

Monsieur le Président du Conseil constitutionnel,
Mesdames et Messieurs les Membres
du Conseil constitutionnel
2, rue Montpensier
75001 Paris

Paris, le 29 mai 2020

Objet : Contribution extérieure du Syndicat de la magistrature, du Syndicat des avocats de France, de la Ligue des Droits de l'Homme et de AIDES, sur la loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet (affaire n° 2020-801 DC)

Monsieur le Président du Conseil constitutionnel,
Mesdames et Messieurs les membres du Conseil constitutionnel,

Le 12 février 2019, le Premier ministre Edouard Philippe a annoncé son souhait de faire adopter une loi pour lutter contre les contenus haineux en responsabilisant les grands opérateurs de plateformes qui permettent leur diffusion.

Le 11 mars 2019, Laetitia Avia, députée LREM de Paris, a déposé auprès de la Présidence de l'Assemblée nationale une proposition de loi visant à lutter contre la haine en ligne. Elle est issue d'un rapport parlementaire visant à renforcer la lutte contre le racisme et l'antisémitisme en ligne, conduit par Laetitia Avia, l'écrivain Karim Amellal et le vice-président du CRIF Gil Taieb, remis au Premier ministre le 12 septembre 2018.

Ce texte étudié dans le cadre de la procédure accélérée a été finalement adopté le 13 mai 2020, après échec en commission mixte paritaire le 8 janvier 2020 et nouvelle lecture avec modifications par l'Assemblée nationale le 22 janvier 2020 et le Sénat le 26 février 2020.

Cette loi méconnaît les droits et libertés que la Constitution garantit.

D'une part le législateur a porté une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression. D'autre part, le législateur a méconnu le droit à un recours effectif ainsi que le principe d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi. En outre le législateur a violé l'obligation constitutionnelle d'un contrôle direct et effectif de l'autorité judiciaire sur les atteintes aux libertés individuelles. Enfin, le législateur a méconnu sa propre compétence en affectant l'exigence constitutionnelle de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Observations formulées par :

Le Syndicat de la Magistrature, syndicat professionnel domicilié 91 rue de Charenton, 75012 Paris

AIDES, association de loi 1901 reconnue d'utilité publique domiciliée 14 rue Scandicci, 93500 Pantin

Le Syndicat des avocats de France, syndicat professionnel domicilié 34 rue Saint-Lazare, 75009 Paris

La Ligue des droits de l'Homme, association de loi 1901 reconnue d'utilité publique domiciliée 138 rue de Marcadet, 75018 Paris

I. Atteinte disproportionnée à la liberté d'expression (article 1^{er})

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 ».

Sur le fondement de cette disposition le Conseil constitutionnel a déduit une exigence constitutionnelle de protection de la liberté d'expression, consacrée notamment dans sa décision 2012-647 DC du 28 février 2012 (Loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi).

La liberté de communication et d'expression est regardée par le Conseil constitutionnel comme « *une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés* » (Cons. Const., décision n°2010-3 QPC du 28 mai 2010, *Union des familles en Europe* ; décision n°2013-302 QPC du 12 avril 2013, *Délai de prescription d'un an pour les délits de presse à raison de l'origine, l'ethnie, la nation, la race ou la religion*). En conséquence, « *les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi* » (même décision).

Or en l'espèce il est manifeste que le législateur a porté atteinte à la liberté d'expression sans encadrer par des garanties légales les risques d'abus.

La loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet fixe des délais au cours desquels les plateformes en ligne sont tenues d'agir après s'être vu notifiées la présence d'un contenu illicite.

L'article 1^{er} impose ainsi aux plateformes de retirer tout contenu relevant de l'article 421-2-5 du code pénal et de l'article 227-23 du même code dans un délai d'une heure. Une obligation de retrait sous 24 heures est posée pour les contenus contrevenant manifestement 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.

