations de la French American Bar Association Concernant l'Affaire Enregistrée Sous le n° 2020-801 DC « loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet »

Mesdames et Messieurs les Membres du Conseil Constitutionnel,

Nous soussignés, Thomas Vandenaabeele et Pierre Ciric, sommes respectivement Président et Vice-Président de la French American Bar Association, Inc. (ci-après « FABA »), association d'avocats et juristes franco-américains de premier plan réunissant aux Etats-Unis un grand nombre d'adhérents. Notre association est incorporée dans l'Etat de New York, et nos adhérents sont admis, soit au barreau français, soit à l'un des 50 barreaux américains, soit à la fois en France et aux Etats-Unis. Nous sommes tous deux membres du barreau de l'Etat de New York.

Nous avons l'honneur de vous soumettre les observations en pièce jointe sous forme de contribution extérieure (dite « porte étroite ») concernant l'affaire en instance enregistrée sous le n° 2020-801 DC qui concerne la loi dite « loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet ».

Ces observations sont signées par la French American Bar Association, Nadine Strossen, Professeur de Droit Constitutionnel « John Marshall Harlan II », Emerita à l'Université New York Law School, et ancienne directrice de l'American Civil Liberties Union, ainsi que l'association Electronic Frontier Foundation.



French-American Bar Association, 34-35 76th st., # 1-O, Jackson Heights, NY 11372

En vous remerciant par avance d'accuser réception de cette soumission, nous vous prions, Mesdames et Messieurs les membres du Conseil Constitutionnel, de bien vouloir agréer l'assurance de nos salutations respectueuses.



Pierre Ciric
Vice-Président
French American Bar Association
Inscrit au Barreau de New York

cc : Thomas Vandenaabeele
Président
French American Bar Association
Inscrit au Barreau de New York
E-mail : vandenabeele@hotmail.com

Nadine Strossen
John Marshall Harlan II Professor of Law, Emerita
New York Law School
185 West Broadway
New York, NY 10013 USA
E-mail: nadine.strossen@nyls.edu

Christoph Schmon
International Policy Director
Electronic Frontier Foundation
815 Eddy Street
San Francisco, CA 94109 USA
E-mail: christoph@eff.org

David Greene
Senior Staff Attorney and Civil Liberties Director
Electronic Frontier Foundation
815 Eddy Street
San Francisco, CA 94109 USA
E-mail : davidg@eff.org



French-American Bar Association, 34-35 76th st., # 1-O, Jackson Heights, NY 11372

**Contribution extérieure
(dite « porte étroite »)
auprès du
CONSEIL CONSTITUTIONNEL
sur la saisine n° 2020-801 DC
du 18 mai 2020
PAGE DE SIGNATURES**

Date: Le 1^{er} juin 2020

Thomas Vandenaabee, Président
The French American Bar Association, Inc.

Date: Le 1^{er} juin, 2020

Pierre Ciric, Vice-Président
The French American Bar Association, Inc.

Date: Le 1^{er} juin 2020

Nadine Strossen, John Marshall Harlan II Professor of
Law, Emerita, New York Law School

Date: Le 1^{er} juin 2020

Christoph Schmon, International Policy Director
Electronic Frontier Foundation

Date: Le 1^{er} juin 2020

David Greene, Senior Staff Attorney and Civil
Liberties Director, Electronic Frontier Foundation



French-American Bar Association, 34-35 76th st., # 1-O, Jackson Heights, NY 11372

**Contribution extérieure
(dite « porte étroite »)
auprès du
CONSEIL CONSTITUTIONNEL
sur la saisine n° 2020-801 DC
du 18 mai 2020
PAGE DE SIGNATURES**

Date: Le 1^{er} juin 2020

Thomas Vandenabeele, Président
The French American Bar Association, Inc.

Date: Le 1^{er} juin, 2020

Pierre Ciric, Vice-Président
The French American Bar Association, Inc.

Date: Le 1^{er} juin 2020

Nadine Strossen, John Marshall Harlan II Professor of
Law, Emerita, New York Law School

Date: Le 1^{er} juin 2020

Christoph Schmon, International Policy Director
Electronic Frontier Foundation

Date: Le 1^{er} juin 2020

David Greene, Senior Staff Attorney and Civil
Liberties Director, Electronic Frontier Foundation



French-American Bar Association, 34-35 76th st., # 1-O, Jackson Heights, NY 11372

**Contribution extérieure
(dite « porte étroite »)
auprès du
CONSEIL CONSTITUTIONNEL
sur la saisine n° 2020-801 DC
du 18 mai 2020
PAGE DE SIGNATURES**

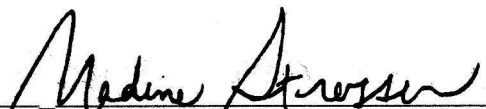
Date: Le 1^{er} juin 2020

Thomas Vandenaabee, Président
The French American Bar Association, Inc.

Date: Le 1^{er} juin, 2020

Pierre Ciric, Vice-Président
The French American Bar Association, Inc.

Date: Le 1^{er} juin 2020



Nadine Strossen, John Marshall Harlan II Professor of
Law, Emerita, New York Law School

Date: Le 1^{er} juin 2020

Christoph Schmon, International Policy Director
Electronic Frontier Foundation

Date: Le 1^{er} juin 2020

David Greene, Senior Staff Attorney and Civil
Liberties Director, Electronic Frontier Foundation



French-American Bar Association, 34-35 76th st., # 1-O, Jackson Heights, NY 11372

**Contribution extérieure
(dite « porte étroite »)
auprès du
CONSEIL CONSTITUTIONNEL
sur la saisine n° 2020-801 DC
du 18 mai 2020
PAGE DE SIGNATURES**

Date: Le 1^{er} juin 2020

Thomas Vandenabeele, Président
The French American Bar Association, Inc.

Date: Le 1^{er} juin, 2020

Pierre Ciric, Vice-Président
The French American Bar Association, Inc.

Date: Le 1^{er} juin 2020

Nadine Strossen, John Marshall Harlan II Professor of
Law, Emerita, New York Law School

Date: Le 1^{er} juin 2020

Christoph Schmon, International Policy Director
Electronic Frontier Foundation

Date: Le 1^{er} juin 2020

David Greene, Senior Staff Attorney and Civil
Liberties Director, Electronic Frontier Foundation

**Contribution
extérieure (dite «
porte étroite »)
auprès du
CONSEIL CONSTITUTIONNEL**

**sur la saisine n° 2020-801 DC
du 18 mai 2020**

Produite par

La French American Bar Association (« FABA USA »), Mme Nadine Strossen, Professeur de Droit Constitutionnel « John Marshall Harlan II », Emerita à l'Université New York Law School, et l'Electronic Frontier Foundation (« EFF ») (ci-après « les Auteurs »)

Monsieur le Président, Mesdames, Messieurs les membres du Conseil,

Par la présente contribution extérieure, selon les modalités définies par vos communiqués de presse du 23 février 2017 et du 24 mai 2019, les Auteurs entendent faire valoir les observations suivantes à l'encontre des dispositions de la loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet (n° 388 en dernière lecture à l'Assemblée Nationale).

I. Contexte Procédural

L'Assemblée Nationale a adopté, le 13 mai 2020, en dernière lecture, la loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet, n° 388, suite à l'échec de la Commission Mixte Paritaire en date du 18 décembre 2019 (« loi déferée »). Cette Commission Mixte Paritaire avait tenté de réconcilier le texte initial de la proposition de loi visant à lutter contre la haine sur internet, n° 1785, déposée le mercredi 20 mars 2019, avec un texte plus modéré en provenance du sénat qui préservait les principes de la Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, JO L 178 du 17.7.2000, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32000L0031&from=FR>) (« DCE » ou « directive sur le commerce électronique »)

1. La démarche législative précédant votre saisine a violé la Directive 98/34/CE prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information

En application de la 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 et des règles relatives aux services de la société de l'information (« Directive 98/34/CE »), la France avait l'obligation de notifier ces projets ou propositions de loi, telle que la loi déferée, à la Commission Européenne.

Si la proposition de loi visant à lutter contre la haine sur internet, n° 1785, fut déposée à l'Assemblée nationale le 21 mars 2019, elle ne fut soumise à l'examen de la Commission Européenne que le 21 août 2019.

Après avoir conclu à l'absence d'urgence en septembre 2019, la Commission Européenne soumettait, le 22 novembre 2019, d'importantes critiques contre ce texte. <https://cdn2.nextinpact.com/medias/observations-commission-europeenne-proposition-de-loi-avia.pdf>, suivi d'un « avis circonstancié ». Ces deux avis estimaient que la loi déferée « *va au-delà de la directive ^[1] et peut constituer un obstacle à la libre circulation des services électroniques et ainsi affecter fondamentalement les droits des fournisseurs de services numériques.* » Lettre de Timo Pesonen, Directeur général, Direction générale du marché intérieur, de l'industrie, de l'entrepreneuriat et des PME, Commission Européenne, à son excellence, M. Jean-Yves Le Drian, ministre français de l'Europe et des affaires étrangères, 22 novembre 2019, <https://cdn2.nextinpact.com/medias/observations-commission-europeenne-proposition-de-loi-avia.pdf>.

De plus, le 21 janvier 2020, l'Assemblée Nationale adoptait, en deuxième lecture, un amendement du gouvernement au texte de la loi déferée, modifiant l'article 6-1 de la loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (« LCEN »), en faisant passer le délai que peut imposer les forces de police à exiger de tout site ou hébergeur le retrait d'un contenu rattaché à la pédopornocriminalité ou incitant au terrorisme de 24 heures à une heure. Amendement n°161 présenté par le Gouvernement, *Contenus Haineux sur Internet (n°2583)*, <http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/amendements/2583/AN/161>. En ne

¹ directive sur le commerce électronique.

transmettant pas cette modification à la Commission Européenne, le Gouvernement a failli à l'obligation de notification qui s'imposait à toute mesure plus contraignante adoptée après la première soumission à la Commission Européenne en date du 21 août 2019, et ce au regard de la Directive 98/34/CE.

2. La loi déferée modifie considérablement le régime existant des obligations des opérateurs de plateformes sur internet

La LCEN est venue transposer la directive sur le commerce électronique, encadrant les obligations des opérateurs sur internet (« hébergeurs », ou « plateformes »).

Sur la base du principe que la communication au public par voie électronique est libre (Article 1), la LCEN prévoit que la responsabilité des hébergeurs ne peut être engagée à raison des contenus qu'ils stockent que si, après avoir été dûment informés de leur caractère illicite, ils n'ont pas « promptement » agi pour les retirer ou en interdire l'accès. (Article 6).

En particulier, les hébergeurs ne sont pas soumis à

*« une **obligation générale de surveiller les informations qu'(ils) transmettent ou stockent, ni à une **obligation générale de rechercher des faits ou des circonstances révélant des activités illicites.** »***
(Article 6, I 7°, LCEN).

Seule une surveillance ciblée et temporaire peut être demandée par l'autorité judiciaire dans des situations très précises.

Ces hébergeurs sont soumis à l'obligation de coopérer à la lutte contre certains contenus constitutifs d'infractions (article 6, I 7°, LCEN par référence aux dispositions de l'article 24 (alinéa 5, 7 et 8) de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse), notamment l'apologie des crimes contre l'humanité, la provocation au terrorisme, l'incitation à la haine raciale, à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle ou identité de genre ou de leur handicap.

Ces hébergeurs sont ainsi tenus (i) de disposer d'un mécanisme de signalement aisément accessible de ces contenus, (ii) d'informer les autorités publiques de leurs signalements, et (iii) de rendre publics les moyens qu'ils consacrent à la prévention de leur diffusion. Le manquement à l'ensemble de ces obligations est pénalement réprimé.

De plus, les hébergeurs ne sont tenus à ces obligations que si le demandeur suit une procédure précise et limitée de notification des contenus litigieux, qui doit notamment inclure non seulement la « *description des faits litigieux, mais également les motifs pour lesquels le contenu doit être retiré, comprenant la mention des dispositions légales et des justifications de faits.* » (Article 6 I 5°, LCEN).

Enfin, la LCEN contient deux mécanismes pour contraindre à un retrait de contenu ou un blocage d'accès au service de communication au public en ligne : a) via l'autorité judiciaire qui peut prescrire en référé ou sur requête, à tout hébergeur, toute mesure propre à prévenir un dommage ou à faire cesser un dommage occasionné par le contenu d'un service de communication au public en ligne ; b) via l'autorité administrative en matière de contenus relatifs

à la provocation ou à l'apologie du terrorisme ou à la pédopornographie. L'autorité administrative peut alors demander à l'hébergeur ou au fournisseur de contenu de retirer les contenus. En l'absence de retrait de ces contenus dans un délai de vingt-quatre heures, l'autorité administrative peut enjoindre les fournisseurs d'accès à Internet de couper l'accès à ces sites. La méconnaissance de cette injonction entraîne des sanctions pénales.

Même si la LCEN prévoit que les responsabilités pénale et civiles des hébergeurs ne sont engagées qu'en cas de connaissance effective « *de l'activité ou de l'information illicites* », elles ne le sont pas si l'hébergeur refuse de retirer des contenus qu'il juge comme n'étant pas manifestement illicites, notamment si « *les motifs pour lesquels le contenu doit être retiré* » ne lui apparaissent pas suffisamment précis et probants. Vous avez d'ores et déjà confirmé ce pouvoir d'appréciation spécifique de l'hébergeur. Cons. const., 1^{er} juillet 2004, *Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle*, n° 2004-497 DC.

