



Le filtrage d'Internet viole l'État de droit

Devant les velléités du gouvernement français de recourir au filtrage administratif comme mode légitime de régulation d'Internet, il faut s'interroger : confier aux autorités de police et autres autorités administratives le pouvoir d'ordonner le blocage de communications ou le retrait de contenus en ligne présumés illégaux est-il acceptable dans un État de droit ?

L'analyse qui suit se fonde sur une étude juridique relative aux mesures de filtrage publiée en 2009 par une équipe de juristes européens.¹ Elle tente de dégager, à partir de la Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH) et de la jurisprudence y afférant, un certain nombre de garanties qui doivent encadrer toute mesure mettant en cause la liberté de communication sur Internet. L'examen des modalités d'encadrement des restrictions aux libertés fondamentales en jeu montre que le filtrage administratif d'Internet viole certains principes essentiels de l'État de droit.

1. Le droit international et la protection de la liberté d'expression et de communication

Le respect des libertés fondamentales constitue le socle juridique de nos sociétés démocratiques et États de droit. C'est ainsi que la Cour européenne des droits de l'Homme les considère par exemple comme « *les assises mêmes de la justice et de la paix dans le monde et dont le maintien repose essentiellement sur un régime politique véritablement démocratique* ». ² Les plus hautes protections juridiques leur sont donc accordées. Ces protections sont inscrites dans la loi, mais aussi dans les textes constitutionnels nationaux et les les textes internationaux, et il revient traditionnellement aux juges de les protéger à chacun de ces échelons. Aux fondements de cette protection est l'idée que les personnes qui jouissent de ces libertés doivent être en particulier protégées vis-à-vis de toute ingérence du pouvoir exécutif et du Parlement. ³

1 Cormac Callanan, Marco Gercke, Estelle De Marco et Hein Dries-Ziekenheiner, 2009, *Internet Blocking: Balancing Cybercrime Responses in Democratic Societies*, Aconite Internet Solutions.

Adresse : <http://www.aconite.com/blocking/study>

Traduction française disponible à l'adresse suivante: <http://www.juriscom.net/actu/visu.php?ID=1227>

2 Préambule de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (communément appelée Convention européenne des droits de l'Homme).

3 François Terré, 2005, « Sur la notion de libertés et droits fondamentaux », in *Libertés et droits fondamentaux*, sous la direction de Rémy Cabrillac, Marie-Anne Frison-Roche, Thierry Revet, 11ème éd., Dalloz, p. 195.

Les mesures de régulation des communications en ligne peuvent, selon les cas, contrevenir à une ou plusieurs libertés fondamentales qui bénéficient d'une protection constitutionnelle et conventionnelle.

- La première d'entre elles est évidemment la liberté d'expression et de communication, puisque ces mesures empêchent la communication d'informations ainsi que l'accès à cette information par la population.
- La deuxième est le droit au respect de la vie privée et des correspondances, puisque quelles que soient les techniques employées, ces mesures consistent à intercepter et bloquer les communications vers une machine connectée au réseau hébergeant les contenus incriminés.

Dans la CEDH, la liberté de communication est protégée à l'article 10, le deuxième paragraphe déterminant les cas dans lesquels cette liberté peut être restreinte :

« 1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les Etats de soumettre les entreprises de radio-diffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.

2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire. »

L'article 8 de la CEDH, qui protège le droit au respect de la vie privée et familiale prévoit également un encadrement pour toute remise en cause de ce droit.

2. L'encadrement des atteintes à la liberté de communication en droit européen

Ainsi qu'en témoigne le second paragraphe de l'article 10, toute mise en cause des libertés fondamentales protégées par la CEDH doit répondre à un certain nombre de conditions pour être acceptable. En ce qui concerne la liberté de communication et le droit au respect de la vie privée, ces interférences doivent, en plus d'être prévues par la loi, poursuivre un des buts dits « légitimes » prévus par la Convention,⁴ et être « nécessaires dans une société démocratique ». Cette dernière condition, d'apparence vague, paraît être celle qui revêt le plus d'importance au regard des interférences à la liberté de communication que constituent le blocage de communications en ligne ou le retrait de contenus.