Ces délais courts, combinés à la lourde sanction prévue à l'article 6 chapitre II de la loi, à savoir une amende de 250 000 euros, exposent les internautes à un risque de censure, et ce à plusieurs titres.

a) Risque de contrôle a priori des contenus

A l'exception des grandes plateformes qui sont en mesure de fonctionner en continu 24 heures sur 24, 7 jours sur 7, le délai d'une heure est impossible à tenir. Pour se conformer à leurs obligations, les petites plateformes sont incitées à contrôler a priori le contenu publié par les internautes, en toute méconnaissance des règles régissant la liberté d'expression en droit interne et européen.

b) Délais incompatibles avec une appréciation *in concreto* des contenus

Le délai de 24 heures est insuffisant dans certaines hypothèses, en particulier pour les contenus délibérément provocatifs et les opinions qui dérangent. Or, aucune exception n'est prévue pour de tels contenus qui nécessitent une étude approfondie. La jurisprudence des tribunaux français et européen démontre pourtant que pour apprécier la licéité d'un tel contenu, une analyse *in concreto* prenant en compte le contexte est essentiel.

C'est ce qu'il ressort notamment de la décision du TGI de Paris saisi en 2007 des caricatures de Mahomet. Le juge de première instance, confirmé en appel, a en effet considéré au sujet d'une caricature que :

« si, par sa portée, ce dessin apparaît, en soi et pris isolément, de nature à outrager l'ensemble des adeptes de cette foi et à les atteindre dans leur considération en raison de leur obéissance, en ce qu'il les assimile - sans distinction ni nuance - à des fidèles d'un enseignement de la terreur, il ne saurait être apprécié, au regard de la loi pénale, indépendamment du contexte de sa publication ; Qu'il convient, en effet, de le considérer dans ce cadre factuel, en tenant compte des manifestations violentes et de la polémique suscitées à l'époque, mais aussi de sa place dans le journal ». (TGI Paris, 22 mars 2007, 17^e chambre)

La Cour européenne des droits de l'homme fait la même analyse, notamment dans l'arrêt Eon contre France qui juge disproportionné le recours qui risque d'avoir un « *un effet dissuasif sur des*

interventions satiriques qui peuvent contribuer au débat sur des questions d'intérêt général ». (Affaire EON c. France, 14 juin 2013, Requête no [26118/10](#), §61)

Dans cette affaire, le juge de Strasbourg a relevé que :

« l'expression apposée sur un écriteau, « Casse toi pov'con », brandi par le requérant lors d'un cortège présidentiel sur la voie publique, est littéralement offensante à l'égard du président de la République. Cela étant, ce propos doit être analysé à la lumière de l'ensemble de l'affaire, et en particulier au regard de la qualité de son destinataire, de celle du requérant, de sa forme et du contexte de répétition dans lequel il a été proféré. » (Ibid, §53)

Il ressort de cette jurisprudence, qu'un contenu qui pris isolément peut s'analyser comme manifestement illicite, peut tout de même bénéficier de la protection accordée à la liberté d'expression, à l'aune du contexte dans lequel ce contenu a été publié.

Or, les délais impartis aux plateformes rendent une telle contextualisation impossible.

En outre, le champ infractionnel très large des contenus haineux posé par cette loi et leurs difficultés de caractérisation du fait de l'objet même de l'infraction risquent d'engendrer un phénomène de censure préventive. Et ce, d'autant plus que le juge judiciaire n'intervient pas et que l'interprétation du contenu et du sens d'un message incombe aux opérateurs et aux sites internet. L'obligation de retrait d'un message qualifié de haineux sous 24 heures renforce ce phénomène par la nécessité, pour les opérateurs et les sites, d'un traitement systématique de grande échelle qui ne peut être réalisé que par des algorithmes. Ce phénomène a été observé massivement, dès le vendredi 22 mai 2020, par la censure et le blocage de comptes Twitter et ou Facebook de militantes et militants de la lutte contre le VIH-sida et de défense des droits des personnes LGBTI parce qu'ils avaient utilisé, dans une perspective de renversement du stigmate qu'un algorithme ne saisit pas, les termes de « pédés », « gouines », « putes ». Les effets en matière de restriction de la liberté d'expression et de limitation des droits fondamentaux se déploient déjà matériellement, anticipés par les plateformes. Enfin, dénoncées par des associations de santé, les dispositions de cette loi risquent d'entraver les actions de réduction des risques en santé sexuelle et de prévention par le blocage de comptes d'associations et la censure des messages de prévention parce qu'ils seront qualifiés de pornographie alors que leur visée répond à un objectif de santé publique et donc de droit à la santé, reconnu comme ayant une pleine valeur constitutionnelle. Des cas ont là aussi été constatés depuis le vote de la proposition de loi, preuve d'une anticipation par les plateformes.

a) Effet dissuasif des sanctions encourues par les plateformes

La gravité de la sanction prévue à l'article 1^{er} de la loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet crée un effet inhibiteur préjudiciable à la liberté d'expression.

