

ALEXIS FITZJEAN Ó COBHTHAIGH  
*Avocat au Barreau de Paris*  
5, rue Daunou - 75002 PARIS  
Tél. 01.53.63.33.10 - Fax 01.45.48.90.09  
[afoc@afocavocat.eu](mailto:afoc@afocavocat.eu)

**CONSEIL CONSTITUTIONNEL**

**CONTRIBUTION EXTÉRIEURE**

**N° 2020-801 DC**

**POUR :** L'association « Wikimedia France »

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

## FAITS

1. L'association « Wikimedia France », exposante, créée le 24 janvier 2005, œuvre pour le libre partage de la connaissance au travers des projets « Wikimedia », tel que l'encyclopédie libre Wikipédia. Elle constitue un « chapitre »<sup>1</sup> de la *Wikimedia Foundation*, organisation à but non lucratif gouvernée par les lois de l'Etat de Floride aux Etats-Unis d'Amérique<sup>2</sup>.

2. Wikipédia est une encyclopédie libre<sup>3</sup>, gratuite, universelle, multilingue, en ligne, sans publicité et sans exploitation des données personnelles de ses utilisateurs. Elle a été créée par MM. Jimmy Wales et Larry Sanger en 2001<sup>4</sup>. Elle existe en plus de 300 langues différentes. A l'heure où ces lignes sont écrites, Wikipédia dénombre 2 220 322 articles en français<sup>5</sup>.

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

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

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

---

<sup>1</sup> « Un « chapitre » est une organisation indépendante créée pour soutenir et promouvoir les projets Wikimedia dans une région géographique donnée » (cf. [https://fr.wikipedia.org/wiki/Wikim%C3%A9dia\\_France#cite\\_note-4](https://fr.wikipedia.org/wiki/Wikim%C3%A9dia_France#cite_note-4)). Wikimedia France n'héberge, ni n'édite Wikipédia, ni aucun projet de la *Wikimedia Foundation*.

<sup>2</sup> [https://fr.wikipedia.org/wiki/Wikim%C3%A9dia\\_France](https://fr.wikipedia.org/wiki/Wikim%C3%A9dia_France) ; <https://www.wikimedia.fr/l'association/>

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

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

<sup>5</sup> [https://fr.wikipedia.org/wiki/Wikim%C3%A9dia:Accueil\\_principal](https://fr.wikipedia.org/wiki/Wikim%C3%A9dia:Accueil_principal)

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

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

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

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

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

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

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

6. Quelques années plus tard, la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure a octroyé<sup>7</sup> à l'administration une prérogative qui constituait

---

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

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

7. Puis, la loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme<sup>8</sup> a notamment étendu ce dispositif de censure administrative aux sites Web que l'administration considère – toujours sans intervention préalable d'un juge indépendant et impartial – comme diffusant des contenus contrevenants à l'article 421-2-5 du code pénal (provocation à des actes terroristes ou apologie de tels actes)<sup>9</sup>. Jusqu'à ce jour, cette censure administrative ne pouvait être actionnée qu'en cas d'inertie, pendant 24 heures, de l'éditeur ou de l'hébergeur du site Web et sous le regard d'une personnalité qualifiée désignée par la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL).

8. La loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet, voté le 13 mai dernier, ramène le délai d'exécution de cette obligation, **à un délai d'une heure**<sup>10</sup> (ci-après « l'obligation de retrait en une heure ») et transfère<sup>11</sup> la responsabilité de désigner une personnalité qualifiée susceptible d'émettre des avis sur l'usage de ce dispositif, au Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA).

9. Cette loi<sup>12</sup> crée en outre une obligation<sup>13</sup>, à la charge des opérateurs de plateforme en ligne<sup>14</sup> de retirer ou de rendre inaccessible, **dans un délai de vingt-quatre heures** après notification, tout contenu contrevenant manifestement à un champ d'infractions nettement plus large que celles imposant le retrait du contenu en une heure, visées aux dispositions mentionnées au 5<sup>ème</sup>, 7<sup>ème</sup>, et 8<sup>ème</sup> alinéas de l'article 24, à l'article 24 bis et aux 3<sup>ème</sup> et 4<sup>ème</sup> 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,

---

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

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

<sup>10</sup> Plus exactement le I de son article 1<sup>er</sup>.

<sup>11</sup> Article 7, alinéa 26 de la loi litigieuse.

<sup>12</sup> Plus exactement le II de son article 1<sup>er</sup>.

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

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

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

2° Ou la mise en relation de plusieurs parties en vue de la vente d'un bien, de la fourniture d'un service ou de l'échange ou du partage d'un contenu, d'un bien ou d'un service. »

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

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

11. Le champ des acteurs et des contenus concernés est particulièrement vaste et foisonnant. Le tableau suivant<sup>17</sup> permet d'en rendre compte de manière plus intelligible :

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

<sup>15</sup> En application du 1<sup>er</sup> alinéa de l'article 131-38 du code pénal.

