

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 aggravera 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



Pour Franciliens.net,
Daniele Pitrolo