En effet, la création du délit de non retrait à l'article 1^{er} risque d'inciter les plateformes à supprimer des contenus protégés par la liberté d'expression. Les opérateurs de plateformes peuvent se voir sanctionnés de 250 000 euros d'amende pénale en cas de refus de retirer ou de rendre inaccessibles des contenus présumés haineux. Cette sanction pénale se superpose avec la sanction administrative entre les mains du CSA qui peut, après mise en demeure, prononcer une sanction pécuniaire dont le montant peut aller jusqu'à 4% du chiffre d'affaires annuel mondial total de l'exercice précédent. Les montants évoqués démontrent bien la mise au pas de l'intervention judiciaire, distancée par l'intervention administrative.

Pour ne pas se voir infliger une amende de 250 000 euros, les plateformes qui sont invitées à mettre en place des moyens technologiques pour se conformer à leurs obligations ne sont pas incitées à prendre le temps d'analyser des contenus litigieux et de garantir la contextualisation de leurs analyses. Si la loi prévoit une sanction en cas de non retrait de contenu illicite, elle ne prévoit aucune sanction en cas de retrait de contenu licite. En cas de doute sur la licéité d'un contenu, une analyse

coût avantage conduira nécessairement les plateformes à privilégier le retrait de contenu plutôt qu'à garantir la liberté d'expression.

Cet effet inhibiteur est d'autant moins contestable qu'il a été avancé par la Commission européenne dans les observations qu'elle a produites sur la loi dans le cadre de la procédure de notification prévue par la directive (UE) 2015/1535.

La Commission relève ainsi que :

« Sans remettre en cause l'objectif poursuivi par le projet notifié, la Commission constate que l'obligation pour les plateformes de supprimer tout contenu illicite notifié dans un délai de 24 heures, combinée à la lourde sanction prévue à l'article 4 du projet notifié, à la grande variété d'infractions soumises à une telle obligation (pouvant nécessiter une évaluation contextuelle plus ou moins approfondie) et à la réduction des exigences de notification susmentionnée, pourraient avoir des conséquences néfastes. En ce sens, ceci pourrait notamment créer une charge disproportionnée sur les plateformes en ligne et dans certaines circonstances, un risque de suppression excessive de contenus, ce qui porterait ainsi atteinte à la liberté d'expression. Ce risque est particulièrement élevé pour les plateformes en ligne dont les ressources sont limitées. La Commission constate que, afin de réduire un tel risque, l'obligation de suppression susmentionnée peut, si la plateforme en ligne souhaite bénéficier d'une exclusion de responsabilité, se limiter au contenu illicite « manifeste ». Un mécanisme de contre-notification est également prévu à cet égard. Comme cela a été mentionné dans la réponse des autorités françaises, ces garanties sont essentielles afin d'assurer que la bonne mise en œuvre d'une telle obligation ne porte pas atteinte excessivement à la liberté d'expression. La Commission constate également que la réponse des autorités françaises explique que dans l'exercice de son pouvoir de sanction, le Conseil supérieur de l'audiovisuel doit tenir compte de la gravité de l'infraction et de sa récurrence. Ceci devrait également permettre de réduire le risque susmentionné. Le rôle de l'autorité de surveillance dans le suivi de la mise en œuvre de cette obligation sera également crucial. Néanmoins, bien que les mesures susmentionnées soient importantes et substantielles, la Commission estime qu'il est peu probable qu'elles soient suffisantes afin de supprimer le risque lié à l'établissement d'un délai court et fixe, ainsi qu'à la lourde sanction prévue à l'article 4, dans le cadre du projet notifié, comme indiqué ci-dessus. » (Notification 2019/412/F Loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet Emission d'observations prévues à l'article 5, paragraphe 2, de la directive (UE) 2015/1535 du 9 septembre 2015, 22 novembre 2019)

L'effet dissuasif de lourde sanction pécuniaire sur l'exercice de la liberté d'expression a été abondamment relayé par la Cour européenne des droits de l'homme.

