

## **Saisine CC – PPL Avia lutte contre les contenus haineux sur internet**

Monsieur le Président,

Mesdames et Messieurs les Conseillers,

Les Sénateurs soussignés ont l'honneur de soumettre à votre examen, conformément au deuxième alinéa de l'article 61 de la Constitution, la loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet.

Adoptée en lecture définitive par l'Assemblée nationale le 13 mai 2020, la loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet impose aux grandes plateformes en ligne, d'une part, des obligations de suppression rapide et exhaustive concernant certains propos « odieux », sous peine de sanction pénale et, d'autre part, une régulation et une surveillance administrative du respect des nouvelles obligations de moyens mises à leur charge, sous l'égide du Conseil supérieur de l'audiovisuel.

Les Sénateurs requérants demandent au Conseil constitutionnel d'examiner et de déclarer contraires à la Constitution la loi déferée, et en particulier ses articles<sup>1</sup> 1<sup>er</sup>, 4, 5, 7 et 8 ainsi que les dispositions qui n'en seraient pas détachables,

---

<sup>1</sup> La numérotation des articles renvoie au texte définitivement adopté.

## **I. Violation manifeste de la directive « e-commerce »**

La loi déferée modifie et complète la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN) ; il s'agit ainsi, comme cette dernière, d'une mesure de transposition en droit interne de la directive européenne 2000/31/CE du 8 juin 2000 dite « e-commerce »<sup>2</sup>.

Dans le cadre du contrôle du respect de l'exigence constitutionnelle de transposition des directives, fondée sur l'article 88-1 de la Constitution, le Conseil constitutionnel s'assure que les dispositions législatives adoptées ne méconnaissent pas manifestement la directive qu'elles ont pour objet de transposer, et que ladite transposition n'aille pas à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti<sup>3</sup>.

Or, comme l'a relevé la Commission européenne dans ses observations adressées à la France, annexées à la présente saisine, et auxquelles les requérants renvoient, **la loi déferée est manifestement incompatible avec plusieurs dispositions de la directive qu'elle a pour objet de transposer.**

### ***1. Violation manifeste du principe du « pays d'origine » (article 3 de la directive)***

La libre prestation des services est un principe du droit primaire de l'Union européenne, dont l'application aux services de la société de l'information est précisée par la directive « e-commerce ». À ce titre, les États membres ne peuvent normalement pas restreindre la libre circulation des services de la société de l'information en provenance d'un autre État membre, puisque c'est à ce dernier de veiller à ce que les prestataires établis sur son territoire respectent les dispositions relevant du domaine coordonné par la directive « e-commerce » (principe dit du « pays d'origine »<sup>4</sup>).

Une restriction à la libre prestation transfrontalière des services de la société de l'information est donc prohibée (article 3, paragraphes 1 et 2, de la directive), sauf si la restriction est ponctuelle et remplit, par exception, certaines conditions procédurales et matérielles (article 3, paragraphe 4).

Or, d'une part, la loi déferée a vocation à s'appliquer aux plateformes en ligne « dont l'activité sur le territoire français dépasse des seuils déterminés par décret » : sa portée territoriale s'étend donc bien naturellement aux plateformes en ligne établies dans d'autres États membres. À cet égard, il ressort des travaux préparatoires que la majorité des opérateurs de plateformes susceptibles d'entrer dans le champ des dispositions du texte sont établis hors de France au sein de l'Union européenne (en Irlande pour les réseaux sociaux *Facebook* et *Twitter*, comme pour le moteur de recherche *Google*).

---

<sup>2</sup> 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 »)

<sup>3</sup> Décision n°2006-540 DC du 2 juillet 2006, Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information

<sup>4</sup> Aux termes de l'article 3 de la directive « e-commerce » précitée : « 1. Chaque 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. »

D'autre part, la loi déferée impose des obligations nouvelles et rigoureuses à ces plateformes en ligne (son article 1<sup>er</sup> crée une obligation de suppression rapide de certains contenus, pénalement sanctionnée par une amende pour chaque manquement ; ses articles 4, 5, 7 instaurent des obligations de moyens dont la méconnaissance expose à une sanction administrative pécuniaire pouvant être portée jusqu'à 4% du chiffre d'affaire annuel mondial). Ses dispositions emportent donc nécessairement une restriction de la libre prestation transfrontalière des services.

Enfin, si la directive ménage certes une exception à ce principe, lorsqu'un motif d'ordre public, de santé publique, de sécurité publique ou de protection des consommateurs l'exige, elle est strictement limitée : La possibilité pour un État membre de réglementer lui-même l'activité d'un prestataire donné établi dans un autre État membre n'est admise qu'en cas de carence ou d'insuffisance de cet État, après lui avoir préalablement et en vain demandé de prendre des mesures, et une fois la Commission notifiée.

