



Commentaire

Décision n° 2016-611 QPC du 10 février 2017

M. David P.

(Délit de consultation habituelle de sites internet terroristes)

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 7 décembre 2016 par la Cour de cassation (arrêt n° 5797 du 29 novembre 2016) d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) posée par M. David P. relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de l'article 421-2-5-2 du code pénal.

Cet article réprime de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende le fait de consulter habituellement des sites internet terroristes.

I. – Les dispositions contestées

A. – Historique et objet des dispositions contestées

L'article 421-2-5-2 du code pénal a été créé par la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 et n'a pas été modifié depuis. Cet article incrimine pénalement la consultation habituelle de sites internet mettant à disposition des messages, images ou représentations provoquant directement à la commission d'actes de terrorisme ou faisant l'apologie de ces actes.

L'adoption d'une telle disposition est l'aboutissement d'un processus entamé en 2012.

1. – La création d'un délit de « *consultation à titre habituel de sites internet terroristes* »

a. – Le projet de loi renforçant la prévention et la répression du terrorisme déposé le 11 avril 2012

Déposé à l'Assemblée nationale le 11 avril 2012, le projet de loi renforçant la prévention et la répression du terrorisme insérait dans le code pénal un article 421-2-6 ayant pour objet la répression de la consultation habituelle de sites internet terroristes.

Cette disposition était ainsi rédigée :

« Est puni de deux ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende le fait de consulter de façon habituelle un service de communication au public en ligne mettant à disposition des messages, soit provoquant directement à des actes de terrorisme, soit faisant l'apologie de ces actes lorsque, à cette fin, ces messages comportent des images montrant la commission d'actes de terrorisme consistant en des atteintes volontaires à la vie.

« Le présent article n'est pas applicable lorsque la consultation résulte de l'exercice normal d'une profession ayant pour objet d'informer le public, intervient dans le cadre de recherches scientifiques ou est réalisée afin de servir de preuve en justice ».

L'étude d'impact de ce projet de loi indiquait que l'objectif de cette disposition était de combler une lacune de notre droit pénal, celle-ci résultant *« du fait que les personnes qui, sans aucun motif légitime, consultent de façon habituelle des sites internet qui provoquent aux actes de terrorisme ou en font l'apologie, ne commettent aucune infraction, alors même qu'un tel comportement dénote de la part de ces personnes un risque de basculement dans le terrorisme actif »*¹.

Saisi de ce projet de loi, le Conseil d'État avait, dans sa formation consultative, disjoint ces dispositions pour les motifs suivants :

« De telles dispositions, sans véritable précédent dans notre législation ni équivalent dans celles des autres États membres de l'Union européenne, permettraient d'appliquer des sanctions pénales, y compris privatives de liberté, à raison de la seule consultation de messages incitant au terrorisme, alors même que la personne concernée n'aurait commis ou tenté de commettre aucun acte pouvant laisser présumer qu'elle aurait cédé à cette incitation ou serait susceptible d'y céder. Le Conseil d'État a considéré que de telles dispositions portaient à la liberté de communication, dont une protection particulièrement rigoureuse est assurée tant par le Conseil constitutionnel que par la Cour européenne des droits de l'homme, une atteinte qui ne pouvait être regardée comme nécessaire, proportionnée et adaptée à l'objectif de lutte contre le terrorisme.

« La création de cette nouvelle incrimination n'aurait pas eu pour conséquence de donner aux magistrats et aux membres de la police judiciaire des moyens (...) [pour prévenir la] commission de graves atteintes aux personnes ou aux biens à la suite d'un processus d'"auto-radicalisation". D'ores et déjà, toute personne à l'encontre de laquelle il existe une raison quelconque de soupçonner, y compris en raison du contenu ou de l'objet de ses communications électroniques, qu'elle est susceptible de préparer un acte de terrorisme peut faire l'objet, dans le cadre d'une enquête préliminaire ou de

¹ Projet de loi renforçant la prévention et la répression du terrorisme, Étude d'impact, p. 19.

flagrance ou d'une information judiciaire, de mesures d'investigation permettant d'intercepter ou capter ces communications ou d'en reconstituer l'historique. La surveillance d'une telle personne peut, en outre, être organisée dans le cadre de la police administrative.