Récemment c'est lors de l'arrêt *Delfi AS* contre Estonie que la Cour a réaffirmé ce principe. Elle a en effet considéré que la sanction imposée à une société responsable d'un grand portail d'actualités en raison de contenus illicites publiés par les internautes, ne constituait pas une restriction disproportionnée du droit de la société requérante à la liberté d'expression, notamment en raison du caractère modéré de la sanction. (Affaire *DELFI AS c. Estonie*, 16 juin 2015, Requête no [64569/09](#), § 162).

b) Absence de contrôle judiciaire

Cette loi en ce qu'elle permet à l'autorité administrative et non judiciaire de priver un individu de son droit de s'exprimer pour des propos définis comme haineux, terme dont le champ est imprécis et subjectif, constitue une violation de la liberté d'expression en ce sens qu'aucun contrôle judiciaire n'existe pour filtrer les demandes de retrait et sanctionner les retraits abusifs.

La liberté d'expression n'est pas garantie dans cette loi dès lors que l'intervention judiciaire n'est pas actrice de la régulation, de la recherche d'équilibre entre cette liberté et d'autres libertés fondamentales comme le droit à la vie privée et qu'elle est reléguée au troisième plan après les opérateurs de plateformes et le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), autorité administrative. Cette loi crée ainsi en matière de liberté d'expression un système extra-judiciaire composé de

l'intervention, préalablement au juge, d'instances relevant soit du secteur privé ou du secteur public mais dans tous les cas d'instances non légitimes pour traiter de tels enjeux.

Les opérateurs de plateforme en ce qu'ils devront se conformer aux recommandations que pourra prendre le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) sur l'obligation de retirer ou rendre inaccessible tout contenu haineux dans l'heure ou dans les 24 heures suivant sa notification, un déséquilibre très fort entre l'intérêt à un retrait et les désavantages à celui-ci est de fait créé. Un opérateur de plateforme pourra se voir sanctionné pour n'avoir pas retiré un propos haineux. En revanche, rien n'est prévu pour sanctionner un retrait qui serait abusif. Cela crée un effet incitatif au retrait du point de vue des opérateurs de plateformes très grave en matière de liberté d'expression.

II. ***Violation du droit d'exercer un recours effectif devant les juridictions et des exigences constitutionnelles du droit à un procès équitable (article 1^{er})***

L'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dispose que :

« Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ».

Le Conseil constitutionnel a affirmé, sur le fondement de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen (DDHC) de 1789, le caractère constitutionnel du droit à un recours juridictionnel effectif (notamment décisions n° 2014-387 QPC du 4 avril 2014 et 2014-390 QPC du 11 avril 2014 et Cons. constit., 21 janvier 1994, n° 93- 335 DC, cons. 4 ; 23 septembre 2016, n° 2016-569 QPC).

Au terme de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, cette disposition confère une valeur constitutionnelle au droit à un procès équitable (décisions n° 2004-492 DC du 2 mars 2004 et n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006), aux droits de la défense (notamment décision n° 93-326 DC du 11 août 1993) ou au droit à un recours juridictionnel effectif (notamment décisions n° 2014-387 QPC du 4 avril 2014 et 2014-390 QPC du 11 avril 2014 ; Cons. constit., 21 janvier 1994, n° 93- 335 DC, cons. 4 ; 23 septembre 2016, n° 2016-569 QPC). A ce titre, le Conseil constitutionnel s'assure que les restrictions dans l'accès au juge procèdent d'une « conciliation équilibrée entre le droit au recours juridictionnel effectif et l'objectif poursuivi par le législateur » (Cons. constit., décision n° 208-709 du 1er juin 2018, cons.10).

Il juge de manière constante « *qu'en principe il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction* » (Cons. constit., 9 avril 1996, n° 96-373 DC, cons. 83 ; Cons. constit., 17 janv. 2013, n° 2012-288 QPC, cons. 4), y compris dans le cadre d'un « état d'urgence », comme il l'a rappelé au sujet de l'état d'urgence prévu par la loi du 3 avril 1955 (Cons. constit., Déc. n°2015-527 QPC du 22 décembre 2015, cons. 8 ; n°2016-535 QPC du 19 février 2016, cons. 3 ; n°2016-536 QPC du 19 février 2016, cons. 5 ; 2016-567/568 QPC du 23 septembre 2016, cons. 7 ; n°2016-600 QPC du 2 décembre 2016, cons. 6 ; n°2017-624 QPC du 16 mars 2017, cons.13).