Enfin, l'intégralité des procédures pénales générées par ces mécanismes (articles 222-33, 225-4-1, 225-5, 225-6, 227-23, 227-24, 421-2-5, 132-76 et 132-77 du code pénal) est soumise au contrôle du juge judiciaire. De même, les procédures de référé et les procédures sur requête pour intervenir en urgence sur le plan civil (article 50-1 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, article 809 du code de procédure civile) sont également sous le contrôle du juge des référés.

Dans tous les cas, si l'hébergeur choisit de se soumettre à une ou des procédures contradictoires aux fins d'aboutir à une décision de retrait du contenu incriminé, l'intégralité de ces procédures sont soumises au contrôle du juge. Ce dernier ne peut adopter des mesures de retrait que si celles-ci sont justifiées et proportionnées au regard de l'atteinte portée à la liberté d'expression et à la liberté d'entreprendre pour les hébergeurs.

Enfin, concernant le délai dans lequel l'hébergeur doit réagir à une notification qui lui est adressée, l'appréciation de la promptitude de la réaction de l'hébergeur se fait au cas par cas, et ce, à la discrétion entière du juge, seul en position d'évaluer le contexte dans lequel une atteinte portée à la liberté d'expression est en jeu.

Cet équilibre est rompu par la loi déferée.

En premier lieu, là où la LCEN prévoit une obligation de coopération pour lutter contre les contenus odieux à travers un dispositif de signalement, la loi déferée, dans son article 1, impose aux plateformes qu'ils soient retirés, rendus inaccessibles ou déréférencés dans un délai de 24h, ou d'une heure, sous peine d'une qualification pénale du non-retrait de ce contenu, assorti d'une amende significative.

En second lieu, la loi déferée élargit la liste des contenus haineux au-delà du champ initialement établi par la LCEN. En particulier, il étend une nouvelle infraction à la liste des contenus odieux par une référence aux alinéas 3 et 4 de l'article 33 de la loi du 29 juillet 1881 traitant de l'injure sur la base d'une discrimination de certains groupes.

II. L'article 1 de la loi déferée doit être déclaré contraire à la Constitution en ce qu'il constitue une atteinte portée à l'exercice de la liberté d'expression qui est inutile, inadaptée et disproportionnée à l'objectif poursuivi

1. Les restrictions que le législateur peut être amené à apporter à la liberté d'expression sont soumises à des contraintes constitutionnelles strictes et proportionnées, et doivent suivre des contrôles établis à posteriori

En France, la liberté d'expression est garantie par l'article 11 de la déclaration de 1789 qui prévoit que

« [l]a libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme : tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi ».

Il s'agit d'une liberté fondamentale dont l'exercice « est l'une des garanties essentielles du respect des autres droits et libertés et de la souveraineté nationale ». Cons. const., 10 et 11 octobre 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*, n° 84/181 DC.

Or, « la liberté d'expression et de communication, dont découle le droit d'expression collective des idées et des opinions, est d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés ». Par suite, « les atteintes portées à l'exercice de cette liberté et de ce droit doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi. » Cons. const., 4 avril 2019, *Loi visant à renforcer et garantir le maintien de l'ordre public lors des manifestations*, n° 2019-780 DC. Cons. const., 15 décembre 2017, *Délit de consultation habituelle des sites internet terroristes II*, n° 2017-682 QPC. Cons. const., 18 mai 2018, *Délit d'apologie d'actes de terrorisme*, n° 2018-706 QPC.

En outre, il appartient, dans le cadre de l'article 34 de la Constitution, au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public – et d'autre part, l'exercice des droits et libertés constitutionnellement garantis, le droit d'expression collective des idées et des opinions. Toutefois, des dispositions législatives ne sauraient conférer à l'administration « le pouvoir **de priver** une personne de son droit d'expression collective des idées et des opinions » Cons. const., 4 avril 2019, *Loi visant à renforcer et garantir le maintien de l'ordre public lors des manifestations*, n° 2019-780 DC.

Si son statut de liberté essentielle pour l'existence et le fonctionnement du régime démocratique n'empêche pas l'édiction de limites par le législateur, la liberté d'expression ne peut faire l'objet d'un régime d'autorisation préalable, ni des « effets équivalant à ceux d'un régime d'autorisation préalable ». Cons. const., 17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, n° 88-248 DC.

L'édiction de limites a donc pour objectif un encadrement *à posteriori* contre les abus.

2. La loi déferée prive le citoyen de son droit d'expression en violation de la Constitution, car les restrictions imposées aux opérateurs par l'article 1 sont inutiles, inadaptées et disproportionnées par rapport à l'objectif poursuivi

En imposant une obligation de retrait de 24h ou d'une heure suite à une notification suivant les types de contenus, couplée à un dispositif de signalement allégé par rapport au dispositif initial de la LCEN, trois conséquences sont établies par une multitude de preuves concordantes.

En premier lieu, l'obligation de retrait de 24h ou d'une heure suivant la notification entrainera mécaniquement une sur-censure de contenus parfaitement licites, dans la mesure où les délais de retrait sont impraticables pour la plupart des hébergeurs, en particulier ceux pour lesquels les ressources à investir seraient disproportionnées par rapport à la taille de leurs activités. La contribution extérieure qui vous a été soumise par l'entreprise Wikimedia France est, à cet égard, un élément probant.

Par conséquent, l'article 1 constitue une obligation disproportionnée par rapport à l'objectif de lutte contre certains contenus considérés comme illicites par la loi française, et viole ainsi votre jurisprudence.

Cette réelle menace avait déjà été pointée par le sénat au moment de la première lecture de la loi déferée :

*« En exigeant des opérateurs de plateformes qu'ils apprécient le caractère manifestement illicite des messages haineux signalés dans un délai particulièrement bref, alors, d'une part, que cet exercice de qualification juridique est difficile pour certaines infractions contextuelles, et alors, d'autre part, qu'ils sont sous la menace de sanctions pénales explicites et dissuasives en cas d'erreur, ce dispositif encouragera mécaniquement les plateformes à retirer - par excès de prudence - des contenus pourtant licites. Un trop grand zèle dans la suppression de contenus et un **comportement de « sur-censure »** n'engageront d'ailleurs pas, eux, la responsabilité pénale des plateformes, quand celle des personnes notifiant à tort restera quasiment impossible à rechercher en pratique. Votre rapporteur ne doute dès lors pas que les grands opérateurs de plateformes auront vite fait le bilan des risques économiques et réputationnels encourus par eux entre, d'une part, les retraits insuffisants pénalement sanctionnés par la puissance publique et, d'autre part, les cas de retraits excessifs où ils s'exposent seulement au mécontentement d'utilisateurs individuels... »*

Rapport n° 197 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration

générale sur la proposition de loi, adoptée par l'Assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée, visant à lutter contre les contenus haineux sur internet, Par M. Christophe-André FRASSA, Sénateur, Enregistré à la Présidence du Sénat le 11 décembre 2019, Page 26, <https://www.senat.fr/rap/119-197/119-1971.pdf>

La Commission Européenne a également exprimé ses inquiétudes concernant le risque de sur-censure lorsqu'elle avait soumis ses observations concernant la loi déferée le 22 novembre 2019 :

« Sans remettre en cause l'objectif poursuivi par le projet notifié, la Commission constate que l'obligation pour les plateformes de supprimer tout contenu illicite notifié dans un délai de 24 heures, combinée à la lourde sanction prévue à l'article 4 du projet notifié, à la grande variété d'infractions soumises à une telle obligation (pouvant nécessiter une évaluation contextuelle plus ou moins approfondie) et à la réduction des exigences de notification susmentionnée, pourraient avoir des conséquences néfastes. En ce sens, ceci pourrait notamment créer une charge disproportionnée sur les plateformes en ligne et dans certaines circonstances, un risque de suppression excessive de contenus, ce qui porterait ainsi atteinte à la liberté d'expression. »

Lettre de Timo Pesonen, Directeur général, Direction générale du marché intérieur, de l'industrie, de l'entrepreneuriat et des PME, Commission Européenne, à son excellence, M. Jean-Yves Le Drian, ministre français de l'Europe et des affaires étrangères, 22 novembre 2019, <https://cdn2.nextinpact.com/medias/observations-commission-europeenne-proposition-de-loi-avia.pdf>

Enfin, le seul exemple d'une loi similaire en Europe à la loi déferée est la loi allemande, votée en 2018, qui a mis en place une législation très stricte sur les « contenus haineux » sur internet, et dénommée « NetzDG » (« *Netzwerkdurchsetzungsgesetz* » ou « Loi sur la mise en vigueur des réseaux »). Ses dispositions peuvent infliger aux hébergeurs en ligne des amendes pouvant atteindre 50 millions d'euros s'ils ne suppriment pas, dans les 24 heures suivant un signalement, une expression qui serait « manifestement illégale » en vertu de la législation allemande.

Les exemples de sur-censure générés directement par cette loi sont nombreux et largement détaillés en section 3 du présent mémoire. De plus, le sénat avait, au moment de l'examen en première lecture de la loi déferée, fait une référence explicite à ces résultats, d'ailleurs prévisibles :

« Il semble que la principale faiblesse de cette loi [la loi allemande NetzDG] soit l'effet de « sur-censure » qu'elle induit. Les observateurs font état d'un niveau élevé de contenus licites supprimés en Allemagne et de nombreux contentieux contestant des retraits injustifiés. Les autorités allemandes semblent même décidées à réviser ce dispositif de façon anticipée. »

Rapport n° 197 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur la proposition de loi, adoptée par l'Assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée, visant à lutter contre les contenus haineux sur internet, Par M. Christophe-André FRASSA, Sénateur, Enregistré à la Présidence du Sénat le 11 décembre 2019, Page 60, <https://www.senat.fr/rap/119-197/119-1971.pdf>

En second lieu, l'obligation de retrait de 24h ou d'une heure suivant la notification généralisera le recours à des filtres automatisés et algorithmes de détection automatiques aux fins de permettre aux hébergeurs de tenter de satisfaire des délais, non seulement impraticables, mais surtout, déclencheurs d'une infraction pénale dès leur violation.

Le sénat s'était également inquiété de ce second effet pervers généré par l'article 1 de la loi déferée :

« Mais d'autres effets pervers sont également à redouter : - la multiplication du recours à des filtres automatisés de reconnaissance, d'analyse et de retrait des contenus par les plateformes, sans intervention humaine, alors qu'il s'agit de prendre des décisions touchant aux droits fondamentaux des utilisateurs. »

Id. à 26.

Le sénat, concernant la généralisation de l'utilisation de ces algorithmes aux fins de tenter, pour les hébergeurs, de détecter ces infractions pénales, déclarait :

« Déjà largement déployés pour lutter contre des infractions qui ont un caractère d'évidence ou peuvent bénéficier de recoupements avec des bases de données d'images (terrorisme, pédopornographie), l'utilisation d'algorithmes ou de techniques automatisées de filtrage pourrait s'étendre indument, sans garantir une intervention humaine pour qualifier certaines infractions. »

Id.

Or, les exemples de sur-censure pour certains algorithmes déjà mis en place par les plateformes les plus importantes, et donc censées être les plus sophistiquées, et pour des algorithmes traitant de simples violations de conditions d'utilisation, sont, hélas, bien connues et génèrent des résultats hasardeux (Facebook censurant une photo d'un chef-d'œuvre de l'art paléolithique représentant Venus résultant d'un algorithme censurant les images pornographiques dans des images publicitaires, Perrine Signoret, *Facebook présente ses excuses après la censure d'une Vénus paléolithique*, LE MONDE, 1^{er} mars 2018, disponible sur https://www.lemonde.fr/pixels/article/2018/03/01/une-venus-paleolithique-censuree-sur-facebook_5264174_4408996.html; Facebook censurant une photo de « l'Origine du Monde » de Gustave Courbet ET éliminant définitivement le compte de l'utilisateur, Perrine Signoret, *Censure de « L'Origine du monde » : une faute de Facebook reconnue, mais pas sur le fond*, LE MONDE, 15 mars 2018, disponible sur https://www.lemonde.fr/pixels/article/2018/03/15/censure-de-l-origine-du-monde-une-faute-de-facebook-reconnue-mais-pas-sur-le-fond_5271666_4408996.html; Facebook censurant une série de photos mises en ligne par le Centre Pompidou durant une exposition du peintre Gerhard Richter, Marc Rees, *Pour Facebook, Richter, c'est du cochon, pas de l'art*, NEXTINPACT, 23 juillet 2012, disponible sur <https://www.nextinpact.com/archive/72617-pour-facebook-richter-c-est-cochon-pas-l-art.htm>; Facebook censurant des photos de mères en groupe allaitant leurs enfants, Jean Zeid, *#brelfies : quand les mamans postent des selfies d'allaitement contre la censure Facebook*, FRANCE INFO, 25 février 2015, disponible sur https://www.francetvinfo.fr/replay-radio/le-17-20-numerique/brelfies-quand-les-mamans-postent-des-selfies-d-allaitement-contre-la-censure-facebook_1772801.html).