« Le Conseil d'État a par ailleurs relevé que notre législation comportait déjà plusieurs "infractions obstacle", au nombre desquelles, notamment, l'association de malfaiteurs terroriste prévue et réprimée par l'article 421-2-1 du code pénal, permettant de procéder à l'arrestation de personnes préparant la commission d'actes de terrorisme sans attendre que leur projet soit entré dans une phase d'exécution.

« Il a noté, enfin, que, cantonnée à la consultation de sites terroristes, l'incrimination ne faisait pas obstacle à la possibilité de prendre connaissance, autrement que par un service de communication en ligne, de messages provoquant au terrorisme ou faisant l'apologie de celui-ci.

« Il lui est apparu qu'en tout état de cause, l'incrimination n'était pas de nature à atteindre l'objectif recherché par le Gouvernement : empêcher la radicalisation susceptible de résulter de la réception de tels messages »².

Ne suivant pas l'avis du Conseil d'État sur ce point, le Gouvernement avait maintenu cette disposition dans le projet déposé au Parlement. Toutefois, compte tenu des échéances électorales intervenues peu après le dépôt de ce projet de loi, celui-ci n'a jamais été discuté devant le Parlement.

b. – La proposition de loi tendant à renforcer l'efficacité de la lutte antiterroriste

Le projet de création d'un délit de consultation habituelle des sites internet terroristes a été repris dans une proposition de loi « *tendant à renforcer l'efficacité de la lutte antiterroriste* » enregistrée au Sénat le 17 décembre 2015.

Dans une rédaction quasi-similaire à celle de 2012, la proposition de loi prévoyait que :

« Le fait de consulter habituellement un service de communication au public en ligne mettant à disposition des messages, images ou représentations soit provoquant directement à la commission d'actes de terrorisme, soit faisant l'apologie de ces actes lorsque, à cette fin, ce service comporte des images ou représentations montrant la commission de tels actes consistant en des atteintes volontaires à la vie est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende.

² Rapport d'activité du Conseil d'État 2013, La documentation française, pp. 202-203.

« Le présent article n'est pas applicable lorsque la consultation résulte de l'exercice normal d'une profession ayant pour objet d'informer le public, intervient dans le cadre de recherches scientifiques ou est réalisée afin de servir de preuve en justice ».

Le rapport du rapporteur en première lecture au Sénat indiquait : *« Serait constitutif du délit le fait de consulter habituellement un service de communication au public en ligne mettant à disposition des messages, images ou représentations constituant une provocation directe à la commission d'actes de terrorisme. S'agissant des sites faisant l'apologie de tels actes, le délit serait constitué uniquement dans le cas où la consultation habituelle concernerait des sites comportant des images ou représentations montrant la commission d'actes de terrorisme consistant en des atteintes volontaires à la vie. Cette définition est guidée par un souci de précision du champ de cette infraction pénale qui ne retient pas, au titre de l'apologie du terrorisme, les écrits dans la mesure où le caractère apologique d'un message ou d'un texte peut prêter à discussion. En revanche, la présence de vidéos ou d'images représentant des exactions ou des meurtres paraît, dans ce cadre, plus aisée à caractériser »³.*

La disposition a été adoptée par le Sénat le 2 février 2016, mais le texte n'a pas été ensuite inscrit à l'ordre du jour de l'Assemblée nationale.

c. – La loi du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale

Adopté en première lecture par l'Assemblée nationale le 3 février 2016, le projet de loi renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale ne comportait initialement pas de disposition tendant à incriminer la consultation de sites internet terroristes. Toutefois, lors de l'examen en séance de ce texte au Sénat en première lecture, un amendement reprenant le texte de la proposition de loi tendant à renforcer l'efficacité de la lutte antiterroriste a été adopté. Le texte différait sur un seul point de celui de la proposition de loi : le second alinéa était complété pour indiquer que l'incrimination n'est pas constituée lorsque la consultation est effectuée « de bonne foi ».

Lors de la discussion, le Gouvernement avait émis un avis défavorable contre cet amendement : *« La consultation de sites djihadistes est déjà l'un des critères*

³ Rapport n° 335 (2015-2016) de M. Mercier fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur la proposition de loi de M. Philippe Bas et plusieurs de ses collègues tendant à renforcer l'efficacité de la lutte antiterroriste, déposé le 27 janvier 2016, p. 42.

constitutifs d'une entreprise individuelle terroriste. Le droit en vigueur suffit donc pour atteindre les objectifs visés par les auteurs de l'amendement »⁴.