Protégé à la fois par le droit constitutionnel et par les dispositions européennes (article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme), le droit à un recours juridictionnel effectif est fondamental. Il n'est toutefois, pas garanti par la loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet,

En effet, d'une part, la loi ne permet pas l'intervention d'un juge avant le retrait de contenu litigieux. D'autre part, la loi donne compétence aux plateformes pour connaître des litiges liés à la modération.

a) Retrait de contenu sans intervention préalable du juge

En son article 1^{er} la loi autorise des retraits ou des inaccessibilités de contenus dans un délai d'une heure ou de 24 heures selon le domaine concerné, après le signalement par un particulier sans contrôle juridictionnel préalable.

L'article 1^{er} de la loi obère ainsi le droit d'exercer un recours effectif et le droit à un procès équitable en prévoyant que les nécessités de lutte contre la provocation à des actes terroristes ou l'apologie de tels actes ainsi que la diffusion des images ou représentations de mineurs relevant de l'article 227-23 du Code pénal impliquent un retrait ou la mise en inaccessibilité dans un délai d'une heure, en cas de contenus manifestement haineux signalés. En effet, en pratique, un tel délai d'une heure met à néant toute saisine effective d'une juridiction pour pouvoir faire valoir par l'utilisateur lésé que les contenus concernés ne relèvent pas de la catégorie appréhendée.

Aucun recours effectif n'est non plus posé pour les contenus haineux plus classiques, l'article 1^{er} de la loi prévoyant la création d'un article 6-2 à la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique imposant - aux 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 dépasse un seuil déterminé par décret - une obligation de retirer ou rendre inaccessible dans un délai de 24 heures tout contenu haineux.

Il en ressort qu'il sera matériellement impossible dans les deux cas (1 heure ou 24 heures) d'être en capacité d'exercer un recours effectif devant une juridiction afin de pouvoir faire intervenir un juge pour valider ou non le retrait, avant le retrait effectif dudit contenu.

Aucune phase préalable au retrait ou au fait de rendre inaccessible le contenu n'est, de fait, prévue pour permettre à l'utilisateur de saisir le juge judiciaire du retrait envisagé. Le délai d'une heure ou de 24 heures court à compter de « *la notification par une ou plusieurs personnes du contenu contrevenant* » et non à compter de l'information à l'utilisateur ayant mis en ligne le contenu, de sorte qu'aucun contradictoire n'est ouvert dans ce dispositif. Ce n'est donc qu'*a posteriori*, après le retrait ou l'inaccessibilité qu'une saisine du juge judiciaire pourrait intervenir, une fois l'effet réalisé, ce qui prive de tout sens le recours en jeu et de toute possibilité de se défendre.

La précision faite à l'article 1^{er} que « *l'autorité judiciaire peut prescrire en référé ou sur requête aux opérateurs mentionnés aux premier et deuxième alinéas du I toutes mesures propres à prévenir ou faire cesser un dommage occasionné par un contenu contrevenant aux dispositions mentionnées au premier alinéa du même I ou par le retrait d'un contenu par un opérateur* » ne paraît pas à même de combler cette lacune de l'intervention du juge judiciaire en la matière.

Les hypothèses de saisine du juge en référé ou par requête vont, dans la pratique, tendre à s'amenuiser fortement - l'effet escompté par ces saisines à savoir le retrait d'un contenu, étant en réalité déjà produit par la capacité de retrait *in extenso* des plateformes. Par ailleurs, les hypothèses de saisine *a posteriori* pour dommage causé par le retrait devant le juge judiciaire risquent d'être rares, puisqu'aucune sanction n'est prévue en cas de retrait excessif par les opérateurs de plateforme, réduisant ainsi l'intérêt d'une telle saisine.