En l'espèce, en termes de procédure, il est constant que la France n'a demandé à aucun autre État membre de prendre des mesures à l'égard d'opérateurs établis sur son territoire, ni notifié cette demande à la Commission.

En tout état de cause, sur le fond la condition de ciblage, pourtant également exigée par la directive pour bénéficier de cette exception, n'est pas remplie par la loi déferée.

Les mesures envisagées devraient en effet, pour ne pas violer la directive, être ciblées et ne s'appliquer qu'à un service ou opérateur particulier. Comme la Commission européenne l'a rappelé très tôt après l'adoption de la directive<sup>5</sup>, l'exception au principe du pays d'origine ne permet pas l'adoption de mesures *générales* à l'égard d'une *catégorie de services*, mais seulement des mesures *au cas par cas*, vis-à-vis du service spécifique fourni par un *opérateur donné*.

En l'espèce, la loi déferée a pourtant vocation à s'appliquer de façon générale, pour toute une catégorie de services (réseaux sociaux et moteurs de recherches) et à tout grand opérateur établi dans un autre État membre. Comme le relève la Commission européenne dans ses observations précitées au Gouvernement : « *il n'est pas certain que toutes les plateformes en ligne dans le champ d'application du projet notifié portent préjudice à l'objectif invoqué par les autorités françaises ou présentent un risque grave et sérieux pour cet objectif* » ;

Dès lors, les articles 1<sup>er</sup>, 4, 5 et 7 de loi déferée établissent une restriction à la libre prestation de services de la société de l'information manifestement contraire à l'article 4 de la directive « e-commerce » qu'elle a pour objet de transposer.

---

<sup>5</sup> « *Il existe aussi une dérogation au cas par cas à la clause marché intérieur que les États membres peuvent faire jouer pour prendre des mesures, comme des sanctions ou des injonctions, afin de restreindre la fourniture d'un service en ligne particulier depuis un autre État membre lorsqu'il est nécessaire de protéger certains intérêts identifiés, par exemple les consommateurs* » ; Premier rapport sur l'application de la directive 2000/31 (COM/2003/702, section 4.1). Voir également en ce sens la communication au Conseil, au Parlement européen et à la banque Centrale européenne « *L'application aux services financiers des articles 3.4 a 3.6 de la directive sur le commerce électronique* » (COM/2003/259, point 2.1.2)

## 2. *Violation manifeste du principe de responsabilité adaptée des hébergeurs (articles 14 et 15 de la directive)*

Afin d'éviter que l'engagement trop systématique de leur responsabilité pénale ou civile ne soit un frein à leur développement économique ou à la libre expression sur internet, les articles 14 et 15 de la directive « e-commerce » font bénéficier les hébergeurs d'un aménagement de responsabilité à raison des contenus à la diffusion desquels ils contribuent. Celle-ci ne peut ainsi être engagée en l'absence de connaissance de l'illicéité des contenus stockés ou, en cas de connaissance de l'illicéité « manifeste » des contenus stockés, s'ils ont procédé « promptement » à leur retrait.

L'article 6 de la LCEN transpose ces exigences. Il organise un système de notification formelle permettant d'établir une présomption de connaissance de ces contenus par les hébergeurs, et écarte la responsabilité de ceux qui ont « agi promptement » pour supprimer les contenus manifestement illicites. L'appréciation de ce délai est ainsi laissée au contrôle du juge en cas de litige : au cas par cas, et en fonction de contraintes extérieures (nombres de notifications simultanées, problèmes techniques...) ou de la difficulté intrinsèque d'évaluation du caractère illicite du contenu (contexte, citation, réappropriation, parodie...)

Le régime renforcé de responsabilité des intermédiaires techniques instauré par la loi déferée est sensiblement plus rigoureux que celui actuellement prévu par la LCEN, qu'il vient ainsi durcir et compléter uniquement pour certains hébergeurs (les grands réseaux sociaux et moteurs de recherche).

L'article 1<sup>er</sup> de la loi déferée (article 6-2 [nouveau] de la LCEN) créerait une obligation de retrait des contenus manifestement illicites dans un délai préfix (« dans un délai de 24 heures après notification »), sans possibilité de dérogation ou de mitigation : La méconnaissance de ce délai est mécaniquement réprimée par une amende pénale.