Le texte n'a ensuite plus été modifié, que ce soit par la commission mixte paritaire réunie à la suite de la première lecture ou lors de l'adoption de ce texte. Le rapporteur à l'Assemblée nationale indiquait toutefois lors des débats : « *Nous avons, en revanche, accepté la création de deux nouveaux délits, l'un d'entrave au blocage des sites faisant l'apologie du terrorisme, et l'autre de consultation habituelle de tels sites, même si je continue d'émettre des réserves sur la constitutionnalité de ce dernier. La jurisprudence tranchera sans doute rapidement ce point »*.⁵

2. – L'inscription du délit de « consultation à titre habituel de sites internet terroristes » dans le droit pénal spécial

* Le délit créé par l'article 421-2-5-2 du code pénal est inspiré⁶ du délit de consultation habituelle de sites internet pédopornographiques prévu par le cinquième alinéa de l'article 227-23 du même code, lequel punit « *le fait, en vue de sa diffusion, de fixer, d'enregistrer ou de transmettre l'image ou la représentation d'un mineur lorsque cette image ou cette représentation présente un caractère pornographique* » ainsi que « *le fait d'offrir, de rendre disponible ou de diffuser une telle image ou représentation, par quelque moyen que ce soit, de l'importer ou de l'exporter, de la faire importer ou de la faire exporter* » et « *le fait de consulter habituellement (...) un service de communication au public en ligne mettant à disposition une telle image ou représentation, d'acquérir ou de détenir une telle image ou représentation par quelque moyen que ce soit* ».

Le délit créé par les dispositions contestées dans la présente QPC comporte donc des éléments constitutifs similaires au délit de consultation de sites internet pédopornographique comme le caractère « habituel » de la consultation.

En revanche, il s'en distingue non seulement par les caractéristiques des comportements illicites visés, mais aussi en ce qu'il prévoit expressément des hypothèses dans lesquelles la consultation n'est pas sanctionnée pénalement : en cas de bonne foi ou lorsque la consultation résulte de l'exercice normal d'une profession ayant pour objet d'informer le public, intervient dans le cadre de recherches scientifiques ou est réalisée afin de servir de preuve en justice.

Par ailleurs, le délit créé s'ajoute à de nombreuses infractions tendant à éviter, en amont, la commission d'actes de terrorisme.

Le code pénal réprime ainsi l'association de malfaiteur terroriste dans son article 421-2-1 : « *Constitue également un acte de terrorisme le fait de participer à un*

⁴ Intervention de M. J.-J. Urvoas, garde des sceaux., *JO Sénat*, séance du 30 mars 2016, p. 4955

⁵ Intervention de Pascal Popelin, *JOAN*, séance du 19 mai 2016, p. 3492.

⁶ Rapport n° 335 (2015-2016) précité, p. 42.

groupement formé ou à une entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un des actes de terrorisme mentionnés aux articles précédents ». Il réprime également dans son article 421-2-4 : « *Le fait d'adresser à une personne des offres ou des promesses, de lui proposer des dons, présents ou avantages quelconques, de la menacer ou d'exercer sur elle des pressions afin qu'elle participe à un groupement ou une entente prévu à l'article 421-2-1 ou qu'elle commette un des actes de terrorisme mentionnés aux articles 421-1 et 421-2* » et dans son article 421-2-5 : « *Le fait de provoquer directement à des actes de terrorisme ou de faire publiquement l'apologie de ces actes est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende* ».

Le législateur a également réprimé l'« entreprise individuelle de terrorisme », laquelle est définie comme le fait de préparer la commission d'un acte de terrorisme « *dès lors que la préparation de ladite infraction est intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur et qu'elle est caractérisée par : / 1° Le fait de détenir, de rechercher, de se procurer ou de fabriquer des objets ou des substances de nature à créer un danger pour autrui ; / 2° Et l'un des autres faits matériels suivants : / a) Recueillir des renseignements sur des lieux ou des personnes permettant de mener une action dans ces lieux ou de porter atteinte à ces personnes ou exercer une surveillance sur ces lieux ou ces personnes ; / b) S'entraîner ou se former au maniement des armes ou à toute forme de combat, à la fabrication ou à l'utilisation de substances explosives, incendiaires, nucléaires, radiologiques, biologiques ou chimiques ou au pilotage d'aéronefs ou à la conduite de navires ; / c) **Consulter habituellement un ou plusieurs services de communication au public en ligne ou détenir des documents provoquant directement à la commission d'actes de terrorisme ou en faisant l'apologie ; d) Avoir séjourné à l'étranger sur un théâtre d'opérations de groupements terroristes** ». Concernant cette dernière infraction, un auteur a écrit : « *Désormais, le "loup solitaire" tombe sous le coup de la loi pénale dès le stade de ses préparatifs* »⁷.*

Il convient toutefois de relever que, contrairement à d'autres infractions en matière de terrorisme, le délit de consultation habituelle ne permet pas la mise en œuvre des dispositions dérogatoires prévues en matière de garde à vue et de perquisition par l'article 706-88 du code de procédure pénale.