<sup>16</sup> De fait, la majorité des opérateurs de plateformes sont des personnes morales.

<sup>17</sup> Tiré de Wikipédia :

[https://fr.wikipedia.org/wiki/Proposition\\_de\\_loi\\_contre\\_les\\_contenus\\_haineux\\_sur\\_Internet](https://fr.wikipedia.org/wiki/Proposition_de_loi_contre_les_contenus_haineux_sur_Internet) ; voir également l'article du journal spécialisé « NextINpact », sous la plume de son rédacteur en chef M. Marc Rees : <https://www.nextinpact.com/news/108972-cyberhaine-loi-avia-ligne-par-ligne.htm>

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

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

13. En outre, cette loi confère un pouvoir de sanction au CSA, visant les plateformes manquant à l'obligation de retrait en 24 heures susmentionnée. Le plafond de ces sanctions s'élève à un montant de 20 millions d'euros ou 4 % du chiffre d'affaires annuel mondial total de l'exercice précédent, le montant le plus élevé étant retenu<sup>21</sup>.

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

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

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

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

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

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

## DISCUSSION

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

17. La libre communication des pensées et des opinions est garantie par l'article 11 de la Déclaration de 1789<sup>22</sup>. En l'état actuel des moyens de communication et eu égard au développement généralisé des services de communication au public en ligne ainsi qu'à l'importance prise par ces services pour la participation à la vie démocratique et l'expression des idées et des opinions, ce droit implique la liberté d'accéder à ces services<sup>23</sup>.

18. La liberté d'expression et de communication, dont découle le droit d'expression collective des idées et des opinions, est d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés. Il s'ensuit que les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être **nécessaires, adaptées et proportionnées** à l'objectif poursuivi<sup>24</sup>.

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

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

---

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

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

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

21. La garde des sceaux, ministre de la justice, l'a d'ailleurs récemment rappelé dans une circulaire du 4 avril 2019 dressant un inventaire des outils à la disposition des justiciables et du ministère public, afin de lutter contre les discriminations, les propos et les comportements haineux<sup>25</sup>. Cet arsenal, tant civil que pénal, est donc déjà très conséquent. Ces voies de droit, rapides et nombreuses, ont déjà démontré leur efficacité.

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

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

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

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

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

---

<sup>25</sup> [http://circulaires.legifrance.gouv.fr/pdf/2019/04/cir\\_44602.pdf](http://circulaires.legifrance.gouv.fr/pdf/2019/04/cir_44602.pdf)



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

28. En outre, le champ d'application personnel de ce régime excède de très loin ce qui est strictement nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi par le législateur. Selon son exposé des motifs<sup>26</sup>, la loi litigieuse «  *vise à lutter contre la propagation des discours de haine sur internet* ». Plus particulièrement, elle définit un nouveau régime de responsabilité applicable aux opérateurs de plateformes dont l'activité sur le territoire français excède un seuil défini par décret.

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

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

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

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

---

<sup>26</sup> [http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/115b1785\\_proposition-loi](http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/115b1785_proposition-loi)

33. C'est ainsi, pour ne citer qu'un exemple, que le 17 octobre 2016, une erreur de l'opérateur Orange a entraîné le blocage de nombreux sites Web – notamment Wikipédia, Google et OVH – et la redirection<sup>27</sup> des personnes tentant d'y accéder vers une page du site Web du ministère de l'intérieur dénonçant l'apologie du terrorisme<sup>28</sup>. De fait, l'ensemble des internautes utilisant une connexion Internet fournie par l'opérateur Orange se sont trouvés privés d'accès à ces sites Web jusqu'à la résolution de ce dysfonctionnement<sup>29,30</sup>.

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

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

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

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

---

<sup>27</sup> 4<sup>ème</sup> alinéa de l'article 3 du décret du 5 février 2015, pris pour l'applicable de l'article 6-1 de la LCEN.

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

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

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

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

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

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

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

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

38. La personnalité qualifiée de la CNIL a alors saisi le tribunal administratif de Cergy-Pontoise aux fins d'annulation des décisions de l'OCLCTIC et du chef de cabinet du ministre de l'intérieur confirmant le refus de l'office de suivre sa recommandation tendant au retrait de ces décisions. Ce n'est que le 31 janvier 2019 que le tribunal a annulé ces décisions<sup>35</sup>, aux motifs que « *le contenu des publications litigieuses, en tant qu'il décrit les actes de destruction qui ont été perpétrés en les présentant sous un jour favorable et en les justifiant, ne peut être analysé comme étant constitutif de l'infraction d'apologie à commettre des actes de terrorisme au sens de l'article 421-2-5 du code pénal, dès lors qu'il se rapporte à des actes auxquels cette qualification n'a pas été reconnue.* »<sup>36</sup>

39. On notera de surcroît que la personnalité qualifiée avait vainement recherché la suspension immédiate de ces décisions devant le juge des référés du même tribunal qui avait estimé que la condition d'urgence au sens de l'article L. 521-1 du code de justice administrative n'était pas remplie<sup>37</sup>.