En outre, la condition d'intentionnalité propre à tous les délits a été spécifiquement adaptée en l'espèce pour faciliter l'engagement des poursuites, puisque le nouveau délit de non retrait « *peut résulter de l'absence d'examen proportionné et nécessaire du contenu notifié* » (dernier alinéa du I de l'article 6-2 [nouveau] de la LCEN).

Ce cumul de facteurs permettant d'engager plus facilement la responsabilité de certains hébergeurs ne respecte manifestement pas l'équilibre établi par les articles 14 et 15 de la directive « e-commerce » afin de préserver la liberté d'expression des utilisateurs auxquels ces intermédiaires techniques servent de support :

- d'abord, le principe même de fixer aux hébergeurs un délai préfix de retrait, quand la directive n'impose qu'un « prompt délai » semble constituer une surtransposition irrégulière de la directive, qui n'énonce, elle, aucun délai en heure ou en jour, mais bien un objectif (« promptement ») qui doit pouvoir faire l'objet d'une appréciation par le juge en fonction des circonstances ;

- mais surtout, et en tout état de cause, le choix par la France d'un délai bref de 24 heures et l'absence de toute flexibilité dans le respect de ce délai préfix risque d'engager systématiquement la responsabilité des hébergeurs sans leur faire bénéficier de clauses exonératoire raisonnables, en violation de l'objectif même des objectifs de la directive. Comme le relève, ici encore, la Commission européenne dans ses observations adressées au Gouvernement français : « *afin de garantir la protection des droits fondamentaux, il convient de veiller à ce que ledit délai fixé soit proportionné et raisonnable compte tenu, notamment, du contenu illicite concerné. Plus particulièrement, tout délai fixé au cours duquel les plateformes en ligne sont tenues d'agir suite à la notification de la présence d'un contenu illicite doit*

*également permettre une certaine flexibilité dans certains cas justifiés, par exemple lorsque la nature du contenu nécessite une évaluation de son contexte plus conséquente qui ne pourrait être raisonnablement effectuée dans le délai fixé. »*

Dès lors, l'article 1<sup>er</sup> de la loi déferée procède à une modification du régime de responsabilité des hébergeurs manifestement contraire aux articles 14 et 15 de la directive « e-commerce » qu'elle a pour objet de transposer.

## **II. Sur l'obligation pour les plateformes de supprimer en une heure certains contenus (I de l'article 1<sup>er</sup>)**

L'art. 6-1 de la LCEN organise un régime exceptionnel de « blocage administratif » de certains contenus particulièrement odieux. En l'état du droit, si un éditeur ou un hébergeur ne répond pas en 24 heures aux demandes de suppression de l'administration, celle-ci peut enjoindre aux fournisseurs d'accès internet (FAI) un blocage administratif des adresses des sites à caractère terroriste ou pédopornographique qu'elle a notifiés. Les FAI doivent alors empêcher sans délai l'accès à ces adresses, s'exposant à des sanctions pénales en cas de manquement. Ce blocage échappe au contrôle préalable d'un juge (particularité admise par le Conseil constitutionnel<sup>6</sup> en raison du caractère d'évidence et d'extrême gravité des infractions poursuivies, et afin de protéger les internautes eux-mêmes contre ces contenus), mais une personnalité qualifiée indépendante s'assure a posteriori de la justification de la mesure et peut la contester.

Le I de l'article 1<sup>er</sup> de la loi déferée vise à élargir le champ de la contrainte pesant sur les intermédiaires techniques à en durcir considérablement le régime. Il s'inspire d'un projet de règlement européen<sup>7</sup> concernant les contenus terroristes encore âprement discuté par les co-législateurs. Il créerait pour tout hébergeur ou éditeur, personne physique ou morale, sans critère de taille, une nouvelle obligation de retirer en une heure les contenus à caractère terroriste ou pédopornographique notifiés par l'administration, sous peine de lourdes sanctions pénales (un an de prison, 250.000 € d'amende, portés au quintuple pour les personnes morales)<sup>8</sup>.

### ***Sur la procédure d'adoption (méconnaissance de la règle dite de l'« entonnoir »)***

Selon une jurisprudence désormais bien établie du Conseil constitutionnel, il ressort de l'économie de l'article 45 de la Constitution et notamment de la première phrase de son premier alinéa, selon laquelle : « Tout projet ou proposition de loi est examiné successivement dans les deux assemblées du Parlement en vue de l'adoption d'un texte identique », que les adjonctions ou modifications qui peuvent être apportées après la première lecture par les membres du

<sup>6</sup> *Décision n° 2011-625 DC du 10 mars 2011, Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure*

<sup>7</sup> *Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la prévention de la diffusion de contenus à caractère terroriste en ligne Une contribution de la Commission européenne à la réunion des dirigeants à Salzbourg les 19 et 20 septembre 2018 COM/2018/640 final*

<sup>8</sup> *Cette sanction, prévue au moyen d'un renvoi par le dernier alinéa de l'article 6-1 de la LCEN, réprime, de façon générale : « Tout manquement aux obligations définies au présent article ». En l'état actuel du droit, elle vise donc uniquement les FAI, alors que dans la rédaction modifiée par le texte déferé, elle visera hébergeurs, éditeurs, et FAI.*

Parlement et par le Gouvernement doivent être en relation directe avec une disposition restant en discussion.