En troisième lieu, la proportionnalité d'une obligation contraignant une liberté fondamentale s'évalue en fonction de l'existence ou de l'absence d'une alternative moins restrictive aux fins d'aboutir à un résultat similaire, comme par exemple la législation existante, la LCEN. Sur ce point, la Commission Européenne avait exprimé de sérieux doutes sur la validité du mécanisme imposé par l'article 1 de la loi déferée, car la France, contrairement ces obligations, n'avait pas démontré l'existence de mesures moins restrictives aux fins de satisfaire à l'objectif de la loi :

« La Commission a également des doutes en ce qui concerne la proportionnalité de cette mesure. En particulier, il convient d'évaluer si des moyens moins restrictifs pourraient être envisagés afin d'obtenir un résultat similaire. Toutefois, jusqu'à présent, les autorités françaises n'ont pas fourni d'évaluation concernant la proportionnalité des obligations imposées aux plateformes en ligne (en particulier celles établies dans d'autres États membres, y compris les plus petits) et l'existence de mesures potentiellement moins restrictives qui pourraient permettre d'atteindre l'objectif déclaré. »

Lettre de Timo Pesonen, Directeur général,
Direction générale du marché intérieur, de
l'industrie, de l'entrepreneuriat et des PME,
Commission Européenne, à son excellence, M.
Jean-Yves Le Drian, ministre français de l'Europe et
des affaires étrangères, 22 novembre 2019,

Il était donc à la charge du législateur de s'assurer que sa solution était l'option la moins restrictive aux fins de satisfaire à l'objectif de la loi, à savoir la lutte contre certains contenus odieux au-delà des résultats obtenus par le LCEN. Le fait que le législateur ait choisi de contourner sournoisement son obligation d'effectuer cette vérification en choisissant la voie de la proposition de loi, au lieu d'un projet de loi, aux fins d'éviter l'obligation d'une étude d'impact, ne retire rien à l'obligation constitutionnelle de satisfaire à la nécessité de choisir la solution la moins restrictive.

3. L'article 1 de la loi déferée, en ce qu'il impose des obligations générant des effets équivalents à un régime d'autorisation préalable, doit être déclaré contraire à la Constitution

La liberté d'expression ne peut faire l'objet d'un régime d'autorisation préalable, ni d'« effets équivalant à ceux d'un régime d'autorisation préalable ». Cons. const., 17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, n° 88-248 DC. Dans cette dernière décision, vous avez sanctionné un système permettant à une autorité administrative indépendante (la Commission pour la transparence et le pluralisme de la presse) d'adresser aux personnes intéressées des mises en demeure et de prescrire les mesures nécessaires, sans pour autant l'autoriser à rechercher si le pluralisme est effectivement menacé. La loi prévoyait que, lorsque la décision de l'autorité n'était pas exécutée dans le délai que celle-ci avait fixé, les publications en cause étaient immédiatement et automatiquement privées d'avantages fiscaux et postaux, et ce, avant même que le ministère public ait pu commencer l'instruction du dossier qui lui était transmis. Vous avez estimé que ces dispositions produisaient des effets équivalant à ceux d'un régime d'autorisation préalable et qu'elles étaient, de ce chef, contraires à l'article 11 de la Déclaration de 1789.

Dans le cas présent, les hébergeurs concernés sont immédiatement sujets à des dispositions pénales dès qu'ils enfreignent la contrainte de retrait en 24 heures ou en une heure, avant même que le juge judiciaire ait eu la possibilité d'instruire un quelconque aspect du contentieux impliqué. Le fait d'imposer un délai fixe, au lieu et place d'une obligation de prompt retrait dans le cadre d'une procédure judiciaire, force le régime de notification à générer des effets équivalents à un régime d'autorisation préalable, et doit être par conséquent rejeté.

De plus, le risque de généralisation du recours à des filtres automatisés et à des algorithmes de détection automatiques, tels que décrits au paragraphe précédent, transforme l'hébergeur en contrôleur et organisateur d'un système d'autorisation préalable des contenus, et ce, à tout moment, et à chaque fois qu'un contenu est mis en ligne sur la plateforme de l'hébergeur. Il doit donc être déclaré contraire à la Constitution pour les mêmes raisons.

4. L'article 1 de la loi déferée, en ce qu'il sous-traite aux hébergeurs privés l'exercice de missions de police judiciaire ou administrative, est contraire à la Constitution

En bouleversant l'équilibre créé par le LCEN, la loi déferée, en transformant l'obligation de coopération pour lutter contre les contenus odieux à travers un dispositif de signalement en obligation absolue de retirer, rendre inaccessibles ou déréférencer dans un délai de 24h ou d'une heure certains contenus odieux, sous peine d'une qualification pénale, met en place une véritable sous-traitance de missions, soit de police judiciaire, soit de police

administrative aux hébergeurs.

En 2011, vous avez confirmé que les modalités de l'exercice des missions de police judiciaire « *ne sauraient toutefois être soumises à la volonté de personnes privées* » et qu'« *il ne peut y avoir de privatisation (...) des missions de police judiciaire* » Cons. const., 10 mars 2011, *Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure*, n° 2011-625 DC.

Il s'agissait alors de déclarer contraire à la Constitution une disposition de la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure (« loi LOPPSI ») qui crée un fonds de soutien à la police technique et scientifique, chargé de contribuer au financement, dans la limite de ses ressources, de l'ensemble des opérations liées à l'alimentation et à l'utilisation du fichier automatisé des empreintes digitales et du fichier automatisé des empreintes génétiques. Les dispositions législatives créant ce fonds de soutien à la police technique et scientifique étaient déclarées contraires à la Constitution au motif que « *les modalités de l'exercice des missions de police judiciaire ne sauraient toutefois être soumises à la volonté de personnes privées.* » *Id.*

Dans le cas présent, l'Article 1 de la loi déferée, dans la mesure où il force, par une disposition pénale, les hébergeurs à se soumettre à une obligation systématique de retrait ou de référencement de contenus illicites, les transforment donc en agents des forces judiciaires. Or, l'article 1 de la loi déferée va bien au-delà du simple soutien financier apporté à la mission de police mandaté par loi LOPPSI.

De plus, la généralisation du recours à des filtres automatisés et algorithmes de détection automatiques, tels que décrits au paragraphe précédent, renforce le rôle de l'hébergeur en tant qu'agent de la force de police, car il est mis en position de détecter à l'avance tout contenu répondant à un certain nombre de critères préprogrammés, et ce, en application de l'article 1 de la loi déferée.

Par conséquent, cet article transfère de façon directe et systématique l'exercice de missions de police à des personnes privées, ce qui ne saurait être toléré par cette jurisprudence.

Même en admettant que, concernant les dispositions de l'article 1 qui implique une obligation de retrait en 24 heures ou en une heure suivant le type de contenu odieux, ces dispositions s'assimilent à une mission de police administrative et non judiciaire, la décision suscitée interdit de la même façon une telle sous-traitance. En effet, votre jurisprudence interdit également de confier à des personnes privées des missions de surveillance générale de la voie publique via l'exploitation des systèmes de vidéoprotection sur la voie publique et le visionnage des images pour le compte des personnes publiques. Cons. const., 10 mars 2011, *Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure*, n° 2011-625 DC.

En effet, les termes de l'article 12 de la Déclaration du 26 août 1789 (« *la garantie des droits de l'Homme et du citoyen nécessite une force publique : cette force est donc instituée pour l'avantage de tous, et non pour l'utilité particulière de ceux auxquels elle est confiée* ») interdisent au législateur de rendre « *possible la délégation à une personne privée des compétences de police administrative générale inhérentes à l'exercice de la "force publique" nécessaire à la garantie des droits* » . *Id.*

Par conséquent, en systématisant une obligation par les hébergeurs, personnes privées, de retrait de contenus odieux définis par le code pénal, le législateur, en adoptant l'Article 1, a outrepassé les limites constitutionnelles que vous avez établies et confirmées.

III. La loi déferée est incompatible avec la directive sur le commerce électronique de l'Union Européenne

La directive sur le commerce électronique vise à atteindre un juste équilibre entre plusieurs intérêts. La clause relative au marché intérieur (article 3) crée une sécurité juridique pour que les plateformes (dénommées services de la société de l'information) puissent offrir leurs services dans toute l'Union Européenne. Les dispositions sur la responsabilité des intermédiaires (en particulier l'article 14) tentent de favoriser l'adoption du commerce électronique, la prévention de la diffusion de contenus illégaux et la liberté d'expression des utilisateurs. L'interdiction de la surveillance généralisée (article 15) garantit que les fonctions régaliennes sont exercées par les États plutôt que par les plates-formes et garantit la liberté d'accès à l'information et la liberté d'expression des utilisateurs.

Les lois nationales qui incorporent la directive sur le commerce électronique doivent respecter les normes définies par l'Union Européenne et doivent être interprétées à la lumière des principes définis par la DCE. Or, la loi déferée ne respecte ni les dispositions, ni l'esprit de la DCE, et n'établit aucunement un juste équilibre entre les intérêts et les droits définis dans celle-ci.

1. La loi déferée est incompatible avec l'article 3 de la DCE

Le principe du pays d'origine est un principe essentiel de la DCE. L'article 3 prévoit que :

*« 1. [c]haque État membre veille à ce que les services de la société de l'information fournis par un prestataire établi sur son territoire respectent les dispositions nationales applicables dans cet État membre relevant du domaine coordonné.
2. Les États membres ne peuvent, pour des raisons relevant du domaine coordonné, restreindre la libre circulation des services de la société de l'information en provenance d'un autre État membre. »*

Dans une large mesure, la DCE n'avait pas été créée pour réaliser une harmonisation complète des réglementations. Au lieu de cela, la DCE définit un «domaine coordonné» dans le cadre duquel le mécanisme de l'article 3 doit permettre que les plateformes soient, en principe, soumis au droit de l'État membre dans lequel le prestataire de services est établi (et non soumis au droit de l'État membre où le service est accessible) (considérant 22).² Par conséquent, sauf exceptions, les États membres ne peuvent restreindre la liberté de fournir des services de la société de l'information à partir d'un autre État membre. Le domaine coordonné comprend « l'exercice de l'activité d'un service de la société de l'information, telles que les exigences portant sur le comportement du prestataire, la qualité ou le contenu du service, y compris en matière de publicité et de contrat, ou sur la responsabilité du prestataire. » » (article 2) i), deuxième tiret).

Il est très improbable que la loi déferée soit conforme au principe du pays d'origine en raison de son large champ d'application territoriale. En effet, la loi déferée s'applique aux

² Affaires jointes C-509/09 et C-161/10, *eDate Advertising v Martinez*, ECLI:EU:C:2011:685, [57].

hébergeurs dont l'activité sur le territoire français dépasse un certain seuil. Non seulement il s'applique aux hébergeurs établis dans d'autres États membres, mais il semble que la majorité des hébergeurs ciblés seront établis hors du territoire français. La loi déferée impose une charge particulièrement lourde à ces plateformes et restreint la clause d'accès transfrontalier des services de la société de l'information au sein de l'Union Européenne.

Bien que les États membres puissent déroger au principe du pays d'origine pour certaines raisons précises d'ordre public (article 3(4)), ces mesures doivent être ciblées et proportionnées. Cependant, il n'existe aucun critère de proportionnalité dans la loi déferée. Par exemple, l'article 1 de la loi déferée qui concerne la suppression de certains contenus dans un délai de 24 heures suivant une notification, ne fait l'objet d'aucune exception ou d'aucune analyse au cas par cas. La loi déferée n'est pas non plus ciblée sur certains prestataires, car elle s'applique à toutes sortes de plateformes en ligne. Par conséquent, la loi déferée viole le principe du pays d'origine et ne satisfait pas au test de proportionnalité prévu par la DCE. Cet état de fait créera donc des entraves indues à la libre circulation des services de la société de l'information dans l'Union Européenne.

2. La loi déferée est incompatible avec l'article 14 de la DCE

L'article 14 de la DCE prévoit que les États membres :

« veillent à ce que [l'hébergeur] ne soit pas responsable des informations stockées à la demande d'un destinataire du service à condition que :

a) le prestataire n'ait pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicites et, en ce qui concerne une demande en dommages et intérêts, n'ait pas connaissance de faits ou de circonstances selon lesquels l'activité ou l'information illicite est apparente ; ou

b) le prestataire, dès le moment où il a de telles connaissances, agisse promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible. »

Les limitations pleinement harmonisées de la responsabilité des intermédiaires décrites dans la directive ont été jugées *«indispensables pour garantir à la fois la fourniture de services de base qui garantissent la libre circulation continue des informations dans le réseau et la mise en place d'un cadre permettant à Internet et au commerce électronique de se développer.»*³ Plus précisément, les exonérations de responsabilité et les procédures de notification ont été adoptées pour remédier aux divergences observées dans les décisions de justice et les législations nationales qui ont entraîné une insécurité juridique et des obstacles à la libre circulation dans le marché intérieur. Ces règles établissent un équilibre entre les différents intérêts en jeu, la prévention des activités illégales en ligne et le respect des droits fondamentaux dans l'Union

³ Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil et Comité Économique et Social européen - Premier rapport sur l'application de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur ("directive sur le commerce électronique") /* COM/2003/0702 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52003DC0702&from=EN>.

Européenne.

Afin d'assurer une flexibilité suffisante, la DCE s'est abstenue d'introduire un délai fixe pour qu'un hébergeur agisse après avoir pris connaissance d'un contenu potentiellement illicite. Au lieu de cela, la directive utilise le terme « promptement ». Le considérant 46 de la DCE explique que la suppression d'un contenu ou la désactivation de l'accès doivent être effectuées dans le « respect du principe de la liberté d'expression ».