Comme les juges de la Cour européenne des droits de l'Homme ont eu l'occasion de le

⁴ L'article 10 fait notamment référence à la protection de la morale, protection de la réputation et des droits d'autrui, la garantie de l'autorité et de l'impartialité du pouvoir judiciaire, la défense de l'ordre et prévention du crime.

souligner au cours de leur jurisprudence, la notion de « nécessité » de l'interférence dans une « société démocratique » équivaut à ce que, « dans une société qui souhaite rester démocratique », l'interférence corresponde à « un besoin social impérieux »,⁵ et soit proportionnée au but légitime poursuivi.⁶

Examinons successivement ces deux aspects:

- Une des exigences attachées au besoin social impérieux – pour lequel les États disposent d'une certaine marge d'appréciation tout en restant tributaires de la jurisprudence de la Cour – suppose que la restriction de liberté prononcée parvienne effectivement à répondre à ce besoin. **La mesure doit donc être efficace.**
- En deuxième lieu, **la mesure doit être proportionnée au but poursuivi.** La Cour a au fil de sa jurisprudence distingué plusieurs critères lui permettant d'évaluer la proportionnalité d'une restriction. En ce qui concerne les mesures de filtrage ou de retrait des contenus, la Cour vérifiera en particulier si le but de l'ingérence peut être atteint de manière satisfaisante par d'autres moyens, moins restrictifs de droits.⁷

3. Les mesures de filtrage sont elles « nécessaires dans une société démocratique » ?

Les mesures de filtrage répondent-elles à ces critères d'efficacité et de proportionnalité ? Sont-elles nécessaires dans une société démocratique ? Pour répondre, il faut bien évidemment tenir compte du but poursuivi (protection de l'enfance ou du droit d'auteur, par exemple) ainsi que des solutions techniques retenues pour empêcher l'accès à

5 Voir par exemple CEDH, 21 janvier 1999, Fressoz et Roire contre France, Grande Chambre. Dans cette affaire, le Canard Enchaîné avait représenté des feuilles d'impôts du dirigeant d'une grande entreprise. La Cour avait conclu que la condamnation du journal pour recel d'information soumise au secret fiscal enfreint la liberté d'expression du journal et sa liberté éditoriale, son choix d'étayer son information d'un document l'illustrant et en donnant les sources. Elle avait notamment dénoncé l'absence de besoin social impérieux : « La nécessité d'une quelconque restriction à l'exercice de la liberté d'expression doit se trouver établie de manière convaincante. Certes il revient, en premier lieu, aux autorités nationales d'évaluer s'il existe un besoin social impérieux susceptible de justifier cette restriction. Lorsqu'il y va de la presse (...) le pouvoir national se heurte à l'intérêt de la société démocratique à assurer et à maintenir la liberté de la presse (...) La Cour n'a point pour tâche, lorsqu'elle exerce ce contrôle, de se substituer aux juridictions nationales, mais de vérifier sous l'angle de l'article 10, les décisions qu'elles ont rendu en vertu de leur pouvoir d'appréciation ».

Adresse : [http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?](http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Fressoz&sessionid=52903788&skin=hudoc-fr)

[item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Fressoz&sessionid=52903788&skin=hudoc-fr](http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Fressoz&sessionid=52903788&skin=hudoc-fr)

6 Voir par exemple CEDH, 26 avril 1979, Sunday Times contre Royaume-Uni. « (...) L'article 10-2 n'attribue pas pour autant aux États contractants un pouvoir d'appréciation illimité. Chargée, avec la Commission, d'assurer le respect de leurs engagements (article 19), la Cour a compétence pour statuer sur le point de savoir si une "restriction" ou une "sanction" se concilie avec la liberté d'expression telle que la protège l'article 10. La marge nationale d'appréciation va donc de pair avec un contrôle européen. Ce contrôle concerne d'abord la question de savoir si les autorités nationales en évaluant ces faits et circonstances ainsi que le danger qui peut en découler pour les intérêts mentionnés à l'article 10-2 ont agi de bonne foi, avec soin et de façon raisonnable; en outre et surtout il vise à assurer que les mesures restreignant, dans une société qui entend demeurer démocratique, la liberté d'expression soient proportionnées au but légitime poursuivi », paragraphe 8.