En outre, la précision selon laquelle les opérateurs de plateforme « *rappellent également à l'utilisateur à l'origine de la publication que des sanctions civiles et pénales sont encourues pour la publication de contenus illicites* » démontre, le décalage qui s'opère - au profit des plateformes - quant à la détention du pouvoir de sanction. Les plateformes se voient ainsi dotées d'un pouvoir de rappel à la loi au profit des utilisateurs sans que la question du caractère manifestement haineux du contenu ne puisse être posée, comme condition préalable à ce rappel à la loi, et sans que les utilisateurs en question ne puissent se défendre des accusations les concernant

b) Compétence des plateformes pour connaître des litiges liés à la modération

La loi donne, en outre, compétence aux plateformes pour connaître des litiges liés à la modération des contenus, mais ne prévoit aucun cadre légal destiné à assurer la protection du droit à un recours effectif constitutionnellement garantis

En l'espèce, l'article 2 de la loi impose aux plateformes numériques de mettre en place des mécanismes de recours internes permettant :

« a) Lorsqu'ils décident de retirer ou rendre inaccessible un contenu notifié et qu'ils disposent des informations pour contacter l'utilisateur à l'origine de la publication du contenu retiré ou rendu inaccessible, à cet utilisateur d'être informé de cette décision et des raisons qui l'ont motivée, ainsi que de la possibilité de la contester. Ils rappellent également à l'utilisateur à l'origine de la publication que des sanctions civiles et pénales sont encourues pour la publication de contenus illicites. »

Autrement dit, les internautes se plaignant d'une atteinte à leur liberté d'expression n'auront d'autres choix que de recourir aux mécanismes prévus par la plateforme qui a pris la décision de retirer leur contenu litigieux. A la fois juge et partie, les plateformes ne pourront manifestement pas garantir un recours effectif aux internautes.

Les lacunes des mécanismes de recours internes sont d'autant moins contestables qu'elles ont été identifiées par le Président de Facebook. En effet, pour répondre au manque d'impartialité du mécanisme de recours interne à Facebook, Mark Zuckerberg a annoncé vouloir créer une cour de justice propre à sa plateforme, mais indépendante, qui serait chargée de régler les litiges liés à la modération des contenus sur internet. (Voir article UP, Facebook va créer sa propre Cour de Justice, 27 juin 2019, par Charles Eli Guzman)

Enfin dans sa décision du 10 juin 2009, le Conseil constitutionnel a invalidé des dispositions législatives donnant compétence à la commission de protection des droits, une autorité administrative de restreindre ou d'empêcher l'accès à internet de titulaires d'abonnement au motif que cela méconnaissait le caractère fondamental de la liberté d'expression.

Les sages ont ainsi considéré que :

« Eu égard à la nature de la liberté garantie par l'article 11 de la Déclaration de 1789, le législateur ne pouvait, quelles que soient les garanties 35 encadrant le prononcé des sanctions, confier de tels pouvoirs à une autorité administrative dans le but de protéger les droits des titulaires du droit d'auteur et de droits voisins » (Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet).

A fortiori, il doit être considéré que le législateur ne peut laisser le pouvoir de décider ce qui est protégé par la liberté d'expression à des plateformes numériques qui sont pour la plupart guidées avant tout par des considérations économiques.

III. *Violation de l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi (articles 1, 4, 10, 11)*

Alors que « le principe de clarté de la loi découle de l'article 34 de la Constitution » (décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, Loi de modernisation sociale, Rec. p. 49) et que « l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789 » (décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005, Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école, Rec. p. 72), ce qui impose au législateur « 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 » (décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005, précitée), en l'espèce, plusieurs dispositions de cette loi contreviennent à cet objectif.

L'article 4 en ce qu'il prévoit que les opérateurs sont tenus de « respecter les obligations suivantes dont la mise en œuvre doit être proportionnée et nécessaire au regard de l'atteinte susceptible d'être portée à la dignité humaine » contient déjà une imprécision majeure en ce sens qu'il prévoit l'obligation de retirer un contenu, sans débat contradictoire, alors que les atteintes ne se trouvent qu'au stade - très rapidement atteint - de la potentialité.

L'article 10 en ce qu'il crée des compétences judiciaires peu claires ne remplit pas non plus cet objectif. Il est prévu la désignation d'un tribunal judiciaire par décret qui prendra en charge ce

contentieux en exerçant une compétence concurrente à celle qui résulte des articles 43, 52 et 382 du code de procédure pénale. Or, il est constant que le parquet de Paris est déjà compétent de façon concurrente au niveau national en matière de cybercriminalité (article 706-72 et suivants du code de procédure pénale). Dès lors, si d'aventure un autre tribunal judiciaire que celui de Paris était désigné par décret, une confusion importante existerait en termes de compétences entre juridictions.