Introduites par un amendement du Gouvernement en nouvelle lecture en séance à l'Assemblée nationale, les dispositions du I de l'article 1<sup>er</sup> n'entretiennent pas un lien suffisamment direct avec le texte restant alors en discussion. En effet, au stade de la nouvelle lecture, pas plus que dans le texte initial d'ailleurs, le texte en navette ne comportait aucune disposition modifiant les règles de fond (intermédiaires concernés, portée des obligations...) du régime de retrait administratif des contenus odieux sur internet.

Dès lors, le I de l'article 1<sup>er</sup> a été adopté selon une procédure contraire à la Constitution.

***Sur le fond (atteinte à la liberté d'expression et de communication)***

L'atteinte portée à la liberté de communication par les dispositions déferées est disproportionnée au regard de l'objectif avancé de sauvegarde de l'ordre public.

Le dispositif proposé remettrait en cause l'équilibre qui avait permis au Conseil constitutionnel de conclure à la constitutionnalité du régime de blocage administratif des sites : le champ des acteurs soumis à un régime d'obligations se trouverait considérablement élargi (non plus seulement les FAI, mais bien tous les éditeurs et hébergeurs) et la nature de la contrainte drastiquement renforcée (réponse en une heure, et non vingt-quatre) ; les dispositions déferées n'offrent dès lors pas les garanties adéquates permettant de protéger la liberté d'expression.

À cet égard, il est frappant que ne soient prévues aucune des principales garanties envisagées dans la cadre de la négociation en cours du projet de règlement européen, et notamment :

- la protection spécifique des éditeurs ayant la qualité d'organe de presse ;
- la précision des cas de mitigation ou d'exonération de responsabilité en cas de difficulté ou d'impossibilité technique ;
- la préservation des contenus retirés (pour les rétablir à la demande de la personnalité qualifiée ou du juge) en cas d'erreur de l'administration ;
- le renforcement des droits de recours des auteurs de contenus injustement retirés et obligations de transparence des autorités à l'origine des demandes de retrait.

Surtout, ce régime s'appliquerait sans distinction de taille, de trafic, de capacité, ni de contribution des intermédiaires techniques à la diffusion des messages litigieux. Concrètement, en l'état du marché, seule une infime partie des intermédiaires techniques concernés par ce texte sera matériellement en mesure de répondre en une heure aux demandes de l'administration dans les conditions imposées. L'obligation prévue semble au surplus impossible à remplir pour la multitude d'éditeurs ou d'hébergeurs bénévoles. Comme le relevait le commentaire aux Cahiers de la décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004 sur la LCEN : « *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* » ;

Enfin, le coût de ce régime paraît disproportionné pour les deniers publics : alors qu'il s'appliquerait à tous les hébergeurs, quelle que soit leur taille ou leurs moyens, il impliquera pour beaucoup de lourds investissements (astreintes de personnel, adaptation des systèmes d'information) que l'État pourrait avoir à compenser, en application de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur l'indemnisation des "surcoûts spécifiques" imposés aux intermédiaires techniques pour des motifs d'ordre public.

Dès lors, le I de l'article 1<sup>er</sup> est contraire à la Constitution.

Le Conseil constitutionnel aura d'autant moins de réticence à censurer ce dispositif que l'absence de sa notification régulière à la Commission européenne risque d'en paralyser totalement la mise en œuvre, ces dispositions devant être écartées par le juge national qui aurait à les appliquer.

En effet, conformément à la directive de 2015 visant à prévenir les obstacles au commerce<sup>9</sup>, les États membres doivent informer la Commission de tout projet de règle technique relative aux services de la société de l'information ; cette notification doit intervenir à un stade où les modifications du projet sont encore possibles, les autorités européennes bénéficiant d'une période minimale de statu quo avant une adoption définitive pour faire part de leurs observations ou critiques;

La France a ainsi notifié en 2014 le projet d'article 6-1 de la LCEN, relatif au blocage administratif en 24 heures des contenus terroristes et pédopornographiques, tout comme son décret d'application.