40. Plusieurs enseignements peuvent être tirés de cette affaire. D'une part, l'intervention de la personnalité qualifiée de la CNIL ne constitue qu'une garantie toute relative dès lors qu'elle ne dispose que d'un pouvoir de recommandation non contraignant et que, dans l'hypothèse où elle déciderait de déférer les refus de suivre ses recommandations au juge administratif, le tribunal ne rendrait son jugement que plusieurs mois ou années après, laissant subsister un abus dans l'usage des pouvoirs conférés à l'administration<sup>38</sup>. D'autre part, cette affaire rappelle les difficultés entourant la qualification juridique des faits qui doit demeurer, par principe, l'apanage du juge. Au demeurant, ce mécanisme a également pour effet indirect de transférer au juge administratif une partie du contentieux relatif à la liberté d'expression, qui demeure traditionnellement dans l'office du juge judiciaire<sup>39</sup>.

41. Un autre exemple d'abus, révélé par le journal NextINpact<sup>40</sup> concerne cette fois-ci un photomontage caricaturant MM. Emmanuel

---

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

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

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

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

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

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

Macron, Edouard Philippe et Christophe Castaner en dictateurs chiliens, à partir d'un cliché<sup>41</sup>, du général Pinochet et de sa garde rapprochée. Cette caricature avait été publiée sur la plateforme « Google + » le 14 décembre 2018. A la suite d'un signalement anonyme effectué le 13 janvier 2019 sur la plateforme « Pharos », l'OCLCTIC avait demandé, le lendemain, le retrait de cette image pour « *incitation à la haine raciale ou provocation à la discrimination de personnes en raison de leurs origines, de leur sexe, de leur orientation sexuelle ou de leur handicap* »<sup>42</sup>. On peine pourtant à déceler en quoi une telle caricature puisse inciter à la haine raciale ou provoquer à la discrimination de personnes en raison de leurs origines, de leur sexe, de leur orientation sexuelle ou de leur handicap...

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

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

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

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

---

<sup>41</sup> Pris par M. Chas Gerretsen le 19 septembre 1973 dans une église catholique de Santiago ([https://en.wikipedia.org/wiki/Chas\\_Gerretsen](https://en.wikipedia.org/wiki/Chas_Gerretsen)).

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

46. Plus grave encore, ces délais intenable vont conduire les acteurs concernés à recourir à des filtres algorithmiques. Par suite, au-delà de la privatisation de la fonction de juger, la loi déferée aura pour effet de « robotiser » cette fonction. Non seulement ce recours massif – mais inévitable pour être conforme à ces nouvelles obligations – à des algorithmes, est critiquable sous l’angle de la philosophie du droit et de ses principes élémentaires qui impliquent que des êtres humains ne puissent être jugés que par leurs pairs, mais encore le recours à de telles technologies est contestable sur le plan de ses effets<sup>43</sup>. Il est ainsi désormais bien établi que les filtres algorithmiques conduisent inévitablement à des « faux positifs », à de la « sur-censure » et à d’autres effets néfastes<sup>44</sup>, ce qui est particulièrement préjudiciable s’agissant d’une liberté aussi cardinale que la liberté d’expression.

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

\*

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

49. Afin d’être conforme à la Constitution, le seul recours à un algorithme pour fonder une décision administrative individuelle est subordonné au respect d’une série de conditions<sup>45</sup>. Il en va de même *a fortiori* s’agissant d’algorithmes utilisés par des personnes privées afin de détecter automatiquement et massivement des contenus qui excèderaient potentiellement les bornes de la liberté d’expression.

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

---

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

<sup>44</sup> [https://www.cjr.org/the\\_media\\_today/youtube-takedowns-war-crimes.php](https://www.cjr.org/the_media_today/youtube-takedowns-war-crimes.php)

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

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

\*

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

53. En vertu de l'article 34 de la Constitution, la loi détermine les principes fondamentaux des obligations civiles et commerciales. Ainsi, il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34<sup>46</sup>. A cet égard, le principe de clarté de la loi, qui découle du même article de la Constitution, et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques afin de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi<sup>47</sup>.

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

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

---

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

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

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

\*

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

58. Si l'article 13 de la Déclaration de 1789 n'interdit pas de faire supporter, pour un motif d'intérêt général, à certaines catégories de personnes des charges particulières, il ne doit pas en résulter de rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques<sup>48</sup>.

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

**Fait à Paris, le 26 mai 2020**

**Alexis FITZJEAN Ó COBHTHAIGH**  
*Avocat au Barreau de Paris*