* Dans son avis précité, le Conseil d'État indiquait que l'incrimination de consultation habituelle de sites internet terroristes n'avait pas d'équivalent dans les autres pays de l'Union européenne.

Il semble que la situation n'a pas évolué depuis.

⁷ Philippe Ségur, « Le terrorisme et les libertés sur l'internet », *AJDA* 2015, p. 160.

La législation espagnole prévoit certes depuis 2015 une disposition punissant de deux à cinq ans de prison toute personne qui, dans le but de se préparer à commettre un acte terroriste, s'adonne à la consultation habituelle de services de communication accessibles au public en ligne ou de contenus accessibles par l'internet ou d'un service de communications électroniques, dont le contenu vise ou a pour effet de favoriser l'adhésion à une organisation terroriste ou la collaboration avec une de ces organisations ou la poursuite de ses finalités⁸.

Toutefois, cette infraction n'est pas comparable avec les dispositions examinées puisque le dispositif espagnol retient, comme élément constitutif de l'infraction, l'intention terroriste de la personne qui s'adonne à la consultation habituelle des sites internet en cause.

B. – Origine de la QPC et question posée

M. David P. était poursuivi devant le tribunal correctionnel pour avoir méconnu les obligations de son assignation à résidence et pour avoir commis les faits de consultation habituelle d'un site internet mettant à disposition des messages, images ou représentations provoquant à la commission d'actes de terrorisme ou en faisant l'apologie prévus et réprimés par l'article 421-2-5-2 du code pénal.

Il a soulevé devant ce tribunal une QPC, portant sur cet article, ainsi rédigée :

« L'article 421-2-5-2 du code pénal, lequel incrimine la consultation habituelle d'un service de communication au public en ligne mettant à disposition des messages, images ou représentations soit provoquant directement à la commission d'actes de terrorisme, soit faisant l'apologie de ces actes lorsque, à cette fin, ce service comporte des images ou représentations montrant la commission de tels actes consistant en des atteintes volontaires à la vie est-il contraire aux articles 1er, 5, 6, 8, 9, 10 et 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, 34 de la Constitution et aux principes de légalité des délits et des peines, de clarté et de précision de la loi, de prévisibilité juridique et de sécurité juridique, d'accès à l'information, de liberté de communication et d'opinion, de nécessité des peines, d'égalité des citoyens devant la Loi et de la présomption d'innocence :

- en ce qu'il incrimine et punit la consultation habituelle sans définir les critères permettant de qualifier une consultation d'habituelle, prévoit une exception de bonne foi sans en définir les contours et n'apporte aucune définition de la notion de terrorisme,

-en ce qu'il atteint à la liberté de communication et d'opinion de tout citoyen en punissant d'une peine privative de liberté la seule consultation de messages incitant au terrorisme, alors même que la personne concernée n'aurait commis

⁸ Alinéa 2 de l'article 575 du code pénal espagnol.

ou tenté de commettre aucun acte pouvant laisser présumer qu'elle aurait cédé à cette incitation ou serait susceptible d'y céder,

- en ce qu'il crée une rupture d'égalité entre les personnes ayant accès à des tels messages, images ou représentations par un service de communication en ligne et celles y ayant accès par d'autres moyens et supports qu'un service de communication en ligne,

- en ce qu'il crée une rupture d'égalité entre les citoyens souhaitant bénéficier d'un accès à de tels services et ceux dits "de bonne foi" ou autorisés expressément par la Loi,

- en ce qu'il punit de deux années d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende la seule consultation, même habituelle, d'un service de communication en ligne,

- en ce qu'il institue une présomption de mauvaise foi déduite de la seule consultation de ces services de communication en ligne ? ».

Par jugement du 14 septembre 2016, le tribunal correctionnel a transmis cette QPC à la Cour de cassation.