Si le Gouvernement a bien notifié la présente proposition de loi dans sa version issue des travaux de l'Assemblée nationale en première lecture, il n'a en revanche pas notifié les dispositions nouvelles relatives au retrait en une heure de certains contenus illicites que son amendement a introduites en séance en nouvelle lecture au I de l'article 1<sup>er</sup>. Selon la Cour de justice de l'Union européenne<sup>10</sup>, est inopposable aux particuliers et doit être annulé ou laissé inappliqué tout texte adopté en méconnaissance des obligations de la directive de 2015 (absence de notification ou violation du délai de statu quo).

---

<sup>9</sup> Directive (UE) 2015/1535 du Parlement européen et du Conseil du 9 septembre 2015 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information

<sup>10</sup> Affaires C-194/94, CIA Security International SA, et C-443/98, Unilever Italia SpA

### **III. Sur l'obligation pour les plateformes de supprimer en 24 heures certains contenus manifestement illicites sous peine de sanction pénale (II de l'article 1<sup>er</sup>)**

Le II de l'article 1<sup>er</sup> du texte déféré crée une obligation de retrait, de suppression ou de déréférencement de certains contenus odieux manifestement illicites<sup>11</sup>, dans les 24 heures après leur notification aux grandes plateformes sur Internet (hébergeurs - réseaux sociaux ou moteurs de recherche – dépassant un seuil de trafic) accessibles sur le territoire français. La méconnaissance en est pénalement réprimée par l'instauration d'un nouveau délit (une amende pénale de 250 000 euros par infraction).

#### ***Atteinte à la liberté d'expression et de communication***

L'instauration d'un nouveau délit en cas de non retrait en 24 heures par les grandes plateformes de certains contenus illicites porte une atteinte à la liberté d'opinion et à la liberté d'expression, protégées par les articles 10 et 11 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, qui n'est ni nécessaire ni proportionnée.

Le Conseil constitutionnel estime, selon une jurisprudence bien établie, que « *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.* »<sup>12</sup>

**– En premier lieu, l'exigence de nécessité de l'atteinte portée à la liberté d'expression et de communication n'est pas remplie.**

De nombreuses dispositions législatives existent déjà pour réprimer et prévenir efficacement la commission des infractions que constituent les messages odieux diffusés en ligne. Ainsi, en premier lieu, la responsabilité pénale des hébergeurs peut être engagée s'ils n'agissent pas promptement pour rendre l'accès à un contenu illicite impossible ou pour le retirer dès qu'ils ont effectivement eu connaissance, au titre de l'infraction que constitue le contenu litigieux hébergé.

La répression des actes racistes, antisémites ou homophobes peut en outre s'appuyer sur l'instauration de circonstances aggravantes généralisées à l'ensemble des crimes ou des délits punis d'une peine d'emprisonnement (articles 132-76 et 132-77 du code pénal).

La responsabilité civile des intermédiaires techniques est, elle, régulièrement mise en cause et engagée devant les juridictions compétentes.

<sup>11</sup> « 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 »

<sup>12</sup> *Décision n° 2017-752 DC du 8 septembre 2017, Loi pour la confiance dans la vie politique*

Enfin, de multiples procédures de référé<sup>13</sup> existent, qui permettent d'obtenir d'un juge le retrait ou la suppression des contenus litigieux.

Si, comme le regrettent les auteurs du texte déferé, de telles poursuites pénales sont actuellement rares, c'est moins le fruit d'une impossibilité légale que des carences de la politique pénale du Gouvernement, comme en atteste la diffusion bien tardive d'une circulaire<sup>14</sup> en ce sens aux parquets par le ministère de la Justice, qui leur rappelle tous les moyens d'action disponibles.

Enfin, pour mémoire, si le Conseil constitutionnel avait validé le dispositif de responsabilité pénale adaptée des hébergeurs créé par la LCEN, c'est en constatant qu' « aucun cas nouveau de responsabilité civile ou pénale »<sup>15</sup> à l'encontre des hébergeurs n'était alors créé par la loi. Or c'est précisément ce que vient faire ici la peine autonome de 250 000 euros d'amende en cas de manquement à l'obligation de retrait en 24 heures.

**– En second lieu, l'article 1<sup>er</sup> de la loi déferée porte une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression et de communication.**

Cet article exige des opérateurs de plateformes qu'ils apprécient eux-mêmes le caractère manifestement illicite des messages haineux signalés, dans un délai particulièrement bref (24 heures), et ce sans possibilité de dérogation ou d'extension en fonction des contraintes extérieures (nombres de notifications simultanées, problèmes techniques...).