Dans la même logique, l'article 11 prévoit en cas de contrôle judiciaire une nouvelle obligation de ne « *pas adresser de messages à la victime, de façon directe ou indirecte, par tout moyen, y compris par voie électronique* » et en cas de sursis probatoire une « *interdiction d'adresser des messages à la victime, de façon directe ou indirecte, par tout moyen, y compris par voie électronique.* ».

Or, ces interdictions existent déjà également et ne font que reprendre ce qui est déjà prévu dans l'interdiction de contact en tant que telle, qui englobe certes les contacts physiques mais aussi les contacts virtuels - de sorte que prévoir ces interdictions expressément ne peut que rendre plus complexe l'exécution de ses obligations par un justiciable. En outre, que faudra-t-il déduire de l'envoi d'un message électronique à la victime par une personne soumise à une interdiction de contact mais pas à l'interdiction prévue par cet article 11 ? Pour l'ensemble de ces raisons, prévoir à nouveau ces interdictions est contraire à l'intelligibilité de la loi.

Enfin, à l'article 1er la définition des contenus haineux devant être retirés est également très large. Les contenus devant être retirés peuvent ainsi aller des propos contrevenant à la lutte contre le harcèlement sexuel, contestant l'existence de crimes contre l'humanité tels que définis par l'article 6 du statut du tribunal militaire international annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945 ou niant, minimisant ou banalisant de façon outrancière les autres crimes contre l'humanité, en passant par les propos provoquant à la commission d'actes de terrorisme ou en faisant l'apologie, ainsi qu'à ceux correspondant à de la diffusion, fixation et enregistrement de clichés pédopornographiques ou comportant un caractère violent pornographique, pour aller jusqu'aux propos comportant une incitation à la haine, à la violence, à la discrimination ou une injure envers une personne ou un groupe de personnes à raison de l'origine, d'une prétendue race, de la religion, de l'ethnie, de la nationalité, du sexe, de l'orientation sexuelle, de l'identité de genre ou du handicap, vrais ou supposés. Cette diversité des contenus qualifiés de haineux rend la notion d'autant plus difficile à appréhender pour les plateformes qui seront encore plus tentées de les interpréter largement et sans discernement.

IV. *Violation du principe de nécessité des délits et des peines (Article 1^{er} et 12 de la loi)*

Il appartient au législateur, en vertu de l'article 34 de la Constitution, de fixer les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques et d'assurer à ce titre la conciliation entre ces libertés et d'autres exigences constitutionnelles liées notamment à la recherche des auteurs d'infractions (décision n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004 ; décision n° 2011-209 QPC du 17 janvier 2012).

Cette disposition constitutionnelle impose ainsi au législateur de définir suffisamment les éléments constitutifs d'une infraction (décision n° 2016-741 DC du 8 décembre 2016, *Loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*).

Or, dans les articles 1 et 12 de la loi cette condition de définition précise des éléments constitutifs d'une infraction n'est pas remplie. Ainsi, il est mentionné que « *le caractère intentionnel de l'infraction mentionnée (...) peut résulter de l'absence d'examen proportionné et nécessaire du contenu notifié* ». Cette mention pose question et interroge sur l'intentionnalité requise dès lors que pourra être considéré comme intentionnel le fait de ne pas avoir fait d'examen proportionné et nécessaire d'un contenu alors pourtant que ce même contenu est défini préalablement à l'article 4 comme « *susceptible* » de constituer une atteinte. L'on recherchera donc une intentionnalité par rapport à un propos dont l'atteinte qu'il serait susceptible de causer est seulement potentielle. En outre, le terme « *examen proportionné et nécessaire du contenu notifié* » est extrêmement flou et en décalage par rapport à la réalité de la mise en ligne des contenus.

V. **Violation de l'obligation constitutionnelle d'un contrôle direct et effectif de l'autorité judiciaire sur les atteintes aux libertés individuelles (article 2,3 et 4 de la loi)**

L'article 66 de la Constitution dispose que :

« L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi ».

Il appartient au législateur, en vertu de l'article 34 de la Constitution, de fixer les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques et d'assurer à ce titre la conciliation entre la liberté individuelle et d'autres exigences constitutionnelles (décision n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004 ; décision n° 2011-209 QPC du 17 janvier 2012).