En revanche, la loi déferée oblige les hébergeurs à supprimer les contenus « manifestement illicites » dans les 24 heures suivant une notification, faute de quoi ils sont passibles de dispositions pénales et d'amendes élevées. De telles contraintes automatiques portent atteinte à l'objectif protecteur et à l'équilibre interne de la DCE. En outre, il n'est pas établi comment une évaluation d'une demande de retrait d'un contenu doit être effectuée à bref délai, d'autant plus qu'une telle évaluation nécessite une analyse contextuelle. Contrairement à la DCE, la loi déferée abandonne toute analyse contextuelle d'un contenu potentiellement illicite et ignore également la nécessité d'éviter de faire peser une charge sur les hébergeurs aux fins d'identifier le contenu notifié. En outre, la loi déferée n'offre pas une conception suffisamment flexible pouvant donner aux hébergeurs la possibilité d'établir des priorités en fonction du type de contenu en question et d'agir en fonction de leurs ressources. De fait, de nombreux hébergeurs ne pourront avoir de système en place qui leur permette de réagir suffisamment rapidement, et même les hébergeurs les plus importants ne seront pas en mesure de traiter un nombre élevé de demandes de suppression.

3. La loi déferée est incompatible avec l'article 15 de la DCE

L'article 15 de la DCE prévoit que

« [l]es États membres ne doivent pas imposer aux prestataires, pour la fourniture des services visée aux articles 12, 13 et 14, une obligation générale de surveiller les informations qu'ils transmettent ou stockent, ou une obligation générale de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illicites. »

Dans le champ d'application de la DCE, les États membres ne sont pas autorisés à imposer des obligations générales de surveillance aux hébergeurs et aux prestataires de services. Les hébergeurs ne sont pas non plus tenus de rechercher activement des faits ou des circonstances qui indiquent un contenu potentiellement illicite. Cependant, en raison des délais extrêmement courts prévus par la loi déferée (24 heures ou une heure) pour répondre aux demandes de suppression sans aucune possibilité de dérogation ou d'extension, de nombreuses plateformes n'auront d'autre choix que de recourir à une surveillance généralisée des contenus ou d'utiliser des systèmes de filtrage automatisés pour supprimer les contenus potentiellement illicites. Cependant, ces procédures de filtrage automatiques sont notoirement imprécises et erronées, sujettes à la sur-censure de contenus parfaitement légitimes et dépourvues de quelconques contre-pouvoirs.

4. La loi déferée est incompatible avec l'article 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

Le risque de sur-censure de contenus parfaitement légitimes doit également être évalué à

la lumière du droit à la liberté d'expression. Dans le contexte de la limitation de la responsabilité des hébergeurs, le préambule de la DCE explique que le principe de la liberté d'expression doit être scrupuleusement respecté. De plus, la liberté d'expression et d'information est un droit fondamental en vertu de la Charte des droits fondamentaux de l'UE (« Charte ») (article 11) et les mesures éventuelles des états membres visant à protéger un autre objectif public, telles que la prévention de la diffusion de contenus potentiellement illicites, doivent trouver un juste équilibre entre ces objectifs. Toute restriction à la liberté d'expression doit être nécessaire et proportionnée, ce qui signifie que ces mesures ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs fixés.

Cependant, la loi déferée échoue à garantir un tel équilibre car aucune analyse d'impact n'a été fournie pour évaluer si d'autres mesures, moins restrictives, pouvaient avoir l'effet escompté. Les obligations de retrait de contenus sont disproportionnées - en particulier pour les hébergeurs de moindre taille - et inflexibles. Associés à de graves conséquences pénales en cas de non-conformité, ces obligations auront probablement un effet dissuasif sur la liberté d'expression des utilisateurs. Elles pourront même entraîner une censure collective.

En outre, les délais très courts imposent pour retirer les contenus incriminés augmentent les risques de suppression abusive de contenus légitimes, ce qui entraînera un préjudice pour l'utilisateur. En l'espèce, le législateur français n'a pas réalisé d'étude d'impact qui ait analysé le préjudice de ces mesures sur les utilisateurs.

5. La Commission Européenne a d'ores et déjà exprimé des vives inquiétudes sur la loi déferée

En 2019, les autorités françaises ont notifié, avant sa première lecture, la loi déferée à la Commission Européenne.⁴ La Commission a indiqué que le projet notifié modifie la LCEN, qui transpose la DCE en droit français. La Commission a également déclaré que les dispositions pertinentes de la loi déferée relèvent du champ d'application de la DCE, ainsi que des autres dispositions du droit européen mentionnées ci-dessus, et implémentent également le droit européen aux fins d'appliquer la Charte.

Dans sa réponse en date du 22 novembre 2019, la Commission Européenne conclut qu'il existe un risque que la loi déferée viole la DCE à plusieurs égards. À la lumière des préoccupations exprimées dans cette réponse, il est probable que la Commission Européenne engagera une procédure d'infraction contre la France si le Conseil Constitutionnel valide cette loi en l'état.

6. La loi déferée fait entrave au projet de loi sur les Services Numériques de la Commission Européenne

La Commission Européenne a annoncé un projet de nouveau cadre réglementaire pour tous les services numériques dans le marché unique, qui couvrira en particulier les plateformes en ligne. L'initiative, actuellement connue sous le nom de « Digital Services Act » (ou « Loi sur les Services Numériques »), couvrira les domaines identiques à ceux relevés par la loi déferée, y compris les problématiques liées aux contenus haineux, ainsi que d'autres formes de préjudices

⁴ Communication de la Commission - TRIS/(2019) 02303, Directive (UE) 2015/1535, disponible sur <https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/tris/en/search/?trisaction=search.detail&year=2019&num=412>.

en ligne. L’initiative de la Commission Européenne vise également à combler certaines lacunes réglementaires existant dans la DCE qui, selon une analyse de la Commission, ne reflète plus la réalité technique, sociale et économique des services en ligne actuels. Ce nouveau cadre établira un ensemble de règles entièrement harmonisées qui devront être mises en œuvre par tous les États membres, y compris la France.

En anticipant ce processus, la loi déferée entravera donc le nécessaire débat public qui devra avoir lieu au niveau européen sur les normes et processus de modération de contenu communs qui s'appliqueront aux plateformes transnationales et nationales.⁵

⁵ Chloé Berthélémy, *France’s law on hate speech gets a thumbs down*, EUROPEAN DIGITAL RIGHTS (EDRI), 4 décembre 2019, disponible sur <https://edri.org/frances-law-on-hate-speech-gets-thumbs-down/>.

IV. La loi déferée représente le choix d'une politique publique de censure qui n'a jamais pu remédier aux conséquences soi-disant négatives associées à des contenus haineux

1. Les lois sur les contenus haineux sont tout au plus inefficaces et, au pire, contre-productives

À bien des égards, les lois sur les contenus haineux sont contre-productives, accroissant plutôt que réduisant les « préjudices redoutés » (les préjudices qui, selon les partisans de ces lois, sont générés par les contenus haineux, tels que la diffamation, le préjudice moral, la discrimination et la violence). Indépendamment des conflits potentiels avec des principes juridiques constitutionnels, les lois sur les contenus haineux représentent une politique publique inadaptée et inefficace.⁶

De nombreux pays dotés de lois sur les contenus haineux n'ont connu aucun impact positif en termes de réduction de la discrimination. En réalité, les recherches existantes montrent que certains gouvernements ayant adopté des lois pénales portant sur les contenus haineux ont pratiqué une discrimination croissante fondée sur la race, l'ethnicité et la religion. Par exemple, les professeurs Louis Greenspan et Cyril Levitt ont noté que « *[l] a montée du parti du Front National français, qui sous la direction de Jean-Marie Le Pen était ouvertement raciste. . . a eu lieu dans un pays qui s'était soi-disant immunisé* » par le biais de lois portant sur les « discours haineux ». Louis Greenspan & Cyril Levitt, *UNDER THE SHADOW OF WEIMAR: DEMOCRACY, LAW, AND RACIAL INCITEMENT IN SIX COUNTRIES* (Praeger, 1993). Ils ont en outre conclu que des « *'racistes' respectables* » ont acquis un pouvoir politique en Allemagne, même si ce pays « *possède l'une des législations anti-haine les plus strictes au monde* ». En 2017, un journaliste allemand a observé que « *les Allemands débattent depuis longtemps pour savoir si* » la législation portant sur les « *contenus haineux ...a été efficace* », citant le « *grave problème de la violence extrémiste de droite* » en Allemagne et la force du parti d'extrême droite « *Alternative Pour l'Allemagne* » dont les « *idées. . . pourraient être interprétées comme racistes* », et qui a recueilli 12,6% des voix lors des élections nationales de septembre 2017. Anna Sauerbrey, *How Germany Deals With Neo-Nazis*, N.Y. TIMES, 23 août 2017, <https://www.nytimes.com/2017/08/23/opinion/germany-neo-nazis-charlottesville.html>.

Les partisans des lois sur les contenus haineux présument que l'application de ces lois aurait pu empêcher la propagation de l'idéologie nazie en Allemagne, mais la réalité historique contredit cette théorie. Durant la montée au pouvoir des nazis en Allemagne, il existait déjà des lois criminalisant les discours haineux et discriminatoires, qui étaient similaires aux lois contemporaines sur les contenus haineux. Comme l'a fait remarquer Alan Borovoy, avocat général de l'Association canadienne des libertés civiles (« Canadian Civil Liberties Association »), lorsqu'il s'était opposé à la loi canadienne actuelle sur les contenus haineux :

« Il est tout à fait remarquable que l'Allemagne d'avant Hitler avait des lois très semblables à la loi canadienne contre la haine. De plus, ces lois ont été appliquées avec une certaine vigueur. Au cours des

⁶ Avec la permission explicite de Mme Nadine Strossen, Professeur à la faculté de Droit New York Law School, cette section est largement adaptée de son livre *HATE : Why We Should Resist It with Free Speech, Not Censorship* (2018, Oxford University Press) et de l'épilogue de l'édition de poche du livre 2020.

quinze années qui ont précédé l'arrivée au pouvoir d'Hitler, il y a eu plus de deux cents poursuites fondées sur des discours antisémites. Et, de l'avis de la principale organisation juive de cette époque, près de 10% des cas ont été mal gérés par les autorités. »

A. Alan Borovoy, WHEN FREEDOMS COLLIDE:
THE CASE FOR OUR CIVIL LIBERTIES 50
(Lester & Orpen Dennys, 1st ed., 1988).

Les lois allemandes sur les contenus haineux ont été appliquées y compris contre les principaux officiels nazis, dont certains ont purgé de lourdes peines de prison. Mais plutôt que de supprimer l'idéologie antisémite des nazis, ces poursuites ont aidé les nazis à attirer l'attention sur eux et à agréger des soutiens en leur faveur. Par exemple, le journaliste Flemming Rose rapporte qu'entre 1923 et 1933, le journal antisémite *Der Stürmer*, publié par Julius Streicher, « a été soit confisqué soit [ses] rédacteurs en chef [ont été] traduits en justice. . . trente-six fois ». Pourtant, « plus les chefs d'accusation s'accumulaient contre Streicher, plus l'admiration de ses partisans augmentait. Les tribunaux devinrent une plate-forme importante de la campagne de Streicher contre les Juifs. » “Copenhagen, Speech, and Violence, NEW YORKER, Feb. 15, 2015, <https://www.newyorker.com/news/news-desk/copenhagen-speech-violence>.

Sur la base d'une vaste expérience acquise dans des pays du monde entier, Human Rights Watch a conclu à plusieurs reprises que la suppression des contenus haineux ne luttait pas efficacement contre les discriminations. En 1992, en réponse à la pression pour la création de codes de conduite bannissant les contenus haineux sur les campus universitaires, afin de remédier à la discrimination, Human Rights Watch a publié un rapport qui s'opposait aux lois sur les contenus haineux, expliquant :

« [Un] examen attentif de l'expérience de nombreux autres pays. . . a clairement indiqué qu'il y a peu de lien dans la pratique entre les lois draconiennes sur le « discours de haine » et la diminution de la violence ou des tensions ethniques et raciales. »

“HATE SPEECH” AND FREEDOM OF
EXPRESSION: A HUMAN RIGHTS POLICY
PAPER 4 (Fund for Free Expression, 1992).

En 2013, le Parlement européen a admis que les contenus haineux et les crimes fondés sur les préjugés discriminatoires augmentaient dans les pays de l'Union européenne malgré la rigueur de leurs lois sur les contenus haineux. *European Parliament Resolution on Strengthening the Fight against Racism, Xenophobia, and Hate Crime*, EUR. PARLIAMENT, June 3, 2013, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=MOTION&reference=B7-2013-0123&language=EN>.

Une étude de 2011 portant sur les lois luttant contre les contenus haineux, préparée pour le Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, a conclu que « les massives. . . réglementations pénales » en matière de propos haineux « ne semblent pas avoir contribué de manière significative à réduire le racisme ou. . . les comportements discriminatoires. » Eduardo Bertoni, *A Study on the Prohibition of Incitement to Hatred in the Americas*, OHCHR (Sept. 2011),

http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Expression/ICCPR/Santiago/SantiagoStudy_en.pdf.