Cette obligation est imposée sous la menace de sanctions pénales financières dissuasives et applicables pour chaque erreur ou simple dépassement de délai.

L'exercice de qualification juridique du « manifestement illicite » est pourtant intrinsèquement difficile pour des catégories entières d'infractions « contextuelles » incluses dans le champ de l'article 1<sup>er</sup> :

- pour toutes les infractions de presse, qui nécessitent, pour statuer, une connaissance des circonstances dans lesquelles le contenu litigieux a été publié (citation, réappropriation, parodie...);
- et pour certaines des infractions pénales spécifiques, comme le harcèlement sexuel (infraction caractérisée notamment par le fait d'imposer à une personne, de façon « répétée », des propos ou comportements à connotation sexuelle) ou encore la mise à disposition de contenus

---

<sup>13</sup> Le blocage judiciaire de contenus illicites est expressément prévu par la LCEN : « l'autorité judiciaire peut prescrire en référé ou sur requête [à tout hébergeur] ou, à défaut, [tout fournisseur d'accès à internet] toutes mesures propres à prévenir un dommage ou à faire cesser un dommage occasionné par le contenu d'un service de communication au public en ligne » (8 du I de l'article 6). Ce « référé internet » relève de la compétence du juge civil qui peut l'ordonner à l'égard de tout type de contenu susceptible de causer un dommage à un tiers ; en application de l'interdiction de mettre une obligation de surveillance générale à la charge des intermédiaires techniques, il doit demeurer limité dans son étendue matérielle et dans le temps.

Outre le référé de droit commun (art. 809 du code de procédure civile) existent également au moins deux référés spécifiques : le référé spécial de la loi de 1881 (permettant l'arrêt d'un site internet en cas de trouble manifestement illicite résultant de messages constituant des infractions de presse particulièrement graves), et le référé spécial autorisant le blocage d'un site internet provoquant au terrorisme ou en faisant l'apologie.

<sup>14</sup> Circulaire du 4 avril 2019 relative à la lutte contre les discriminations, les propos et les comportements haineux

<sup>15</sup> Commentaire de la décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004

pornographiques à des mineurs (qui implique d'apprécier si les contenus litigieux sont « susceptible d'être vus ou perçus » par un mineur).

En outre, la condition d'intentionnalité propre à tous les délits a été spécifiquement adaptée en l'espèce pour faciliter l'engagement des poursuites, puisque le nouveau délit de non retrait « *peut résulter de l'absence d'examen proportionné et nécessaire du contenu notifié* » (dernier alinéa du I de l'article 6-2 [nouveau] de la LCEN).

Un trop grand zèle dans la suppression de contenus et un comportement de « sur-censure » n'engageront pas, en revanche, la responsabilité pénale des plateformes. Et celle des personnes notifiant à tort un contenu comme illicite restera, elle, quasiment impossible à rechercher en pratique, comme le relevait déjà le Conseil constitutionnel au sujet de l'infraction de notification abusive réprimée dans le cadre général de la LCEN (« *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* »).

Ce dispositif déséquilibré encouragera dès lors mécaniquement les plateformes (et leurs modérateurs) à retirer préventivement - par excès de prudence - des contenus pourtant licites, par crainte de voir leur responsabilité pénale engagée.

### ***Atteinte aux principes de légalité des délits et des peines, de proportionnalité des peines, et d'égalité devant la loi pénale***

Le dispositif envisagé porte atteinte aux principes de légalité des délits et des peines, de proportionnalité des peines, et d'égalité devant la loi pénale.

Le Conseil constitutionnel tire de l'article 8 de la Déclaration de 1789 l'exigence pour le législateur de définir les infractions ou manquements qu'il entend sanctionner en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire. Sur le fondement du même article, le conseil constitutionnel s'assure que les peines soient proportionnées à l'objectif poursuivi par le législateur. Le principe d'égalité devant la loi pénale se trouve, lui, garanti par l'article 6 de la Déclaration de 1789.

**– Le délit de non-retrait n'est pas défini en des termes suffisamment clairs et précis** pour offrir aux hébergeurs relevant de ce nouveau régime de responsabilité la sécurité juridique et la prévisibilité nécessaire pour ne pas se trouver exposés arbitrairement à une sanction pénale.

En effet, le délit de non-retrait pourra être constitué à raison d'une simple négligence (il « peut résulter de l'absence d'examen proportionné et nécessaire du contenu notifié ») à l'occasion d'un travail de qualification juridique (l'évaluation du caractère « manifestement illicite » d'un contenu) concernant une longue liste d'infractions hétérogènes sur lesquelles la jurisprudence est elle-même évolutive et d'une grande subtilité.

