

L'organisation professionnelle TECH IN France¹

Représentée par :

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

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

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

Note sur l'inconstitutionnalité de la loi visant à lutter contre les contenus haineux sur Internet

Paris, le 19 mai 2020

Monsieur le Président,

Mesdames, Messieurs les Conseillers,

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

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

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

*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

C'est dans ce contexte que la loi présentement déferée à la censure du Conseil constitutionnel vient encore durcir significativement et élargir le dispositif de blocage administratif existant, tout en maintenant l'obligation générale de retrait prévue par l'article 6-1 et en organisant un régime complémentaire de blocage de nature privée au sein d'un nouvel article 6-2.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

I. – SUR LES DROITS ET LIBERTES CONSTITUTIONNELS MECONNUS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

I. 2 – LE DROIT À UN RECOURS JURIDICTIONNEL EFFECTIF

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³¹ *Ibid.*

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

I. 4 – LE PRINCIPE DE PROPORTIONNALITÉ DES PEINES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴⁴ RGPD, article 83(2)(k).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*

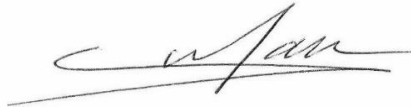
En définitive, la conjonction, d'une part, de **l'alourdissement manifeste des sujétions** pesant sur les opérateurs – extension des obligations à leur charge ; instauration d'une infraction spécifique de non-retrait lourdement sanctionnée ; exposition à un volume massif de demandes de retrait, tant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

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

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



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



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