De même, dans son livre publié en 2016, analysant l'expérience de nombreux régimes démocratiques qui avaient adopté des lois portant sur les contenus haineux, le professeur de l'Université d'Oxford, Timothy Garton Ash a conclu qu'il n'y avait aucune corrélation entre l'existence de telles lois et la réduction du nombre de propos haineux ou de comportements discriminatoires. La France, par exemple, « *qui a un niveau relativement élevé de poursuites fondées sur les discours haineux* », a néanmoins connu « *une discrimination endémique sur son marché du travail [et] raciste. . . [des chants] dans ses stades de football.* » Timothy Garton Ash, *FREE SPEECH: TEN PRINCIPLES FOR A CONNECTED WORLD* 219 (Atlantic Books, 2017). Ces conclusions furent reprises par Joel Dreyfuss, ancien directeur de la rédaction de « The Root », un site Web axé sur la communauté noire : « *En termes de progrès raciaux, la France ressemble plus aux États-Unis dans les années 1950 - moins la ségrégation forcée - qu'à l'Amérique aujourd'hui.* » Joel Dreyfuss, *After the Charlie Hebdo Attack, Can a Divided France Achieve Egalité, Fraternité and Diversité?*, ROOT, January 17, 2015, <https://www.theroot.com/after-the-charlie-hebdo-attack-can-a-divided-france-ac-1790858516>.

Un contraste instructif concerne les propos et les violences antisémites. En 2013, l'Agence pour les droits fondamentaux de l'Union européenne (« European Union Fundamental Rights Agency ») a mené une enquête auprès des communautés juives en Europe. Soixante-seize pour cent des sondés ont déclaré que l'antisémitisme s'était aggravé dans leur pays au cours des cinq dernières années, malgré la multitude de lois européennes sur les « contenus haineux ». *Discrimination and Hate Crime against Jews in EU Member States: Experiences and Perceptions of Antisemitism*, EUR. UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS. 12 (2013), <http://fra.europa.eu/en/publication/2013/discrimination-and-hate-crime-against-jews-eu-member-states-experiences-and>.

De même, des enquêtes récentes menées par l'organisation « Anti-Defamation League » (ou « ADL ») ont montré que la France avait deux fois plus d'antisémitisme que les États-Unis, malgré l'application rigoureuse par la France de ses lois strictes sur les contenus haineux contre les propos antisémites. *ADL Global 100: A Survey of Attitudes Toward Jews in Over 100 Countries Around the World*, ANTI-DEFAMATION LEAGUE 16–17 (2014), <http://global100.adl.org/public/ADL-Global-100-Executive-Summary.pdf>.

Les leçons à tirer de cette expérience ont été résumées par Jacob Mchangama, fondateur et directeur de Justitia, un groupe de réflexion juridique basé à Copenhague :

« [I]l est même illégal de préconiser le boycott d'Israël [en France]. Pourtant, la confluence de lois de plus en plus draconiennes sur les « contenus haineux » et de l'augmentation des attitudes antisémites devraient faire réfléchir les législateurs [européens]. . . . [De telles] législations. . . peuvent avoir en fait augmenté [l'antisémitisme]. De même, des lois contre le déni de l'Holocauste. . . peuvent même avoir encouragé la négation de l'Holocauste en la renforçant d'un vernis de. . . martyre intellectuel. »

Jacob Mchangama, *How (Not) to Fight Racism and Anti-Semitism*, DAILY BEAST, Feb. 2, 2014,

<https://www.thedailybeast.com/how-not-to-fight-racism-and-anti-semitism>.

Il n'existe aucune preuve que les pays qui adoptent des lois sur les contenus haineux connaissent une baisse du nombre de discours haineux ou de comportements discriminatoires. Parmi les nombreuses illustrations de cette non-corrélation, les exemples sont légion.

Le Royaume-Uni a adopté sa première législation contre les contenus haineux en 1965. *Race Relations Act 1965*, PARLIAMENT, <https://www.parliament.uk/about/living-heritage/transformingsociety/private-lives/relationships/collections1/race-relations-act-1965/race-relations-act-1965/>. Se remémorant sa propre expérience d'attaques racistes, en tant que personne née en Inde, l'écrivain britannique Kenan Malik a observé que la décennie suivante « *était probablement la plus raciste de l'histoire britannique* », comprenant non seulement des « *'actes anti-pakistanaïes' lorsque des voyous racistes étaient à la recherche d'asiatiques à battre* », mais aussi des institutions publiques « *ouvertement racistes* », y compris « *des policiers [et] des agents d'immigration* ». Kenan Malik, *How Did the Left Radicalism of My Manchester Youth Give Way to Islamism?*, THE GUARDIAN, May, 28 2017, <https://www.theguardian.com/commentisfree/2017/may/28/islamism-separation-other-peoples-even-muslims>.

Se concentrant sur la situation européenne actuelle, Agnès Callamard, directrice de Columbia Global Freedom of Expression, a noté en 2015 que bien que « *les gouvernements européens aient produit davantage de lois. . . interdisant les 'contenus haineux' que toute autre région du monde, à l'exception peut-être du Moyen-Orient, les 'pays européens' sont submergés par l'intolérance et. . . les inégalités croissantes* », citant « *la montée du niveau de violence et de haine, la rhétorique anti-immigrés, anti-Roms et antisémite* » dans toute l'Europe. Agnès Callamard, *Comments and Recommendations on ECRI General Policy Recommendation No. 15 on Combating Hate Speech*, GLOBAL FREEDOM OF EXPRESSION @ COLUM. UNIV. 3 (May 20, 2015), <https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/wp-content/uploads/2015/06/ECRI-CONSULTATION-A-Callamard.pdf>.

Une autre étude a été menée par deux professeurs australiens, qui ont examiné l'impact de multiples lois australiennes sur les contenus haineux de 1989, lorsque la première de ces lois a été promulguée, à 2010. Les auteurs ont conclu qu'après l'adoption de ces lois, les communautés minoritaires en Australie ont continué à subir des « *niveaux élevés de violence verbale* » et, dans certains cas, une augmentation de ces abus. Katherine Gelber & Luke J. McNamara, *The Effects of Civil Hate Speech Laws: Lessons from Australia*, 49 L. & SOC. REV. 631 (2015).

L'absence de corrélation entre les lois sur les contenus haineux et la réduction des discriminations ou des violences n'est pas surprenante à la lumière de plusieurs caractéristiques de ces lois, qui les rendent inefficaces pour soi-disant réduire les propos haineux et le préjudice que ces propos sont censés causer.

Les réglementations propres aux contenus haineux sont invariablement trop vagues juridiquement, de sorte que les juges chargés de les faire appliquer doivent rendre des jugements arbitraires. Certains de ces jugements sont inévitablement trop inclusifs, mais, tout aussi inévitablement, beaucoup sont trop peu inclusifs. Le problème de la sous-application est particulièrement aigu dans les pays où des personnalités politiques puissantes se livrent régulièrement à des discours qui violent les lois sur les contenus haineux de leur pays mais ne sont pas tenus légalement responsables de leurs actes. C'est le cas, par exemple, en Pologne, où

les politiciens populistes ciblent les homosexuels, les juifs, les roms et d'autres minorités ethniques, et en Hongrie, où de puissants groupes politiques ciblent les minorités roms et tsiganes. Leonid Bershidsky, *Why Polish Jews Are Growing Uneasy*, BLOOMBERG, Feb. 27, 2018, <https://www.bloomberg.com/view/articles/2018-02-27/polish-jews-are-growing-worried-about-anti-semitism>. Barbora Černušáková, *The Roma People's Hungarian Hell*, POLITICO, Jan. 25, 2017, <https://www.politico.eu/article/the-roma-peoples-hungarian-hell/>; Chuck Sudetic, *Roma in Political Life: Hungary-From Transition to Hate Politics*, OPEN SOCIETY FOUNDATIONS, Sept. 10, 2013, <https://www.opensocietyfoundations.org/voices/roma-political-life-hungary-transition-hate-politics>.

Dans ces pays où il y a plus de discrimination et de propos haineux, les autorités sont moins susceptibles d'appliquer ces lois, conçues pour prévenir ou réparer de telles discriminations. Ce constat a été souligné dans une étude portant sur ce type de lois en Amérique latine par le professeur de la faculté de droit de Fordham Law School, Tanya Hernandez, qui concluait :

« Confier l'exécution d'. . . [une] loi pénale [sur les « contenus haineux »] aux autorités publiques risque de saper la loi de par l'inaction complaisante des fonctionnaires qui peuvent entretenir les mêmes préjugés raciaux que les auteurs des discours haineux. Il s'agit d'un danger tout particulièrement réel en Amérique latine où les policiers découragent systématiquement les Afro-descendants de porter plainte pour discrimination raciale et sont souvent eux-mêmes les auteurs de discrimination et de violence. »

Tanya Katerí Hernández, *Hate Speech And The Language Of Racism In Latin America: A Lens For Reconsidering Global Hate Speech Restrictions And Legislation Models*, 32 U. PA. J. INT'L L. 805, 829 (2011).

De plus, la censure génère de la parole discriminatoire clandestine, avec des conséquences négatives importantes. Premièrement, les personnes qui nourrissent des idées haineuses et discriminatoires sont dissuadées de les exprimer, et leur identité n'est donc pas connue. Nous perdons donc la possibilité de les dissuader et de surveiller leur comportement pour nous assurer que celui-ci n'est pas discriminatoire. Deuxièmement, nous sommes privés de la possibilité que le public écoute ces idées et réalisent ainsi leurs failles. Troisièmement, ceux d'entre nous qui déplorons de telles idées sont privés de la possibilité de formuler et de communiquer des réponses, et l'ensemble de la société est privée de la possibilité d'entendre de tels échanges. À long terme, une diffusion ouverte d'idées discriminatoires suivi d'un débat peut être bien plus efficaces pour les freiner que ne le serait la censure initiale. Quatrièmement, comme le faisait remarquer un rapport de l'UNESCO datant de 2015 : *« Les propos haineux constituent... une fenêtre sur des tensions et des inégalités profondément enracinées qui. . . doivent être abordées. »* Iginio Gagliardone et al., *Countering Online Hate Speech*, U.N. EDUC. SCI. & CULTURAL ORG 16 (2015), <http://unesdoc.unesco.org/images/0023/002332/233231e.pdf>.

Les discours haineux ont donc pour effet positif d'inciter les citoyens à s'engager dans un

activisme en faveur de la justice sociale dans le but de lutter contre la discrimination et la haine qui affligent notre société. En d'autres termes, tout prétendu avantage à court terme qui pourrait résulter de la suppression d'un contenu propos haineux peut être supplanté par l'avantage à long terme de l'exposer et de le combattre. Comme le dit le vieil adage, « *la lumière du soleil est le meilleur désinfectant* ». Louis D. Brandeis, OTHER PEOPLE'S MONEY AND HOW BANKERS USE IT 62 (CreateSpace, 2009).

Les lois propres aux contenus haineux incitent certains orateurs aux idées haineuses à adoucir leurs propos, avec pour résultat pervers que ces derniers sont plus largement diffusés et acceptés. Sur la base d'une étude portant sur les lois propres aux contenus haineux dans six pays européens, les professeurs Louis Greenspan et Cyril Levitt ont conclu que ces lois avaient forcé les politiciens aux programmes racistes à adopter des « *programmes racistes soigneusement rédigés* », les rendant « *plus efficaces*. » Louis Greenspan & Cyril Levitt, UNDER THE SHADOW OF WEIMAR: DEMOCRACY, LAW, AND RACIAL INCITEMENT IN SIX COUNTRIES 10–11 (Praeger, 1993).

La censure de tout contenu suscite un accroissement du désir du public de l'obtenir et rend le public plus réceptif à celui-ci. Ce phénomène est si répandu que plusieurs termes largement utilisés ont été inventés pour le décrire, y compris « *l'effet boomerang* », « *l'effet fruits défendus* » et « *l'effet Streisand* ». Ce dernier fait référence à la chanteuse Barbra Streisand, dont la tentative de suppression de photographies de sa maison à Malibu, en Californie, a par inadvertance considérablement accru l'attention du public. William F. Eadie, 21ST CENTURY COMMUNICATION : A REFERENCE HANDBOOK 163 (Sage Publications, Inc., 2009)
<https://danielciurel.files.wordpress.com/2011/10/21stcenturycommunication2.pdf>.

De plus, en présentant l'orateur réduit au silence en martyr de la liberté d'expression, la censure empêche également les critiques de donner des leçons de morale sur le contenu interdit. Il n'est donc pas surprenant que de nombreux auteurs propageant des propos haineux soient favorables aux lois sur les contenus haineux et aux poursuites qui en résultent.

C'est en partie pour ces raisons que la loi fédérale canadienne sur les contenus haineux a rarement été appliquée, et qu'elle a été fortement critiquée comme inefficace et même contre-productive. Par exemple, une poursuite pénale en vertu de cette loi contre James Keegstra, enseignant dans une école publique et antisémite notoire, fut largement médiatisée. Il fut inculpé en vertu d'une loi de 1984 contre les contenus haineux, deux ans après avoir été renvoyé de son poste d'enseignant en raison de l'endoctrinement antisémite de ses étudiants. R. c. Keegstra, 3 R.C.S. 697, 698 (1990). La longue procédure judiciaire qui a suivi a finalement abouti, en 1996, à une peine d'un an avec sursis, d'une peine de probation d'un an et à 200 heures de travaux d'intérêt général. Comme l'a résumé Peter Bowal, professeur de droit à l'Université de Calgary :

« *[Quatorze] ans à compter du moment où Keegstra a été licencié de son poste d'enseignant, après deux longs procès, trois sentences, trois audiences devant la Cour suprême du Canada et six procès et appels. . . coûtant environ un million de dollars, un Keegstra impénitent a été condamné à l'équivalent d'une tape sur le poignet. . . . Ironiquement, cette scène publique lui a accordé 14 ans de plus pour faire connaître ses opinions. La*

couverture médiatique étendue de la lourde saga juridique a peut-être même suscité plus de sympathie pour Keegstra. »

Peter Bowal, *What Ever Happened to... Jim*

Keegstra, LAW NOW, July 1, 2012,

<https://www.lawnow.org/what-ever-happened-to-jim-keegstra>.