Par la décision précitée du 29 novembre 2016, la Cour de cassation a renvoyé la QPC au Conseil constitutionnel, jugeant celle-ci sérieuse pour les motifs suivants :

« Qu'en effet, d'une part, la disposition contestée incrimine la seule consultation habituelle de contenus, provoquant à la commission d'actes de terrorisme ou en faisant l'apologie, qui montrent la commission de tels actes consistant en des atteintes volontaires à la vie, de sorte qu'il apparaît utile que le Conseil constitutionnel se prononce sur la nécessité et la proportionnalité de cette atteinte au principe de la liberté de communication ;

« Que, d'autre part, si trois des exemptions prévues par le texte, à savoir que la consultation est faite dans le cadre de l'exercice d'une profession ayant pour objet d'informer le public, qu'elle intervient dans le cadre de recherches scientifiques ou qu'elle est réalisée afin de servir de preuve en justice, sont précisément définies, il pourrait n'en être pas de même de la première exemption prévue, relative à la consultation habituelle de bonne foi ».

II. – L'examen de la constitutionnalité des dispositions contestées

Le requérant développait plusieurs griefs de constitutionnalité à l'encontre de la disposition contestée. Ainsi, il soutenait que la disposition contestée méconnaissait la liberté de communication, le principe de légalité des délits et des peines, celui d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, le principe d'égalité,

le principe de proportionnalité et enfin le principe de la présomption d'innocence.

Appliquant le principe de l'économie des moyens, le Conseil constitutionnel a uniquement statué sur le grief tiré de l'atteinte à la liberté de communication, lequel justifiait la censure de la disposition contestée.

A. – La jurisprudence constitutionnelle relative à la liberté d'expression et de communication

La protection constitutionnelle des libertés d'expression et de communication se fonde sur 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.* » Le Conseil constitutionnel ajoute qu'il s'agit là d'une liberté fondamentale « *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* » et « *que les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi* »⁹.

La liberté de communication relève *a priori* « *d'avantage de "la liberté de diffuser et de la liberté de recevoir des idées" (...). Tandis que la liberté d'expression est une "liberté d'émettre" de telles idées* »¹⁰.

La jurisprudence du Conseil constitutionnel est abondante en la matière. Elle a toutefois principalement consisté à contrôler, en matière de médias, les dispositions législatives assurant la régulation globale de la presse ou de l'audiovisuel (n^{os} 82-141 DC du 27 juillet 1982¹¹, 84-181 DC du 11 octobre 1984¹², 86-217 DC du 18 septembre 1986¹³, 2009-577 DC du 3 mars 2009¹⁴ et 2009-580 DC du 10 juin 2009¹⁵).

Comme il l'a rappelé dans sa décision *HADOPI I* (n^o 2009-580 DC du 10 juin 2009), le Conseil constitutionnel subordonne la conformité à la Constitution des atteintes portées à cette liberté à une triple condition de nécessité, d'adaptation

⁹ Décision n^o 2009-580 DC du 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, cons. 15.

¹⁰ Dominique Rousseau, Pierre-Yves Gahdoun et Julien Bonnet, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, LGDJ, coll. « Domat Droit public », 2016, § 725, p. 644.

¹¹ Décision n^o 82-141 DC du 27 juillet 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle*.

¹² Décision n^o 84-181 DC du 11 octobre 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*.

¹³ Décision n^o 86-217 DC du 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication*.

¹⁴ Décision n^o 2009-577 DC du 3 mars 2009, *Loi relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision*.

¹⁵ Décision n^o 2009-580 DC du 10 juin 2009 précitée.

et de proportion à l'objectif poursuivi, objectif qui doit relever d'une autre règle ou principe de valeur constitutionnelle.

Dans cette même décision, le Conseil constitutionnel a reconnu l'importance des services de communication au public en ligne pour l'exercice de cette liberté. Ainsi, il a jugé : « *qu'en l'état actuel des moyens de communication et eu égard au développement généralisé des services de communication au public en ligne ainsi qu'à l'importance prise par ces services pour la participation à la vie démocratique et l'expression des idées et des opinions, ce droit implique la liberté d'accéder à ces services* » (cons. 12).