On notera par ailleurs que le Conseil constitutionnel emploie un vocable similaire. Voir décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, considérant 15 : « 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 ; que les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi ».

7 Par exemple, « le fait d'enjoindre à un journaliste de divulguer ses sources à l'origine d'une fuite sur les affaires financières d'une entreprise a été considéré comme injustifié (...) puisque l'objectif était de prévenir la dissémination d'une information confidentielle et que cet intérêt légitime avait déjà été préservé par une injonction interdisant la publication des informations originellement divulguées ». Jeremy McBride, 1999, « Proportionality and the European Convention on Human Rights », in *The principle of Proportionality in the Laws of Europe*, édité par Evelyn Ellis, Hart Publishing, p. 26. Se référant à CEDH, 27 mars 1996, Goodwin contre Royaume-Uni. Cité dans Callanan *et al.*, 2009, *op cit.*, p. 230.

des contenus litigieux. Dans le cas où l'on cherche à empêcher l'accès à des contenus à caractère pédopornographique, ce qui constitue sans aucun doute le besoin le plus impérieux qui ait été avancé à ce jour pour justifier les mesures de filtrage, ces mesures poursuivent bien différents « buts légitimes » envisagés par le paragraphe 2 de l'article 10 : la protection de la morale et la protection des droits d'autrui – en particulier les enfants et les personnes sensibles qui pourraient trouver le fait d'être exposé à de telles images extrêmement traumatisant –, ainsi que la prévention d'infractions et leur répression. Pour autant, dans chacun de ces cas, **les problèmes techniques posés par les mesures de filtrage laissent à penser qu'elles ne sont ni efficaces, ni proportionnées.**

Efficacité : Tout d'abord, que le but soit d'empêcher l'accès de personnes qui souhaitent consulter ces contenus – ce qui en soit peut constituer une infraction – (logique de prévention d'une infraction), ou de punir la publication des contenus incriminés (logique répressive), **l'existence de moyens de contournement relativise fortement l'efficacité de ces dispositifs.** Une méthode bien connue et souvent utilisée par les dissidents politiques dans les régimes autoritaires consiste par exemple à mettre en place un proxy (ou « tunnel » chiffré) vers un autre ordinateur ou serveur connecté à Internet, ces derniers servant de relais vers le site Web auquel on souhaite accéder : il suffit que ces machines soient placés dans une juridiction qui ne bloque pas le site en question, ou qu'elles-même contournent les mesures de filtrage, pour accéder au contenu bloqué.⁸ D'autre part, les réseaux criminels se livrant au commerce de contenus à caractère pédopornographique ont depuis longtemps développé des canaux de distribution imperméables aux techniques de filtrage. Même des sites non-professionnels savent parfaitement contourner les techniques de filtrage et ainsi rester accessibles, comme en témoigne le cas du site de l'association antisémite des Anciens Amateurs de Récits de Guerre et d'Holocaustes (AARGH). Bien que les fournisseurs d'accès Internet français soient censés empêcher l'accès à ce site suite à une injonction judiciaire prise en 2006 sur le fondement de l'article 6-I-8⁹ de la LCEN,¹⁰ il reste largement diffusé et accessible depuis un moteur de recherche. Que ce soit à des fins de prévention ou de répression, le filtrage apparaît donc parfaitement inefficace.

Proportionnalité : La proportionnalité des mesures de filtrage est également fortement remise en cause du fait de leur imprécision. Sans qu'il soit ici nécessaire de présenter les différentes méthodes permettant de bloquer l'accès à des contenus¹¹, on peut constater un large consensus chez les experts pour souligner qu'**aucune d'entre elles ne permet d'écarter le risque de sur-blocage**, c'est-à-dire le blocage de sites parfaitement légaux. Les tests effectués montrent que toutes les techniques présentent en effet de faux-positifs.