Le manque de « *valeur sociale*. . . *générée* » par le procès et la condamnation de Keegstra, a commenté Bowal, « *peut expliquer pourquoi il y a eu si peu de poursuites victorieuses sur le fondement de la loi pénale portant sur les contenus haineux* » au Canada depuis. Peter Bowal, *What Ever Happened to... Jim Keegstra*, LAW NOW, July 1, 2012, <https://www.lawnow.org/what-ever-happened-to-jim-keegstra>.

Un autre exemple célèbre de cette problématique est la controverse dite de Skokie, IL, aux États-Unis en 1977. Les responsables locaux, soutenus par les dirigeants juifs locaux, ont initialement accepté la demande de militants nazis de procéder à une marche précisément pour éviter de leur donner la publicité dont ils rêvaient. Lorsque cette décision a été annulée, la bataille juridique qui en a résulté a donné aux militants nazis, de manière prévisible, une attention médiatique nationale - et même internationale - qui leur était probablement encore plus précieuse que leur victoire juridique. Ces militants nazis auraient reçu beaucoup moins d'attention s'ils avaient simplement été autorisés à poursuivre leur marche prévue de courte durée (20 à 30 minutes), avec peu de participants (leur estimation probablement exagérée était de 30 à 50). *Village of Skokie v. Nat'l Socialist Party of America*, 69 Ill. 2d 605, 610 (1978).

Compte tenu de l'explosion récente des technologies de communication décentralisées, notamment sur internet ainsi que et les téléphones portables, il est aujourd'hui pratiquement impossible de bloquer complètement tout type d'expression. En 2010, lorsque le président américain, Mr. Obama, a expliqué à l'Assemblée générale des Nations Unies pourquoi les États-Unis s'opposaient à la censure même de discours haineux susceptibles de conduire à la violence, il soulignait, entre autres, que « *lorsque n'importe qui avec un téléphone portable peut diffuser des vues offensantes à travers le monde en un seul clic, la notion selon laquelle nous pouvons contrôler le flux d'informations est obsolète* ». *Remarks by the President to the UN General Assembly*, WHITE HOUSE, Sept. 25, 2012, <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2012/09/25/remarks-president-un-general-assembly>.

Loin de réduire la violence, l'hostilité et les tensions entre groupes, les lois sur les contenus haineux ont souvent tendance à les alimenter. Ce problème est si répandu que le spécialiste en communication Cherian George, qui a étudié ces lois dans divers pays, a inventé un terme pour le décrire : « *hate spin* » [« *étiquetage de haine* »]. Les politiciens « *collant une étiquette* » de contenus haineux sur les propos de groupes rivaux, engagent des poursuites sur le fondement de ces lois, provoquant ainsi des hostilités leur conférant un avantage politique. Cherian George, *HATE SPIN: THE MANUFACTURE OF RELIGIOUS OFFENSE AND ITS THREAT TO DEMOCRACY* xiv (MIT Press, 2016).

Même dans les démocraties développées, l'application des lois sur les contenus haineux risque d'augmenter, et non de diminuer, les tensions entre les différents groupes sociaux ou religieux. L'expérience enseigne que le moyen le plus efficace de réduire ou de résoudre les conflits entre ces groupes consiste à recourir à des approches coopératives et conciliantes plutôt qu'à une batterie de mesures législatives. Un accroissement d'accusations de propos haineux a

pour conséquence l'intensification des conflits sociaux, et non l'inverse. Les personnes qui portent de telles accusations expriment des sentiments négatifs vigoureux à l'égard des opinions de l'orateur, en lui disant essentiellement que « je déteste vos idées », et elles accusent simultanément l'orateur d'être animé par des sentiments discriminatoires. Cependant, de tels propos ne reflètent qu'une ignorance ou une insensibilité qui peut se révéler contre-productive. Comme le confirment de multiples experts en psychologie, assaillir des orateurs qui n'ont pas nécessairement de motivations malveillantes en les blâmant pour des propos haineux n'est guère le moyen le plus constructif de les persuader d'utiliser un langage plus compréhensif ou logique à l'avenir. Même pour les orateurs qui entretiennent de réelles attitudes haineuses, les études suscitées démontrent que les soumettre à des procédures judiciaires ne constitue pas une stratégie optimale pour induire des changements positifs dans les attitudes ou les comportements, non seulement de leurs soutiens, mais de la société au sens large.

2. Les méthodes ne faisant pas appel à la censure sont plus efficaces contre les préjudices potentiels des contenus haineux

En 2015, la *Commission Européenne contre le racisme et l'intolérance* (« ECRI ») a publié un rapport demandant instamment aux pays européens de rechercher des réponses aux contenus haineux, réponses qui ne feraient pas appel à la censure. Or, depuis quelques dizaines d'années, de nombreux pays de l'Union ont promulgué des lois réprimant les contenus haineux avec l'encouragement d'organismes de l'Union Européenne, dont l'ECRI. Mais, après une analyse des initiatives des pays de l'Union pour lutter contre les contenus haineux et les discriminations, l'ECRI a conclu que des mesures ne faisant pas appel à la censure ont « *une probabilité bien supérieure* » aux lois interdisant les contenus haineux aux fins de se révéler efficaces pour supprimer ces contenus haineux et ses conséquences. Commission Européenne contre le racisme et l'intolérance ECRI, *Recommandation de politique générale n°15 sur la lutte contre le discours de haine* - adoptée le 8 décembre 2015, <https://rm.coe.int/recommandation-de-politique-generale-n-15-de-l-ecri-sur-la-lutte-contr/16808b5b03>.

Le terme « contre-discours » englobe tout discours qui contredit un message avec lequel on exprime un désaccord. Une opinion dans ce sens du juge Brandeis (Cour Suprême des États-Unis), dans l'affaire *Whitney c. Californie*, qui avait célébré le contre-discours comme l'alternative appropriée à la censure, est considérée comme historique :

« Le recours approprié pour les donneurs de conseils malveillants, ce sont les donneurs de conseils bienveillants. . . . S'il y a assez de temps pour exposer, par la discussion, le mensonge et les contre-vérités, afin d'éviter ces maux grâce à l'éducation, la solution est davantage de paroles, et non pas l'obligation de rester silencieux. »
Whitney v. California, 274 U.S. 357, 375 (1927).

Au cours du demi-siècle écoulé depuis l'adoption par la Cour suprême des États-Unis, à l'unanimité, de cette approche, la Cour a appliqué avec vigueur ce « remède » basé sur « *d'avantage de discours* » vis-à-vis d'une gamme de discours de plus en plus diverse, et dont les messages sont mal vus, dérangeants ou redoutés.

Dans le contexte de contenus haineux, le contre-discours recouvre un éventail

potentiellement vaste de propos, parmi lesquelles un discours réfutant directement les idées véhiculées par les contenus haineux, des initiatives éducatives volontaristes et plus larges, et l'expression de remords par des personnes ayant renoncé à leurs déclarations discriminatoires.

La contribution sans précédent apportée par internet à la communication instantanée dans le monde est une arme à double tranchant concernant les contenus haineux. Internet permet non seulement de transmettre plus facilement que jamais des messages haineux, mais il rend également la réfutation de ceux-ci plus facile également. De plus, internet permet de mesurer plus facilement l'étendue et l'incidence du contre-discours. Bien que ce domaine soit encore récent, il existe des études sur l'efficacité prometteuse de diverses initiatives de contre-discours en ligne.

Facebook a engagé l'ONG américaine Demos pour étudier la production et le partage du contre-discours sur Facebook. Le rapport initial de Demos, publié en 2015, révèle que les propos haineux sur internet sont « *souvent confrontés à des désaccords, à de la dérision et à des contre-campagnes* », et que cette « réponse participative » présente des avantages importants par rapport à l'interdiction : « *elle est plus rapide, plus souple et plus réactive, [et] capable de faire face à une [expression problématique] à partir de n'importe où et en n'importe quelle langue.* » Certains utilisateurs de Facebook recherchent activement les contenus haineux dans le but exprès de les contester. Certains contre-discours sont partagés publiquement, et d'autres sont transmis en privé à la personne ayant fait la déclaration haineuse. Le rapport conclut que certains types de contenus et de formats sont particulièrement efficaces pour lutter contre les contenus haineux, en particulier les photos et les vidéos, les commentaires « constructifs » et ceux portant sur des sujets politiques spécifiques. Jamie Bartlett & Alex Krasodomski-Jones, *Counterspeech on Facebook*, DEMOS (Sept. 2016), <https://www.demos.co.uk/wp-content/uploads/2016/09/Counter-speech-on-facebook-report.pdf>.

En 2016, un rapport sur le contre-discours sur Twitter, corédigé par un groupe de chercheurs des États-Unis et du Canada, fut publié. Ce rapport, qui comprend la première analyse du « petit corpus » de recherches existantes sur le contre-discours en ligne, conclut que les contenus haineux et « extrémistes » sont plus efficacement « affaiblis » par des contre-discours que par leur suppression. L'une des raisons de cette conclusion est que « *le contenu est susceptible de réapparaître ailleurs sur Internet après sa suppression* ». Faisant écho au rapport Demos sur Facebook, le rapport sur Twitter conclut que les images sont plus convaincantes que le seul texte, et que l'humour, y compris la satire, est particulièrement puissant. Susan Benesch et. al., *Counterspeech on Twitter: A Field Study*, DANGEROUS SPEECH PROJECT 5–6, Oct. 14, 2016, <https://dangerousspeech.org/counterspeech-on-twitter-a-field-study/>.

Le rapport indique qu'en combinant ces deux approches, l'humour et les images, « *des personnes qui ne partagent pas la même langue* » peuvent « *apporter la contradiction, ensemble, souvent en grand nombre et au-delà des frontières culturelles et nationales* » avec efficacité. Susan Benesch et. al., *Counterspeech on Twitter: A Field Study*, DANGEROUS SPEECH PROJECT 27, Oct. 14, 2016, <https://dangerousspeech.org/counterspeech-on-twitter-a-field-study/>.

Parmi les exemples proposés par le rapport, celui-ci est révélateur :

« *Dani Alves, un footballeur brésilien [noir], a été soumis à un geste raciste humiliant lorsqu'un spectateur lui a jeté une banane sur le terrain. . . .* »

Un autre joueur. . . a rapidement posté une image de lui-même en train de manger une banane, sur le hashtag #Somostodosmacacos, ce qui signifie « nous sommes tous des singes ». Ce hashtag. . . se propagea rapidement. . . des milliers de personnes ont publié des selfies de mangeurs de bananes en soutien spontané ».

Susan Benesch et. al., *Counterspeech on Twitter: A Field Study*, DANGEROUS SPEECH PROJECT
27, Oct. 14, 2016,
<https://dangerousspeech.org/counterspeech-on-twitter-a-field-study/>.

Chose incroyable, ce rapport fait état de situations dans lesquelles le contre-discours a réussi à produire un « *changement durable de conviction* » même lorsque la personne en cause semblait « *bien accrochée ... à une idéologie haineuse* » et « *à soutenir celle-ci publiquement* ». *Id.*

Le rapport identifie des stratégies efficaces dans ces situations, parmi lesquelles l'utilisation d'un ton empathique ou sympathique en réponse à l'auteur de propos haineux plutôt que de traiter celui-ci de haineux ou de raciste, tout en identifiant son discours comme tel. *Id.*

Voici la description, d'un exemple de contre-discours, lui aussi révélateur :

« Megan Phelps-Roper. . . était pleinement convaincue des principes homophobes extrêmes de l'église baptiste de Westboro, que son grand-père Fred Phelps avait fondé et dans laquelle elle avait été élevée - jusqu'à ce qu'elle ouvre un compte Twitter pour diffuser les opinions de son église. Sur Twitter, elle a rencontré des personnes qui contestaient ses opinions. . . Conversations prolongées avec deux d'entre eux. . . qui ont complètement changé les vues de Phelps-Roper, par son propre compte. Elle a fini par quitter l'église. »
Id.

Le Southern Poverty Law Center (« SPLC »), par exemple, qui « *se consacre à la lutte contre la haine et le fanatisme* », s'oppose fermement à des approches de censure, et ce pour des raisons stratégiques. En 2017, SPLC a publié un guide, destiné aux étudiants, sur la façon de freiner les efforts croissants de recrutement de l'extrême-droite américaine sur les campus universitaires.

« L'extrême droite se nourrit d'hostilité et la haine se nourrit des foules. Les séquences vidéo d'une altercation ne protégeront que l'orateur, qui peut se prétendre victime. Aussi difficile que cela puisse être de résister à invectiver les orateurs de l'extrême droite, ne les affrontez pas. Ne débâtez pas avec eux. . . Comme le montre clairement cette publication, il

existe de nombreuses autres façons de remettre en question [leurs] croyances. »
Southern Poverty Law Center, *The Alt-Right on Campus: What Students Need to Know*, SPLC ON CAMPUS 5–6 (2017)
https://www.splcenter.org/sites/default/files/soc_alt-right_campus_guide_2017_web.pdf.