En matière de restriction de l'accès à internet, le Conseil constitutionnel a censuré, dans sa décision précitée du 10 juin 2009, un dispositif de coupure administrative de l'accès à internet de toute personne, notamment depuis son domicile, en cas d'usage de l'accès à internet non respectueux de la propriété intellectuelle¹⁶. Dans sa décision sur la loi *LOPPSI* du 10 mars 2011, il a en revanche contrôlé et, compte tenu des garanties encadrant ce dispositif, validé des dispositions qui confèrent à l'autorité administrative le pouvoir de restreindre, pour la protection des utilisateurs d'internet, l'accès à des services diffusant des images de pornographie infantile¹⁷.

Le Conseil a également jugé qu'en réprimant la contestation de l'existence et de la qualification juridique de crimes qu'elle aurait elle-même reconnus et qualifiés, la loi portait une atteinte inconstitutionnelle à l'exercice de la liberté d'expression et de communication¹⁸.

De la même manière, dans sa décision n° 2016-745 DC, il a récemment censuré un délit réprimant la négation, la minoration ou la banalisation de tout crime contre l'humanité, crime de réduction en esclavage ou d'exploitation d'une personne réduite en esclavage ou d'un crime de guerre, lorsque cette négation, minoration ou banalisation constitue une incitation à la violence ou à la haine à l'égard d'un groupe de personnes ou d'un membre d'un tel groupe défini par référence à la prétendue race, la couleur, la religion, l'ascendance ou l'origine nationale. Ce délit était par ailleurs constitué y compris si le crime n'avait pas donné lieu à une condamnation prononcée par une juridiction française ou internationale.

Le Conseil constitutionnel a alors suivi un raisonnement en trois temps. D'une part, il a jugé que les faits de négation incriminés ne constituaient pas, par principe, une incitation à la haine ou à la violence à caractère raciste ou

¹⁶ Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009 précitée, cons. 16.

¹⁷ ⁴⁷ Décision n° 2011-625 DC du 10 mars 2011, *Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure*, cons. 5 à 8.

¹⁸ Décision n° 2012-647 DC du 28 février 2012, *Loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi*.

religieux. D'autre part, il a relevé que les dispositions en cause n'étaient pas nécessaires à la répression des incitations à la haine ou à la violence dès lors que des dispositions pénales en vigueur réprimaient déjà ces comportements. Enfin, il a considéré que, dans la mesure où le seul effet des dispositions contestées est d'imposer au juge 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* » de sorte que « *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* ». Il a conclu de ces trois éléments l'existence d'une atteinte inconstitutionnelle à la liberté d'expression¹⁹.

En revanche, le Conseil constitutionnel a admis la constitutionnalité du délit de négationnisme prévu par l'article 24 *bis* de la loi du 29 juillet 1881.

Après avoir relevé que les propos incriminés « *constituent en eux-mêmes une incitation au racisme et à l'antisémitisme* », que l'incrimination pénale visait « *à lutter contre certaines manifestations particulièrement graves d'antisémitisme et de haine raciale* », que « *seule la négation, implicite ou explicite, ou la minoration outrancière de ces crimes est prohibée et que les dispositions contestées n'ont ni pour objet ni pour effet d'interdire les débats historiques* », le Conseil constitutionnel a conclu que l'atteinte à l'exercice de la liberté d'expression qui en résulte est nécessaire, adaptée et proportionnée à l'objectif poursuivi par le législateur²⁰. Les dispositions contestées réprimaient en l'espèce la négation de faits qualifiés de crime contre l'humanité par une décision d'une juridiction française ou internationale reconnue par la France.

B. – L'application à l'espèce

* L'atteinte à la liberté de communication résultant des dispositions contestées pouvait être décomposée en deux atteintes : une atteinte spécifique liée à l'impossibilité de consulter les services de communication en ligne en question, une atteinte générale à la possibilité de chercher des informations sur internet en raison du risque encouru en cas de connexion aux sites incriminés. Autant l'ampleur de la première était limitée, autant celle de la seconde était plus large.

¹⁹ Décision n° 2016-745 DC du 26 janvier 2017, *Loi relative à l'égalité et à la citoyenneté*, paragr. 191 et s.

²⁰ Décision n° 2015-512 QPC du 8 janvier 2016, *M. Vincent R. (Délit de contestation de l'existence de certains crimes contre l'humanité)*, cons. 5 à 8.

Il appartenait au Conseil constitutionnel de déterminer si, au regard de ces deux atteintes, la disposition contestée présentait un caractère nécessaire, adapté et proportionné.