Plusieurs cas de sur-blocage ont déjà été recensés. Ainsi au Royaume-Uni, alors même

8 D'autres méthodes de contournement sont présentées dans l'étude de Callanan et al., pp. 146-151.

9 Cet article donne au juge la possibilité de prescrire aux fournisseurs d'accès « 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 » .

10 Cour d'Appel de Paris, 24 novembre 2006, SA Tiscali (Telecom Italia), AFA, France Telecom et a. c/ UEJF, J'accuse, SOS Racisme et al. (affaire "AARGH").

Adresse: <http://www.juricom.net/jpt/visu.php?ID=866>

11 Pour une présentation des différentes techniques de filtrage, leur efficacité, ainsi que les coûts et risques inhérents à chacune d'entre elles, voir Fédération Française des Télécoms, 2009, « Étude d'impact du blocage des sites pédopornographiques ».

Adresse : <http://www.pcinpact.com/media/RapportfinalSPALUD.DOC>

Voir également la note de Christophe Espern : <http://www.laquadrature.net/fr/principe-interets-limites-et-risques-du-filtrage-hybride>

que les fournisseurs d'accès y utilisent la technique de filtrage réputée la plus précise (filtrage dit « hybride »), une page du site Internet Wikipédia s'est retrouvé bloqué pendant près de trois jours fin 2008.¹² Le site, qui est l'un des plus fréquentés au monde, avait été placé sur la liste noire (et secrète) par IWF en raison de la publication de la pochette de l'album *Virgins Killers* du groupe de rock Scorpions, sorti en 1976, et qui montre une mineure posant nue. Au-delà de la décision de considérer la reproduction d'une œuvre artistique par ailleurs largement diffusée comme relevant de la pédopornographie, ce blocage pose problème. Car, de fait, c'est bien l'intégralité des sites hébergés sur les serveurs de la Fondation Wikimedia, editrice de Wikipedia qui sont ainsi devenus inaccessibles à près de 95% des internautes britanniques, et non pas la seule adresse URL de l'image ou de l'article. L'application du filtrage comporte donc des risques importants de bloquer l'accès à des ressources informationnelles dont la licéité ne fait aucun doute. En raison de ces inévitables effets collatéraux, le filtrage est une mesure bien trop dangereuse par rapport à son objet. **Le risque de sur-blocage remet donc fortement en question le caractère proportionné des mesures de filtrage.**

Méthodes alternatives : Enfin, lorsque la Cour de Strasbourg évalue le caractère nécessaire d'une mesure, elle cherche à déterminer si des mesures alternatives moins restrictives des libertés fondamentales en jeu permettent de satisfaire le besoin social impérieux. De ce point de vue, dans le but de prévenir ou de réprimer les abus à la liberté d'expression, **le retrait des contenus des serveurs constitue une mesure bien plus satisfaisante**, et ce même si elle se heurte aux limites de la coopération internationale.¹³ Or, en matière de pédopornographie – un sujet qui semble faire l'objet d'un relatif consensus au niveau international – les États ont pour l'essentiel refusé d'approfondir les processus de coopération.¹⁴ Plus grave encore, une étude de deux chercheurs américains montre que **le filtrage a pour effet de décourager l'activation des politiques de coopération internationale déjà en place.**¹⁵

D'autre part, dans le cas où le but est de protéger la morale ou des personnes sensibles de l'exposition à des contenus illégaux, une solution valable consiste à installer des systèmes de contrôle installés sur le matériel informatique des internautes afin d'en bloquer l'accès. Ces systèmes de filtrage, en bordure du réseau et donc beaucoup moins intrusifs, semblent bien davantage proportionnés à l'objectif recherché.

À l'issue de cet examen, il semble donc que **les mesures de filtrage, du fait des difficultés pratiques liées à leur mise en œuvre, ne revêtent pas de caractère « nécessaire dans une société démocratique »**, quand bien même il s'agirait de répondre à un but parfaitement légitime, voire impérieux.