Au lieu de confronter agressivement, par des contre-manifestations, les personnes faisant des déclarations haineuses, le SPLC recommande d'organiser « *un événement alternatif – à l'écart de l'événement 'extrême droite' – pour souligner l'engagement de votre campus envers l'inclusion et les valeurs démocratiques de notre pays* ». On peut ainsi envisager, parmi d'autres exemples d'événements non conflictuels, « *un festival de la diversité et de la tolérance* » avec de la musique et autres divertissements, ainsi que des conférenciers, ou « *l'organisation d'une conférence, d'une veillée ou d'un forum* ». Southern Poverty Law Center, *L'Alt-Right sur les campus : Ce que les étudiants doivent savoir*, SPLC ON CAMPUS 5–6 (2017)
https://www.splcenter.org/sites/default/files/soc_alt-right_campus_guide_2017_web.pdf.

Une variante de ces approches est ce que le *New York Times* a qualifié de « *subversion humoristique* », dans un article de 2017 décrivant comment des antinazis Allemands ont transformé un défilé néo-nazi annuel en une « *levée de fonds involontaire* » :

« Pour chaque mètre parcouru par les néonazis, les résidents locaux et les entreprises se sont engagés à donner 10 euros. . . à un programme qui aide les gens à quitter les groupes extrémistes de droite. Ils ont transformé la marche en un événement sportif simulé. Quelqu'un peignit sur la rue « Start » . . . et une ligne d'arrivée, comme s'il s'agissait d'une course. . . . Un panneau en fin de parcours remercia les manifestants pour leur contribution à la cause antinazie - 10 000 €. »
Moises Velasquez-Manoff, *How to Make Fun of Nazis*, N.Y. TIMES, august 17, 2017,
<https://www.nytimes.com/2017/08/17/opinion/how-to-make-fun-of-nazis.html>.

Cette stratégie basée sur l'humour subversif a également été déployée ailleurs, y compris à Charlotte (Caroline du Nord) où, lors d'une marche du « *pouvoir blanc [white power]* » en 2012, les contre-manifestants étaient déguisés en clowns, arboraient des pancartes indiquant « *le pouvoir de l'épouse [wife power]* » et jetaient de la « *farine blanche* ». Nick Wing, *White Supremacist Rally In North Carolina Met By Clown Counter-Protest, 'Wife Power' Signs*, HUFFINGTON POST, Nov. 12, 2012, https://www.huffingtonpost.com/2012/11/12/white-supremacist-rally-clowns_n_2118890.html. Le *New York Times* commentait cette stratégie dans les termes suivants : « *En sapant le sérieux sous lequel les tenants de la suprématie de la race blanche essaient de se montrer, les contre-manifestations humoristiques peuvent affaiblir l'utilité de ces événements en termes de recrutement.* ». Alors que « *se battre avec des antifas portant des bandanas peut sembler romantique à certains jeunes gens déçus du système* », être en but au ridicule ne va sans doute pas attirer grand monde. Moises Velasquez-Manoff, *How to Make Fun of Nazis*, N.Y. TIMES, Aug. 17, 2017, <https://mobile.nytimes.com/2017/08/17/opinion/how-to->

make-fun-of-nazis.html.

Les lois sur le contenu haineux, qui visent à promouvoir l'égalité des droits ont, en réalité, un résultat opposé, par le biais d'une approche trop paternaliste, voire protectionniste. Au lieu de se reposer sur les lois contre le contenu haineux pour les supprimer, ces militants qui privilégient le contre-discours exhortent ceux qui sont victimes du discours haineux à y faire face directement. Certes, cela est souvent « plus facile à dire qu'à faire » car, comme le soutiennent les partisans de la répression des contenus haineux, un tel discours peut avoir à la fois comme but et comme résultat de réduire ses cibles au silence. Cet effet peut être particulièrement aigu dans le cas d'un contenu haineux ciblé individuellement.

Ces dernières années, nous avons assisté, dans tous les États-Unis, à une augmentation de la promotion de la justice sociale, avec la participation active, et sous la direction, de membres de groupes minoritaires. Les sondages indiquent que cette tendance va se poursuivre. Il est essentiel, pour le bien-être, tant des personnes que de la société tout entière, d'encourager et de faciliter ce contre-discours plutôt que d'adopter une censure anti-démocratique et dé-responsabilisante.

Un des problèmes causés par l'encouragement à faire effectuer un contre-discours par les personnes en butte à des contenus haineux est qu'il est peut-être abusif de s'attendre à ce que celles-ci assument ce fardeau ; en effet, cela fait reposer sur les victimes du discours, la responsabilité, au moins partielle, de la correction des préjudices potentiels. Il existe aussi des considérations opposées. Tout d'abord, les personnes ciblées par le contenu haineux n'ont, bien évidemment, aucune *obligation* de formuler du contre-discours. De plus, d'autres membres de notre société, attachés à l'égalité et à la dignité individuelle, ont la responsabilité morale de condamner les contenus haineux et d'exprimer leur soutien aux cibles de celui-ci. Enfin, le temps, les efforts et l'énergie mis en œuvre par les personnes attaquées pour s'engager dans le contre-discours peuvent être considérés comme un investissement judicieux, qui leur sera gratifiant personnellement, ainsi qu'à toutes les parties concernées.

Enfin, il est important de souligner que l'éducation est une forme vitale de contre-discours. Une stratégie éducative essentielle consiste à transmettre des informations précises et positives sur les groupes traditionnellement marginalisés. Cette approche volontariste doit servir de complément à d'autres réponses à des cas spécifiques de contenu haineux. Elle peut s'effectuer de diverses manières, notamment par le biais du système scolaire, des médias et des réseaux sociaux. Des études de sciences sociales ont montré que les représentations positives dans les médias réduisent les préjugés et favorisent la promotion d'une société plus tolérante et plus intégrée. Adam Rutland & Melanie Killen, *A Developmental Science Approach to Reducing Prejudice and Social Exclusion: Intergroup Processes, Social-Cognitive Development, and Moral Reasoning*, 9 SOC. ISSUES AND POL'Y REV. 121 (2015).

3. La récente et très stricte législation allemande sur internet (« NetzDG »), n'atteint pas ses objectifs.

Des développements récents en Allemagne illustrent les problèmes persistants avec les restrictions apportées aux contenus haineux : ils étouffent excessivement des expressions précieuses, y compris celles qui critiquent et font la satire du contenu haineux. *L'Allemagne fait taire les contenus haineux mais ne sait pas les définir*, THE ECONOMIST, 13 janvier 2018, <https://www.economist.com/europe/2018/01/13/germany-is-silencing-hate-speech-but-cannot-define-it>. Mais ils sont insuffisants pour supprimer les discours et les comportements haineux

contre lesquels ils étaient censés avoir de l'effet. *Id.*

En janvier 2018, l'Allemagne a mis en place une législation très stricte sur les « contenus haineux » sur Internet, dans le cadre de sa nouvelle législation « NetzDG » (« *Netzwerkdurchsetzungsgesetz* » ou « Loi sur la mise en vigueur des réseaux »), qui peut infliger aux hébergeurs en ligne des amendes pouvant atteindre 50 millions d'euros s'ils ne suppriment pas, dans les 24 heures suivant un signalement, une expression qui serait « manifestement illégale » en vertu de la législation allemande. *L'Allemagne commence à appliquer la loi sur le contenu haineux*, BBC NEWS, 1^{er} janvier 2018, <https://www.bbc.com/news/technology-42510868>. En bref, NetzDG délègue aux sociétés en ligne le soin de faire appliquer les lois allemandes préexistantes sur les contenus haineux. *Id.*

Après l'entrée en vigueur de la loi NetzDG, des tweets de la codirigeante du parti d'extrême-droite « Alternative pour l'Allemagne » (« AfD ») et de son adjoint en ont été les premières victimes, ainsi qu'une série de tweets du magazine satirique *Titanic*, qui avait parodié les commentaires supprimés de l'AfD. Linda Kinstler, *Germany's Attempt to Fix Facebook is Backfiring*, THE ATLANTIC, 18 mai 2018, <https://www.theatlantic.com/international/archive/2018/05/germany-facebook-afd/560435/>. Jörg Rupp, travailleur social et militant politique, a également vu son compte Twitter interdit, en janvier 2018, après avoir invoqué le langage des groupes de droite pour souligner leur « cruauté » envers les demandeurs d'asile. Adam Satariano, *L'Europe mets les géants de la technologie au pas. Mais certains disent que ça va trop loin*, BOSTON BUSINESS JOURNAL, 6 mai 2019, <https://www.bizjournals.com/boston/news/2019/05/06/europe-is-reining-in-tech-giants-but-some-say-it.html>. Sa conclusion : « *Il est dangereux. . . d'être ironique.* » *Id.*

De même, l'une des artistes de rue les plus connues d'Allemagne (sous le pseudonyme « Barbara. » [*sic*]), dont les œuvres narguent fréquemment l'extrême-droite, s'est fait supprimer cinq messages dans les 15 jours suivant l'entrée en vigueur de la loi NetzDG. Linda Kinstler, *La tentative de l'Allemagne de corriger Facebook est contre-productive*, THE ATLANTIC, 18 mai 2018, <https://www.theatlantic.com/international/archive/2018/05/germany-facebook-afd/560435/>. Bien que les tweets de l'AfD qui avaient été ciblés contenaient des termes incendiaires vis-à-vis des musulmans et des immigrés, ils faisaient référence à d'importants débats d'idées en matière d'immigration et de justice pénale. En outre, quelque répugnante qu'on puisse considérer la phraséologie et les positions de l'AfD, celles-ci bénéficient d'un soutien important de la part du public allemand et constituent donc des éléments essentiels du débat public ; après les élections législatives nationales de 2017, l'AfD est devenue le troisième parti allemand et, en septembre 2019, s'est classée deuxième lors de scrutins dans deux « Lander » clefs. Sheena McKenzie, *L'extrême-droite allemande gagne beaucoup de voix dans des élections de Lander*, CNN, 2 septembre 2019, <https://www.cnn.com/2019/09/02/europe/saxony-brandenburg-germany-state-election-results-grm-intl/index.html>. Par conséquent, en supprimant à la fois le discours de l'AfD et le contre-discours satirique, la loi NetzDG a censuré les deux côtés de débats de politique publique.

Illustrant de plus belle l'atténuation de la diversité des opinions politiques, y compris les contre-discours contre les contenus haineux, une des deux dirigeants censurés de l'AfD l'a invoquée pour forcer Facebook à supprimer un message qui la traitait de « truie nazie ». Andrea Shalal, Facebook obligé de retirer un commentaire qualifiant une dirigeante de l'AfD de « truie nazie », REUTERS, 30 avril 2018, <https://www.reuters.com/article/us-germany-politics-afd-facebook/facebook-must-block-commentary-calling-afd-leader-a-nazi-swine-court-idUSKBN1I11UZ>. De manière particulièrement ironique, la loi NetzDG a même supprimé un

tweet du ministre allemand des Affaires étrangères, Heiko Maas, qui avait été son principal promoteur quand il était ministre de la Justice ; son tweet retiré avait traité d'« idiot » un opposant à l'immigration. *Le ministre de la justice victime de sa propre loi sur la censure des médias sociaux*, THE LOCAL DE, 8 janvier 2018, <https://www.thelocal.de/20180108/justice-minister-falls-victim-to-own-social-media-censorship-law>.

Les politiciens de l'AfD ont appliqué des stratégies familières et bien connues pour contrecarrer les efforts visant à faire taire leurs propos et leur faire perdre des soutiens. Selon Mirko Hohmann, chercheur en politique technologique au Global Public Policy Institute de Berlin, les dirigeants de l'AfD arrivent parfois à contourner la loi NetzDG en camouflant leurs messages provocateurs avec des termes à la limite de celle-ci et, lorsque leurs propos sont supprimés, ils renforcent leur rôle de martyrs de la liberté d'expression. Linda Kinstler, *La tentative de l'Allemagne de rectifier Facebook est contre-productive*, THE ATLANTIC, 18 mai 2018, <https://www.theatlantic.com/international/archive/2018/05/germany-facebook-afd/560435/>. En référence à la censure sévère sous l'ancien régime communiste est-allemand de la République démocratique allemande (RDA), les partisans de l'AfD dénigrent la loi NetzDG en la traitant de « RDA 2.0 ». Dans *The Atlantic*, la journaliste Linda Kinstler fait remarquer que la loi NetzDG « semble avoir amplifié les voix qu'elle était censée réduire ». Linda Kinstler, *La tentative de l'Allemagne de rectifier Facebook est contre-productive*, THE ATLANTIC, 18 mai 2018, <https://www.theatlantic.com/international/archive/2018/05/germany-facebook-afd/560435/>.