* L'objectif poursuivi par le législateur en édictant la disposition contestée était de prévenir la commission d'actes de terrorisme. Il s'agissait d'intervenir très en amont en prévenant d'éventuels comportements pouvant conduire à une radicalisation et, éventuellement, à une volonté terroriste.

Aussi, pour apprécier la nécessité de l'atteinte à la liberté de communication résultant des dispositions contestées, le Conseil constitutionnel a examiné quels étaient les moyens dont disposaient déjà les magistrats et les services de police pour surveiller les personnes se livrant à de telles consultations et prévenir des passages à l'acte terroriste.

Le Conseil constitutionnel a tout d'abord relevé que « *la législation comprend un ensemble d'infractions pénales autres que celle prévue par l'article 421-2-5-2 du code pénal et de dispositions procédurales pénales spécifiques ayant pour objet de prévenir la commission d'actes de terrorisme* » (paragr. 7).

À ce titre, le Conseil constitutionnel a noté que la législation pénale réprime l'association de malfaiteurs en vue de la commission d'actes de terrorisme, soit le fait de participer à un groupement formé ou à une entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un acte de terrorisme, l'incitation à commettre de tels actes, soit le fait d'adresser à une personne des offres ou des promesses, de lui proposer des dons, présents ou avantages quelconques, de la menacer ou d'exercer sur elle des pressions afin qu'elle participe à un groupement ou une entente terroriste ou qu'elle commette un acte de terrorisme, ou encore la provocation à la commission d'actes de terrorisme ou l'apologie de tels actes (paragr. 8).

Par ailleurs, comme évoqué précédemment, le législateur a également incriminé l'« entreprise individuelle de terrorisme », laquelle réprime notamment le fait de préparer la commission d'un acte de terrorisme dès lors que cette préparation est intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur et qu'elle est caractérisée par le fait de détenir, de rechercher, de se procurer ou de fabriquer des objets ou des substances de nature à créer un danger pour autrui ainsi que par d'autres agissements tels que la consultation habituelle d'un ou de plusieurs services de communication au public en ligne provoquant directement à la commission d'actes de terrorisme ou en faisant l'apologie (même paragr.).

En matière procédurale, le Conseil constitutionnel a relevé que, dans le cadre des procédures d'enquêtes relatives aux infractions précitées, « *les magistrats et enquêteurs disposent de pouvoirs étendus pour procéder à des mesures*

d'interception de correspondances émises par voie de communication électronique, de recueil des données techniques de connexion, de sonorisation, de fixation d'images et de captation de données informatiques ». Par ailleurs, il existe des dispositions procédurales spécifiques en matière de garde à vue et de perquisitions (paragr. 9).

Outre ces outils pénaux, le législateur a fortement, au cours des dernières années, accru les pouvoirs des autorités administratives afin de prévenir la commission d'actes de terrorisme.

Le Conseil constitutionnel a noté, à ce titre, qu'« *en application du 4° de l'article L. 811-3 du code de la sécurité intérieure, les services spécialisés de renseignement peuvent recourir aux techniques mentionnées au titre V du livre VIII de ce même code pour le recueil des renseignements relatifs à la prévention du terrorisme. Ces services peuvent accéder à des données de connexion, procéder à des interceptions de sécurité, sonoriser des lieux et véhicules et capter des images et données informatiques* » (paragr. 11).

Par ailleurs, le législateur a également prévu des dispositions spécifiques afin d'empêcher l'accès à des sites internet provoquant au terrorisme. Ainsi « *lorsque les nécessités de la lutte contre la provocation à des actes terroristes ou l'apologie de tels actes relevant de l'article 421-2-5 du code pénal le justifient, l'autorité administrative peut demander à tout éditeur ou hébergeur d'un service de communication au public en ligne de retirer les contenus qui contreviennent à cet article* ». Par ailleurs, « *selon l'article 706-23 du code de procédure pénale, l'arrêt d'un service de communication au public en ligne peut également être prononcé par le juge des référés pour les faits prévus à l'article 421-2-5 du code pénal lorsqu'ils constituent un trouble manifestement illicite* » et enfin « *l'article 421-2-5-1 du même code réprime le fait d'extraire, de reproduire et de transmettre intentionnellement des données faisant l'apologie publique d'actes de terrorisme ou provoquant directement à ces actes afin d'entraver, en connaissance de cause, l'efficacité des procédures précitées* » (paragr. 12).