Concernant le retrait des contenus, autre mesure de régulation des contenus, il semble éviter les écueils techniques du filtrage, et le caractère proportionné prête moins souvent à discussion, même s'il dépendra forcément du cas d'espèce. Ce n'est qu'après avoir examiné le rôle du juge dans le contrôle des restrictions aux libertés fondamentales que l'on pourra

12 Wikinews, 7 décembre 2008, « British ISPs restrict access to Wikipedia amid child pornography allegations ».

Adresse : http://en.wikinews.org/wiki/British_ISPs_restrict_access_to_Wikipedia_amid_child_pornography_allegations

13 Avant d'ordonner le blocage du site AAARGH, hébergé aux États-Unis, le juge français avait demandé à la justice américaine de retirer les contenus incriminés des serveurs, mais celle-ci avait refusé, invoquant la protection du premier amendement à la constitution américaine.

14 Nart Villeneuve, 2010, « Barriers to Cooperation: An Analysis of the Origins of International Efforts to Protect Children Online », *Access Controlled: The Shaping of Power, Rights, and Rule in Cyberspace*, Ronald Deibert et al, MIT Press, pp. 62-63.

15 Tyler Moore et Richar Clayton, 2008, « The Impact of Incentives on Notice and Take-down », Computer Laboratory, University of Cambridge.

Adresse : <http://www.cl.cam.ac.uk/~rnc1/takedown.pdf>

déterminer les conditions dans lesquelles de telles restrictions peuvent être prononcées.

4. L'encadrement procédural des atteintes à la liberté de communication sur Internet : le rôle du juge judiciaire

Dans le cas où le législateur national déciderait de répondre à un besoin social impérieux en prévoyant des restrictions à la liberté de communication en ligne – qu'il s'agisse de mesures de filtrage ou de retrait de contenu – **quelles sont les garanties qui doivent accompagner de telles mesures ?** En particulier, est-il nécessaire de passer par une procédure garantissant les principes du droit au procès équitable ?

En France, la censure partielle de la loi « création et Internet »¹⁶ pourrait laisser penser qu'il est désormais exclu que, sauf dans des cas de force majeure, l'autorité administrative puisse prononcer de telles mesures. Toutefois, si, dans sa décision du 10 juin 2009, le Conseil constitutionnel condamne l'octroi à l'autorité administrative d'un pouvoir de sanction l'habilitant « à restreindre ou à empêcher l'accès à internet (...) »¹⁷, il le fait dans un cas d'espèce où la sanction prévue par la loi qui lui est déférée paraît manifestement disproportionnée par rapport à l'objectif de protection du droit d'auteur. En revanche, dans les commentaires aux cahiers accompagnant sa décision du 10 juin 2004 rendue sur la LCEN, le Conseil n'excluait pas que l'autorité administrative puisse être dotée d'un pouvoir de contrôle des communications Internet, et notamment que celle-ci intervienne pour demander à un hébergeur le retrait d'un contenu¹⁸. Dès lors, même s'il n'a pas encore eu à se prononcer sur la question, il est possible d'envisager que le Conseil valide un jour une disposition législative habilitant l'autorité administrative à ordonner des mesures interférant avec la liberté de communication en ligne.

La question centrale consiste en fait à trouver, pour chaque cas d'espèce, l'équilibre entre la protection de la liberté de communication et les autres droits fondamentaux en présence. En dépit de ces incertitudes relatives au droit constitutionnel français, les auteurs de l'étude susmentionnée estiment que **le rôle traditionnellement assigné aux autorités judiciaires en droit européen paraît disqualifier la compétence des entités non-judiciaires pour prononcer des mesures restrictives de la liberté de communication sur Internet**, et ce *a fortiori* lorsque ces mesures interfèrent avec d'autres

16 Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009 relative à loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet. Considérant 12.