Comme il a été évoqué supra, certaines de ces infractions requièrent d'ailleurs, pour être caractérisées, de pouvoir apprécier au cas par cas le contexte et les circonstances du contenu notifié :

- toutes les infractions de presse, qui nécessitent, pour statuer, une connaissance des circonstances dans lesquelles le contenu litigieux a été publié (citation, réappropriation, parodie...);

- et certaines des infractions pénales spécifiques, comme le harcèlement sexuel (infraction caractérisée notamment par le fait d'imposer à une personne, de façon « répétée », des propos ou comportements à connotation sexuelle) ou encore la mise à disposition de contenus pornographiques à des mineurs (qui implique d'apprécier si les contenus litigieux sont « susceptible d'être vus ou perçus » par un mineur).

– **Le texte déferé ferait coexister deux régimes de responsabilité pénale sans préciser explicitement leur articulation** : cela pourrait conduire les hébergeurs à subir une double sanction pénale pour un même fait et selon deux régimes procéduraux présentant des garanties différentes.

Le non-retrait d'un des contenus odieux entrant dans le champ de l'article 1<sup>er</sup> du texte déferé est susceptible d'engager la responsabilité pénale des plateformes à deux titres :

- d'une part, au titre du délit spécifique de non-retrait en 24 heures d'un contenu haineux (instauré par l'article 1<sup>er</sup> de la loi, figurant à l'article 6-2 [nouveau] de la LCEN et sanctionné d'une amende pénale) ;

- et, d'autre part, au titre de l'infraction constituée par le contenu illicite lui-même et dont les plateformes facilitent la diffusion comme hébergeur en ne le retirant pas (l'absence de « *prompt retrait* » permettant d'engager leur responsabilité pénale, en application du 3 du I de l'article 6 de la LCEN, dont l'application n'est pas écartée par le texte déferé).

Si le principe de nécessité des peines n'interdit certes pas au législateur de prévoir que certains faits puissent donner lieu à différentes qualifications, en l'espèce cependant, les deux infractions auraient le même champ d'application, la même définition, et la même finalité, mais seraient réprimées par des peines au quantum variable. Or, concernant le cumul de deux sanctions pénales, le Conseil constitutionnel juge que, lorsque plusieurs dispositions pénales sont susceptibles de fonder la condamnation d'un seul et même fait, les sanctions subies ne peuvent excéder le maximum légal le plus élevé<sup>16</sup>, ce qu'omet de prévoir le texte déferé.

En outre, en violation du principe d'égalité devant la loi pénale, la différence de qualification choisie impliquerait également des différences relatives à la procédure applicable et aux conséquences d'une éventuelle condamnation<sup>17</sup> :

- d'une part, le délit de non-retrait d'un contenu odieux réprimé par l'article 6-2 [nouveau] n'est pas puni de prison, à la différence des délits constitués par la diffusion dudit contenu ;

- d'autre part, la diffusion de certains contenus odieux entrant dans le champ du texte déferé relèvent du régime spécifique des infractions de presse, procéduralement plus protecteur.

Dès lors, les auteurs de la présente saisine estiment que l'article 1<sup>er</sup> de la loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet encourt la censure de votre Conseil.

<sup>16</sup> Décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, Loi de modernisation sociale, cons. 85 et 86.

<sup>17</sup> Décision n° 2013-328 QPC du 28 juin 2013, Association Emmaüs Forbach, (Incrimination de la perception frauduleuse de prestations d'aide sociale)



#### **IV. Sur l'article 7 relatif au rôle du Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) dans la lutte contre les contenus haineux en ligne**

De l'article 16 de la Déclaration de 1789 découlent le droit à un recours juridictionnel effectif, les droits de la défense, le droit à un procès équitable et l'impartialité ainsi que l'indépendance des juridictions. De jurisprudence constante, le Conseil constitutionnel applique ces principes aux autorités administratives indépendantes exerçant un pouvoir de sanction, même sans caractère juridictionnel<sup>18</sup>.

En l'espèce, l'article 7 de la loi déferée confie au Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) la régulation des grands opérateurs de plateformes en matière de lutte contre les contenus haineux. Elle lui confère à ce titre le suivi des obligations de moyens mises à leur charge, l'édition de recommandations ainsi qu'un pouvoir de sanction en cas de manquement. Cette autorité administrative indépendante se voit en outre transférer la mission de contrôle du blocage administratif des sites terroristes ou pédopornographiques.

La loi renforce considérablement le pouvoir de sanction du Conseil supérieur de l'audiovisuel, l'autorisant à prononcer une sanction pécuniaire qui ne peut 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* ».