Réciproquement, la loi a apparemment diminué d'autres voix, qui n'étaient pas celles prévues : celles des Allemands ordinaires. Linda Kinstler, *La tentative de l'Allemagne de rectifier Facebook est contre-productive*, THE ATLANTIC, 18 mai 2018, <https://www.theatlantic.com/international/archive/2018/05/germany-facebook-afd/560435/>. Selon Joerg Heidrich, un avocat allemand spécialiste d'internet, ceux-ci ont « peur de se faire supprimer leur compte » et deviennent donc « plus prudents vis-à-vis de ce qu'ils pensent et de ce qu'ils écrivent ». *Id.*

Les nombreuses critiques allemandes de la loi NetzDG notent également une autre conséquence négative de son régime de suppression de la parole : elle élimine les avantages qui découlent de diverses formes de contre-discours, y compris l'expression de soutien aux victimes de contenus haineux. Ole Tangen Jr., *La politique de suppression des contenus haineux sur Internet*, DW, 1^{er} août 2018, <https://www.dw.com/en/the-politics-of-deleting-online-hate-speech/a-42030848>. Ce point a été souligné, par exemple, dans un article publié en 2018 par Ole Tangen, rédacteur en chef de la publication allemande. *Id.* Celui-ci décrivait comment Facebook avait, conformément à la loi NetzDG, supprimé une vidéo d'un Allemand « qui critiquait les Juifs en disant qu'ils devraient partir d'Allemagne », et faisait référence à la Shoah. *Id.* Cette vidéo avait été mise en ligne par Yorai Feinberg, un Israélien juif qui possède un restaurant à Berlin, et qui voulait signaler la persistance de l'antisémitisme en Allemagne. *Id.* Feinberg lui-même, ainsi que de nombreuses autres personnes, s'est plaint de l'action de Facebook, ce qui a conduit Facebook à s'excuser et à remettre la vidéo en ligne. *Id.* Cette vidéo has maintenant été visionnée presque 600 000 fois, et a reçu des milliers de commentaires, la grande majorité... ayant offert des mots de soutien à tous les Juifs vivant en Allemagne. Ainsi, une vidéo antisémite a fini par unir les gens contre cette conviction haineuse, ce qui n'aurait pas pu se produire si la vidéo avait été supprimée. *Id.*

En dépit de la loi NetzDG, et de ses restrictions rigoureuses contre les contenus haineux, les propos haineux et la violence, notamment antisémite, ont continué à augmenter en Allemagne. Linda Kinstler, *La tentative de l'Allemagne de rectifier Facebook est contre-*

productive, THE ATLANTIC, 18 mai 2018, <https://www.theatlantic.com/international/archive/2018/05/germany-facebook-afd/560435/>. Les partisans des restrictions réaffirment régulièrement que celles-ci sont étudiées pour empêcher les horreurs de la Shoah. Michael J. Bazyler, *Les lois sur la négation de la Shoah et autres lois faisant de la promotion du nazisme un délit*, Yad Vashem The World Holocaust Remembrance Center, <https://www.yadvashem.org/holocaust/holocaust-antisemitism/holocaust-denial-laws.html>.

Pourtant, de même que les restrictions strictement rédigées et strictement appliquées pendant la République de Weimar n'ont pas empêché le nazisme, ni la Shoah, la censure stricte en Allemagne n'évite pas non plus, ni l'antisémitisme virulent et violent, ni la discrimination et la violence contre d'autres minorités. Flemming Rose, *La guerre contre la liberté d'expression*, CATO INSTITUTE, 28 mai 2015, <https://www.cato.org/policy-report/mayjune-2015/war-free-expression>. Yascha Mounk, *Verboten*, NEW REPUBLIC, 3 avril 2018, <https://newrepublic.com/article/147364/verboten-germany-law-stopping-hate-speech-facebook-twitter>. La suppression des propos haineux — y compris ceux des dirigeants de l'AfD — ne freine pas non plus la montée du parti d'extrême-droite AfD, dont certains dirigeants ont utilisé une « *phraséologie ... teintée de connotations nazies* », selon la BBC. *Élections allemandes : le parti nationaliste AfD à l'extrême-droite*, BBC, 13 octobre 2017, <https://www.bbc.com/news/world-europe-37274201>.

Un rapport publié par le gouvernement allemand en mai 2019 démontre que les incidents antisémites en Allemagne ont augmenté de près de 20 % en 2018 par rapport à l'année précédente pour atteindre 1799, tandis que 69 crimes et délits antisémites violents ont été dénombrés, soit une augmentation de 86 %. Comité de rédaction, *L'antisémitisme, ce fléau, renaît en Europe*, NEW YORK TIMES, 26 mai 2019, <https://www.nytimes.com/2019/05/26/opinion/antisemitism-europe-germany.html>.

En 2018, la chancelière allemande Angela Merkel reconnaissait l'augmentation de l'antisémitisme en nommant, pour la première fois de l'histoire de l'Allemagne, un haut-commissaire fédéral à l'antisémitisme, Felix Klein. Andrea Shalal, *L'Allemagne de Merkel appelle à une "tolérance zéro" contre l'antisémitisme et la haine*, REUTERS, 26 janvier 2019, <https://www.reuters.com/article/us-germany-holocaust/germanys-merkel-calls-for-zero-tolerance-of-anti-semitism-hate-idUSKCN1PK0EG>. En mai 2019, le haut-commissaire informait les Juifs qu'il n'était sûr « *nulle part en Allemagne* » de porter la « kippa », cette calotte que de nombreux juifs pratiquants croient avoir un devoir religieux de porter. *Un haut fonctionnaire allemand déconseille aux juifs le port de la kippa en public*, DW, 25 mars 2019, <https://www.dw.com/en/german-official-warns-jews-against-wearing-kippahs-in-public/a-48874433>. Josef Schuster, qui préside la plus grande fédération d'organisations juives d'Allemagne, a également déconseillé aux Juifs de porter la kippa en public en ville. *On demande aux Juifs en Allemagne de ne pas porter de kippa, après les attaques*, BBC, 24 avril 2018, <https://www.bbc.com/news/world-europe-43884075>.

Près d'un an et demi après l'entrée en vigueur de la loi NetzDG, la violence haineuse et l'AfD sont encore plus répandus en Allemagne. On trouvera quelques exemples ci-dessous.

En février 2020, les deux principaux partis allemands – la CDU d'Angela Merkel et le Parti libéral-démocrate FDP – concluent une alliance de gouvernement avec l'AfD dans le Land de Thuringe (est de l'Allemagne) ; cette décision a été par ailleurs largement dénoncée, notamment par Merkel et le patron national du FDP. C'est la première fois depuis la Seconde Guerre mondiale qu'un parti politique traditionnel participe à une coalition avec un parti

d'extrême-droite.

Le même mois, un homme armé tue 10 personnes à Hanau, près de Francfort, dans deux bars à chicha fréquentés par des immigrants musulmans. Avant cette tuerie, il avait enregistré une vidéo faisant l'apologie du racisme et du complotisme.

Toujours en février 2020, la police allemande arrête 12 hommes et les met en examen pour la planification d'attaques contre des demandeurs d'asile et des musulmans, ainsi que des hommes politiques qui défendent leurs droits.

En octobre 2019, un tireur d'extrême-droite tente d'assassiner des Juifs dans une synagogue de Halle (est de l'Allemagne), le jour de Yom Kippour, qui est le plus saint pour les Juifs ; c'est uniquement parce que la porte de la synagogue était fermée à clef que ce massacre a pu être évité, mais le tireur a assassiné deux passants. Et, en juin 2019, le préfet Walter Lübcke, ancien élu CDU, est assassiné chez lui par un homme armé opposé à sa politique pro-réfugiés.

Même les partisans de la loi NetzDG sont bien obligés de reconnaître qu'elle n'a manifestement pas bloqué les idées, les contenus ni les actions haineuses. Nombre d'entre eux soutiennent désormais une autre loi, encore plus stricte, qui obligerait les médias sociaux à supprimer encore plus de contenus. Il n'est donc pas étonnant que de nombreux Allemands déplorent cette initiative comme étant la pire des situations : elle bâillonnerait l'expression importante de citoyens respectueux de la loi, sans pour autant supprimer les opinions ni la violence haineuse.

En date des présentes, la loi NetzDG a été fortement critiquée par une coalition de treize organisations non politiques allemandes, y compris des associations de journalistes, d'informaticiens et de partisans de l'économie numérique.

Pour ces motifs, les Auteurs estiment que le Conseil Constitutionnel ne peut que censurer, en tout ou en partie, les dispositions critiquées de la loi déferée et en particulier, l'Article 1, ainsi que d'apporter les nécessaires réserves d'interprétation afin d'assurer la protection des droits et libertés constitutionnels.



ligue internationale contre
le racisme et l'antisémitisme

Président

Mario Stasi

Paris, le 15 Juin 2020

Président – fondateur

Bernard Lecache

Présidents d'honneur

Jean Pierre-Bloch
Pierre Aidenbaum
Patrick Gaubert
Alain Jakubowicz

Monsieur le Président du Conseil Constitutionnel

Mesdames et Messieurs les membres du Conseil Constitutionnel

2 rue Montpensier

75001 Paris

Fondateurs

Séverine
Comtesse de Noailles
Léon Blum
Édouard Bénès
Albert Einstein
Simon Goldenberg
Édouard Herriot
Léon Jouhaux
Thomas G. Masaryk
Gaston Monnerville
Lazare Rachline
Romain Rolland

Objet : Contribution extérieure relative à la proposition de loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet (T.A. n°419)

Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs les membres du Conseil Constitutionnel,

Votre haute juridiction est appelée à examiner la conformité à la Constitution de la proposition de loi adoptée par le Parlement et qui vise à lutter contre les contenus haineux sur Internet.

La Ligue internationale contre le racisme et l'antisémitisme (LICRA), association fondée en 1927, reconnue d'intérêt général et dotée du statut consultatif auprès des Nations Unies et du Conseil de l'Europe a pour objet moral de combattre le racisme, l'antisémitisme, la xénophobie et les discriminations et défendre leurs victimes individuelles ou collectives ; de promouvoir les droits de la personne humaine et prévenir, par une action éducative et positive, toute atteinte qui pourrait leur être portée ; de combattre la négation et l'apologie des génocides et des crimes contre l'humanité, et défendre l'honneur et la mémoire de leurs victimes.

A ce titre, en tant que Président de la LICRA, je souhaite porter à votre appréciation les éléments suivants afin d'éclairer la décision qui sera rendue au plus tard le 18 juin prochain sur le texte visé en référence.

Sur la question de la liberté d'expression

D'aucuns ont été nombreux à combattre ce texte en excipant des protections de la liberté d'expression. Le débat posé en ces termes est trompeur et ne correspond pas à la réalité du texte. La proposition de loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet n'est pas une nouvelle loi antiraciste.

.../...

Elle n'amende en rien la loi sur la liberté de la presse du 29 juillet 1881 qui constitue le socle de notre droit en matière de liberté d'expression et dont la conformité à notre loi fondamentale et aux normes de référence du contrôle de constitutionnalité a été maintes fois établie. Cette loi a elle aussi été jugée conforme à de très nombreuses reprises, aux dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme. Le texte soumis à votre contrôle ne revisite en rien le périmètre des exceptions à la liberté d'expression : au contraire, il les conforte dans ce qu'elles seront désormais traitées de la même manière en toutes circonstances, dans la rue comme sur internet, mettant fin à une période de dérégulation totale qui a vu les contenus réprimés par la loi être hors d'atteinte de la volonté du législateur. Elle rend applicable à tout citoyen des dispositions que chaque directeur de publication d'un journal, y compris en ligne, applique déjà.

Si un internaute poste un contenu contraire à la loi en commentaire d'un article d'un site de presse, il s'expose au retrait du contenu par le directeur de publication qui, s'il ne le faisait pas, en serait tenu pour responsable pénal. Le texte adopté numéro 419, ne fait que transposer et encadrer ces dispositions aux nouveaux usages des réseaux sociaux, mettant fin à la rupture d'égalité qui pouvait exister entre un directeur de publication et un internaute « auto-publiant » de contenus sur les réseaux sociaux.

Je relève par ailleurs que le 2° de l'article 1er texte vise les contenus « manifestement illicites », et uniquement eux, s'inspirant directement de votre jurisprudence (Décision n° 2018-773 DC du 20 décembre 2018, considérant n° 23) ce qui permet un équilibre entre renforcement de la modération et protection de la liberté d'expression : "Dès lors, compte tenu des conséquences d'une procédure pouvant avoir pour effet de faire cesser la diffusion de certains contenus d'information, les allégations ou imputations mises en cause ne sauraient, sans que soit méconnue la liberté d'expression et de communication, justifier une telle mesure que si leur caractère inexact ou trompeur est manifeste. Il en est de même pour le risque d'altération de la sincérité du scrutin, qui doit également être manifeste. »

Sur la question des délais de retrait des contenus

Le texte contraignant les hébergeurs à retirer les contenus manifestement illicites sous un délai de 24 heures dans certains cas et sous 1 heure dans d'autres. Cette contrainte est avancée comme insurmontable par les partisans de la censure de ce texte. Chacun est en droit de considérer que ces délais sont courts et rigoureux. Mais, à supposer ces arguments fondés, ils n'entrent pas dans le champ de votre saisine, aucune disposition de la Constitution ne faisant obstacle à la mise en œuvre d'une telle disposition. Il ne vous appartient pas de mesurer la faisabilité techniques et le niveau de confort de mesures de contrainte dont la charge incombera à un

opérateur privé qui s'adaptera nécessairement aux conditions législatives décidées par le Parlement. Surtout, la rigueur de ces délais est imposée par la nature des contenus visés. Si le racisme, l'antisémitisme, le négationnisme ne sont pas considérés comme des atteintes à la dignité humaine justifiant une telle loi, alors rien ne saurait être considéré comme indigne. Le droit des victimes des discours de haine ne saurait, à l'évidence, être relégué en deçà des droits des auteurs de haine.

Espérant que ces arguments sauront éclairer la décision qui sera prise par votre haute juridiction, je vous prie de croire, Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs les membres du Conseil Constitutionnel, en l'assurance de ma haute considération.

A handwritten signature in black ink, consisting of a vertical line on the left and several horizontal strokes on the right, forming a stylized 'M'.

Mario Stasi
Président de la LICRA