Adresse : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision//2009/decisions-par-date/2009/2009-580-dc/decision-n-2009-580-dc-du-10-juin-2009.42666.html>

17 Voir le considérant 16 de la décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009.

Le vocable employé alors est d'ailleurs repris par l'Arcep dans ses « premières orientations » relatives à la neutralité des réseaux : « *L'utilisateur final ne peut se prévaloir d'un droit à envoyer ou recevoir des contenus (ou utiliser à cette fin des services, applications, matériels ou programmes) qui, dans le cadre d'une procédure prévue par la loi, ont été qualifiés d'illégaux par l'autorité judiciaire ou administrative compétente* ». Le régulateur précise toutefois que « *le FAI, pour sa part, n'a pas, de sa propre initiative, à assurer le contrôle de la légalité des usages de l'internet* ». Arcep, 2010, « *Éléments de réflexion et premières orientations sur la neutralité de l'Internet et des réseaux* ». Adresse : http://www.arcep.fr/uploads/tx_gspublication/consult-net-neutralite-200510.pdf

18 Les Cahiers du Conseil constitutionnel, Commentaire de la décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, Cahier n° 17, p. 4. Adresse : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2004/2004-496-dc/commentaire-aux-cahiers.12885.html>

« *En raison (...) 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 [de suppression des contenus litigieux].* »

droits fondamentaux, tels que le le droit au respect de la vie privée.

La déclaration d'illégalité : La compétence du juge judiciaire tient d'abord du fait que lui seul peut déclarer illégal une situation d'abus de liberté :

*« Dans les pays où l'autorité judiciaire est indépendante du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif, ce qui devrait être le cas dans toutes les démocraties libérales, seul un juge devrait avoir la compétence de constater l'illégalité d'un contenu, d'une situation ou d'une action. Ce pouvoir exclusif, prévu par le système juridique national, implique que ce contenu, cette situation ou ce comportement, soit qualifié de « potentiellement » illégal jusqu'à ce qu'un juge ait été mis en mesure de se prononcer sur la question de son illégalité ».*¹⁹

Ce rôle du juge dans la « déclaration d'illégalité » paraît donc exclure la compétence de l'autorité administrative ou d'acteurs privés pour qualifier eux-mêmes un contenu d'illégal et, partant de cette qualification, prononcer une sanction restreignant la liberté d'expression et de communication à des fins de répression.

Garanties attachées à toute accusation en matière pénale : En outre, les restrictions à la liberté de communication en ligne semblent devoir s'accompagner des garanties procédurales attachées à la détermination du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre une personne. Les principes du procès équitable, garantis à l'article 6 de la CEDH,²⁰ doivent donc s'appliquer. En effet, la Cour a eu l'occasion de préciser que le mot « accusation » doit être entendu dans son acception matérielle et non formelle, c'est-à-dire en considérant la nature concrète de la procédure en litige, que celle-ci soit du ressort des autorités administratives ou du juge judiciaire. La Cour définit en effet l'accusation comme « *la notification officielle, émanant de l'autorité compétence, du reproche d'avoir accompli une infraction pénale* », ou comme ayant « *des répercussions importantes sur la situation du suspect* ». ²¹ Ainsi, une injonction administrative ou judiciaire de filtrage visant à retirer ou à bloquer l'accès à des contenus, dans la mesure où elle vise des infractions de nature pénale, semble bien constituer une accusation entraînant le respect des garanties attachées au procès équitable, et notamment le fait d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial.²²

Contrôle de proportionnalité : Le troisième élément justifiant le rôle du juge réside dans le contrôle de proportionnalité de la mesure censée répondre à un abus de la liberté de communication. Il s'agit en effet d'une fonction traditionnellement dévolue au juge judiciaire

¹⁹ Callanan *et al.*, 2009, *op cit.*, p. 242.

²⁰ « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. (...)* », extrait de l'article 6-1 de la CEDH.

²¹ CEDH, 27 février 1980, Deweer contre Belgique, paragraphes 42, 44 et 46.

²² Il pourra certes s'agir d'une autorité administrative, mais les garanties de l'article 6 resteront applicables. La Cour européenne des droits de l'homme a en effet admis la validité du procédé de la sanction administrative au regard de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, non sans rappeler le nécessaire respect des prescriptions de son article 6 (CEDH, 21 février 1984, Oztürk c/ R.F.A.).