Ce contrôle direct et effectif de l'autorité judiciaire sur les atteintes à la liberté individuelle, en l'espèce la liberté d'expression, n'est pas garanti par cette loi, dès lors que le contrôle relatif aux contenus haineux est désormais entre les mains du CSA et non de l'autorité judiciaire qui est reléguée au troisième plan. Le CSA se voit en effet doté de nouveaux pouvoirs de recommandation, de mise en demeure et de sanction. Par ailleurs, outre ces nouveaux pouvoirs « para-judiciaires », il est sommé de remplacer la CNIL dans les contentieux terroriste et pédopornographique.

L'autorité judiciaire est par ce biais démunie de ces moyens de contrôle direct et effectif sur les atteintes à la liberté individuelle, ne pouvant intervenir légalement qu'*a posteriori* dans des conditions d'ineffectivité privant son intervention de tout sens.

VI. **Incompétence négative (article 1^{er} ter B de la loi)**

Par deux décisions du 21 mars 2019, le Conseil constitutionnel a déduit pour la première fois des dixième et onzième alinéas du Préambule de la Constitution de 1946 l'existence d'une exigence de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant. Il a ainsi jugé que :

Aux termes de ces dispositions : "La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement. - Elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs".

Dans son dossier de juillet 2014, le Conseil constitutionnel rappelle les exigences en matière d'incompétence négative.

Il précise ainsi :

« La Constitution fixe, notamment en son [article 34](#), le domaine de la loi. Le Conseil constitutionnel est attentif à ce que le législateur ne reporte pas sur une autorité administrative, notamment le pouvoir réglementaire, ou sur une autorité juridictionnelle le soin de fixer des règles ou des principes dont la détermination n'a été confiée qu'à la loi. Pour ne pas se placer en situation d'incompétence négative, le législateur doit déterminer avec une précision suffisante les conditions dans lesquelles est mis en œuvre le principe ou la règle qu'il vient de poser. »

Dans une décision de 2006, le Conseil constitutionnel a considéré que :

la loi « doit en effet 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 ». (Cons. Constit. Déc. n° 2006-540 DC, 27 juillet 2006, Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, cons. 9)

Or aux termes de l'article 34 de la Constitution :

« La loi fixe les règles concernant : - les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ».

Il résulte de cette disposition que seule la loi peut définir les conditions dans lesquelles les citoyens peuvent jouir des libertés publiques. Parmi ces libertés figure l'exigence de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Or l'article 1^{er} ter B énonce que lorsqu'une association saisie par un mineur notifie un contenu :

« L'association conteste s'il y a lieu le défaut de retrait du contenu, sans préjudice du droit d'agir des représentants légaux du mineur concerné. Elle informe le mineur et, selon des modalités adaptées à l'intérêt supérieur de l'enfant, ses représentants légaux des suites données à sa demande. Elle assure la conservation des données transmises par le mineur nécessaires à l'action tendant à obtenir le retrait du contenu mentionné au premier alinéa du présent VI. »

En omettant de préciser ce qu'il faut entendre par l'expression « selon des modalités adaptées à l'intérêt supérieur de l'enfant », le législateur prive de garanties légales des exigences constitutionnelles.

L'utilisation de cette expression floue conduit nécessairement à abandonner une grande latitude au pouvoir réglementaire ou juridictionnel.

Pire encore, une telle terminologie ne permet pas de comprendre si, lorsque l'intérêt supérieur de l'enfant le commande, les associations pourront ne pas avertir les représentants légaux.

Compte tenu de sa rédaction et des carences légales qui en résultent, les dispositions litigieuses exposent indubitablement les personnes mineures à une incertitude autour de l'information qui sera donnée à leurs représentants légaux.

Or, le mécanisme mis en place pour les mineurs a précisément pour but d'aider les mineurs les plus vulnérables, et notamment les enfants LGBT qui n'ont pas informé leurs représentants légaux de leur orientation sexuelle. La loi ne garantit pas la protection de l'intérêt supérieur de ces enfants particulièrement vulnérables qui de ce chef se détourneront probablement du mécanisme de signalement instauré par la loi.

Pour l'ensemble de ces motifs, nous estimons que nombreuses dispositions de la proposition de loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet sont contraires à la Constitution.

Nous vous prions d'agréer, Monsieur le président, Mesdames et Messieurs les membres du Conseil constitutionnel, à l'assurance de notre haute considération.

|
|