Tout en approuvant l'instauration d'une régulation administrative ambitieuse des plateformes, à la hauteur du défi qu'elles posent à notre souveraineté numérique, les auteurs du présent recours s'interrogent sur la constitutionnalité :

- du montant maximal des amendes encourues ; le texte déferé n'accompagne le pouvoir de sanction du CSA d'aucun droits ou garanties supplémentaires en faveur des personnes poursuivies, au risque de menacer l'équilibre de la procédure et son caractère équitable ;
- et surtout d'un éventuel cumul de sanctions administratives infligées dans plusieurs États, dans l'hypothèse où d'autres États que la France – et notamment l'État membre d'établissement de la plateforme – auraient instauré des dispositifs similaires ; en l'occurrence, en raison de la portée extraterritoriale du texte déferé, un opérateur pourrait être visé dans différentes juridictions par plusieurs sanctions calculées sur la même base du chiffre d'affaires mondial.

---

<sup>18</sup> *Décision n° 2012-280 QPC 12 octobre 2012, Société Groupe Canal Plus et autre [Autorité de la concurrence : organisation et pouvoir de sanction].*

## V. Sur l'article 8 prévoyant la simplification de la procédure de blocage et de déréférencement des « sites miroirs »

L'article 8 de la loi déferée prévoit l'envoi de demandes administratives de blocage aux fournisseurs d'accès internet et aux moteurs de recherche afin de rendre inaccessibles certains « sites miroirs » reproduisant des contenus haineux déjà jugés illicites.

Cependant, comme l'a indiqué par le Conseil d'État dans son avis sur la présente loi, « *les exigences constitutionnelles ne permettent pas de procéder à l'interdiction de ces "contenus miroirs", quels que soient le degré et la gravité de leur illicéité, sans l'intervention d'un juge*<sup>19</sup>. ».

Or, l'article 8 prévoit pourtant que l'administration puisse « demander » aux fournisseurs d'accès de bloquer l'accès à des contenus reprenant ceux déclarés illicites par un juge, sans jamais préciser le statut ni le régime juridique de ces « demandes ».

– D'abord, **en omettant de clarifier la portée juridique de ces « demandes » et les conséquences exactes qui s'attachent à la méconnaissance de celles-ci, le législateur n'a pas épuisé sa compétence** : ces demandes peuvent être contraignantes ou ne pas l'être, ce que la loi omet de préciser, alors même que cette distinction emporte des effets juridiques différents et des conséquences déterminantes affectant la liberté d'entreprendre des intermédiaires techniques et la liberté de communication de leurs utilisateurs.

S'il s'agit de demandes administratives contraignantes pour les intermédiaires techniques, la jurisprudence du Conseil constitutionnel<sup>20</sup>, garante de la liberté d'expression et de l'office du juge en la matière, semble faire obstacle à un tel régime administratif. Serait en outre irrégulièrement omise du dispositif la mention de l'indemnisation des surcoûts spécifiques exposés par les intermédiaires techniques destinataires de ces demandes.

S'il s'agit en revanche de notifications non contraignantes pour les intermédiaires techniques, celles-ci auraient alors le statut de simples demandes d'informations. Les dispositions déférées n'ont dès lors pas de caractère normatif, l'administration n'ayant pas besoin d'être autorisée par la loi à envoyer des courriers de demandes d'informations, pratique qu'elle peut mener de son propre chef, et qu'elle utilise d'ailleurs déjà.

– Enfin, en permettant à l'administration de demander à un FAI de bloquer ou déréférencer un service de communication au public en ligne reprenant « de manière substantielle » le contenu d'un autre service déjà jugé illicite, sans apporter d'autres précisions sur l'évaluation de ce caractère substantiel, ni même prévoir l'information du responsable de ce service, **le texte déferé porte une atteinte disproportionnée à la liberté de communication** : il risque de conduire l'administration et les opérateurs à « sur-censurer » des contenus pourtant licites (un même site ou serveur pouvant regrouper - à côté d'un seul contenu illicite - une pluralité de contenus tiers licites), sans même permettre aux auteurs de ces contenus licites de contester cette décision (faute d'en avoir même connaissance).

Dès lors, les auteurs de la présente saisine estiment que l'article 8 de la loi déferée encourt la censure de votre Conseil.

<sup>19</sup> Conseil d'État, avis n° 397368 du 16 mai 2019, § 37.

<sup>20</sup> Décision n° 2011-625 DC du 10 mars 2011, Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, précitée

Les sénateurs soussignés compléteront, le cas échéant, cette demande dans des délais raisonnables.