L'article 6 s'applique soit parce que les juges de Strasbourg considèrent les sanctions administratives comme des accusations en matière pénale (CEDH 24 septembre 1997, Garyfallou Aebe c/ Grèce) ; soit parce qu'ils estiment qu'elles portent sur des droits et obligations de caractère civil. Par exemple, lorsque la mesure retire à un individu le droit d'exercer une activité, elle est qualifiée de contestation sur des droits et obligations de caractère civil (CEDH 8 décembre 1999, Pellegrin c/ France).

dans les démocraties. La Cour de Strasbourg a ainsi pu exiger le recours au juge afin de contrôler la proportionnalité des restrictions des droits fondamentaux, prêtant « *une attention particulière (...) à l'étendue des pouvoirs par lesquels des restrictions sont imposées aux droits et libertés* ». « *Des objections doivent probablement être soulevées lorsque (ces pouvoirs) ne sont pas l'objet d'un étroit contrôle et qu'il y a, dès lors, plus de place pour de potentiels abus* »²³.

Dans un arrêt en date du 14 septembre 2010 relatif à l'article 10 et particulièrement intéressant du point de vue du projet de loi LOPPSI, la Cour est également venue encadrer le pouvoir de police en consacrant le rôle de l'autorité judiciaire pour contrôler la proportionnalité des atteintes à la liberté d'expression. Dans cet arrêt majeur, la Cour approfondit sa jurisprudence relative à la protection des sources en affirmant de nouvelles garanties procédurales qui consacrent le rôle d'un organe distinct de l'exécutif – a priori un juge – pour contrôler les ingérences de l'exécutif dans la protection des sources des journalistes.²⁴ Dans le cas du filtrage ou même du retrait de contenus, les juges de Strasbourg pourraient donc imposer une supervision judiciaire des mesures de filtrage ou de retrait des contenus mise en œuvre par l'administration.

5. La consécration du rôle préalable de l'autorité judiciaire dans le contrôle des atteintes à la liberté de communication sur Internet

Compte tenu de ces différentes observations (déclaration d'illégalité, droit au procès équitable et contrôle de proportionnalité), le rôle du juge dans le contrôle des atteintes à la liberté de communication en ligne paraît essentiel.

23 Jeremy McBride, 1999, *op cit.*, pp. 23-27. Cité dans Callanan *et al.*, 2009, *op cit.*, p. 244.

24 CEDH, 14 septembre 2010, Sanoma Uitgevers B.V. c. Pays-Bas, Grande chambre. Adresse:

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/viewhbkkm.asp?>

[action=open&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649&key=84655&sessionId=59191472&skin=hudoc-fr&attachment=true](http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/viewhbkkm.asp?action=open&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649&key=84655&sessionId=59191472&skin=hudoc-fr&attachment=true)

La Cour affirme la nécessaire « *possibilité de faire contrôler [les mesures destinées à obtenir des documents pouvant révéler les sources journalistiques] par un juge ou tout autre organe décisionnel indépendant et impartial* »

Une modalité de contrôle qui pourrait parfaitement s'appliquer, par exemple, au filtrage administratif des sites pédopornographiques prévu par la LOPPSI. Elle va très loin dans la définition de ces modalités de contrôle:

- **Contrôle d'un magistrat indépendant et impartial:** « *un contrôle [...] mené par un organe, distinct de l'exécutif et des autres parties intéressées, investi du pouvoir de dire, avant la remise des éléments réclamés, s'il existe un impératif d'intérêt public l'emportant sur le principe de protection des sources des journalistes et, dans le cas contraire, d'empêcher tout accès non indispensable aux informations susceptibles de conduire à la divulgation de l'identité des sources* » (§ 90). Par exception, en cas d'urgence, « *un contrôle indépendant mené à tout le moins avant que les éléments obtenus ne soient consultés et exploités devrait être suffisant pour permettre de déterminer si une question de confidentialité se pose et, le cas échéant, si, eu égard aux circonstances particulières de l'espèce, l'intérêt public invoqué par les autorités d'enquête ou de poursuite l'emporte sur l'intérêt public général à la protection des sources* » (§ 91).
- **Contrôle a priori,** car « *un contrôle indépendant pratiqué seulement après la remise d'éléments susceptibles de conduire à l'identification de sources est inapte à préserver l'essence même du droit à la confidentialité* » (§ 91).
- **Exigences quant au mode de contrôle de proportionnalité:** Au-delà de « *la nécessité d'un contrôle de nature préventive* » avant toute divulgation (§ 92), il est indiqué que la décision du contrôleur « *doit être régie par des critères clairs, notamment quant au point de savoir si une mesure moins intrusive peut suffire pour servir les intérêts publics prépondérants ayant été établis* » (§ 92).
- **Le pouvoir d'injonction du contrôleur:** outre la stricte proportionnalité de la mesure, des pouvoirs suffisants doivent être conférés au contrôleur afin qu'il puisse « *avoir la faculté de refuser de délivrer une injonction de divulgation ou d'émettre une injonction de portée plus limitée ou plus encadrée, de manière à ce que les sources concernées puissent échapper à la divulgation de leur identité, qu'elles soient ou non spécifiquement nommées dans les éléments dont la remise est demandée, au motif que la communication de pareils éléments créerait un risque sérieux de compromettre l'identité de sources de journalistes* » (§ 92). Cette possibilité de tri entre les informations doit également être prévue en cas d'urgence (§ 92 in fine).

- En raison de leur inefficacité et de leur caractère disproportionné, les mesures de filtrage ne semblent pas en mesure de satisfaire aux critères européens et doivent donc être écartées (et ce qu'elles soient invoquées à des fins de prévention ou de répression).
- En matière de retrait de contenus – mesure bien davantage appropriée du point de vue du bloc de conventionnalité – il paraît envisageable que l'autorité administrative puisse, pour des infractions très graves, ordonner à un hébergeur de procéder à un tel retrait. Cependant, à ce stade, les contenus concernés ne seront que « potentiellement » illégaux, et l'infraction présumée qui justifie la mesure de police devra faire l'objet de poursuites judiciaires permettant leur répression.²⁵

Au-delà de ces considérations, les pays parties à la Convention disposent au regard de celle-ci d'une marge d'appréciation dans la définition des infractions graves pouvant faire l'objet de restrictions de libertés de la part de l'autorité administrative, à titre préventif. En réalité, il s'agit d'un choix de nature politique. En 2009, à l'occasion de l'examen du Paquet Télécom²⁶, c'est à ce choix que le Parlement européen entendait procéder en adoptant à deux reprises et à une écrasante majorité un amendement (dit « amendement 138 ») consacrant le principe selon lequel les autorités judiciaires doivent être seules en mesure de prononcer des restrictions de la liberté de communication sur Internet ²⁷:

« Aucune restriction ne peut être imposée aux droits et libertés fondamentaux des utilisateurs finaux sans décision préalable des autorités judiciaires, notamment conformément à l'article 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne concernant la liberté d'expression et d'information, sauf lorsque la sécurité publique est menacée, auquel cas la décision peut intervenir ultérieurement ».

Devant la dérive sécuritaire du gouvernement français et d'autres pouvoirs publics européens, on peut regretter que ce principe n'ait pu être consacré dans le droit communautaire. Il aurait permis une **défense rigoureuse de la liberté d'expression et de communication, pilier de nos démocraties.**

²⁵ Voir à ce sujet les propositions de La Quadrature du Net dans le cadre de la consultation sur la directive européenne e-Commerce (ou « directive Internet »).

²⁶ Ensemble de cinq directives régulant le secteur des télécommunications dans l'Union européenne.

²⁷ Parlement européen 6 mai 2009, « Pas d'accord sur le "paquet télécom" », communiqué de presse.

Adresse : <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+IM-PRESS+20090505IPR55085+0+DOC+XML+Vo//FR>