Compte tenu de ces éléments, le Conseil constitutionnel a estimé qu'« *au regard de l'exigence de nécessité de l'atteinte portée à la liberté de communication, les autorités administrative et judiciaire disposent, indépendamment de l'article contesté, de nombreuses prérogatives, non seulement pour contrôler les services de communication au public en ligne provoquant au terrorisme ou en faisant l'apologie et réprimer leurs auteurs, mais aussi pour surveiller une personne consultant ces services et pour l'interpeller et la sanctionner lorsque cette consultation s'accompagne d'un comportement révélant une intention terroriste, avant même que ce projet soit entré dans sa phase d'exécution* » (paragr. 13).

La portée de l'incrimination en cause avait déjà été contestée par la doctrine. Ainsi, selon Cédric Ribeyre, « *Calquée sur le délit prévu par l'article 227-23 du*

Code pénal en matière de consultation habituelle de sites pédopornographiques, l'extension de la répression n'était sans doute pas nécessaire, la consultation de sites djihadistes constituant déjà l'un des critères constitutifs d'une entreprise individuelle terroriste. C'est la logique d'une "tolérance zéro" très en amont de toute radicalisation qui préside finalement à cette extension, sans s'interroger sur l'ineffectivité de cet affichage »²¹.

C'est également en ce sens qu'était l'avis du Conseil d'État précité, qui estimait que la création de ce nouveau délit ne conférerait pas de nouveaux moyens aux magistrats et aux policiers pour prévenir la commission de graves atteintes aux personnes ou aux biens à la suite d'un processus d'« *auto-radicalisation* ».

Comme cela été indiqué précédemment, lors des débats ayant procédé à l'adoption de cette disposition, le garde des sceaux avait également relevé l'inutilité de cette disposition.

* Le Conseil constitutionnel a ensuite examiné la gravité de l'atteinte portée à la liberté de communication par les dispositions contestées.

Il a d'abord relevé que « *les dispositions contestées n'imposent pas que l'auteur de la consultation habituelle des services de communication au public en ligne concernés ait la volonté de commettre des actes terroristes ni même la preuve que cette consultation s'accompagne d'une manifestation de l'adhésion à l'idéologie exprimée sur ces services. Ces dispositions répriment donc d'une peine de deux ans d'emprisonnement le simple fait de consulter à plusieurs reprises un service de communication au public en ligne, quelle que soit l'intention de l'auteur de la consultation, dès lors que cette consultation ne résulte pas de l'exercice normal d'une profession ayant pour objet d'informer le public, qu'elle n'intervient pas dans le cadre de recherches scientifiques ou qu'elle n'est pas réalisée afin de servir de preuve en justice* » (paragr. 14).

Le caractère extrêmement « préventif » et « intrusif » de l'infraction en cause avait déjà été constaté. Selon Olivier Décima « *l'incrimination atteint la liberté de pensée elle-même, alors qu'elle n'est soutenue par aucune expression publique (l'auteur ne publie rien) ou aucun autre acte matériel, fût-il vaguement dangereux (l'auteur ne prépare pas d'autres infractions). L'incrimination est donc extrêmement préventive et la réalisation d'un résultat terroriste très incertaine, in fine* ». Pour cet auteur, « *l'efficacité de cette politique législative et pénale est douteuse. La provocation semble souvent présente sur les réseaux*

²¹ Cédric Ribeyre, « Loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale - Et maintenant ? », *Droit pénal*, sept. 2016.

sociaux et les plateformes de diffusion vidéo, dont la consultation est logiquement ignorée par la loi »²².

* Cette atteinte à la liberté de communication était renforcée en l'espèce par l'exigence que la consultation ne soit pas réalisée de « bonne foi ». Cette précision a été ajoutée alors que le texte prévoyait déjà, dans son second alinéa, plusieurs hypothèses dans lesquelles la consultation de sites terroristes est autorisée. Elle s'en distinguait donc et il convenait de lui donner une portée autonome : toute personne ayant consulté un site de « bonne foi » ne commettait pas le délit en cause.

Le sens qu'il convenait d'attribuer à cette cause d'exemption était, en l'espèce, difficile à déterminer. Le Gouvernement évoquait dans ses observations « *l'enseignant qui consulte pour prendre conscience du niveau de la menace sur son lieu de travail, le parent qui vérifie si son enfant n'est pas sur la voie de la radicalisation, l'écrivain qui souhaite traiter du sujet, l'éducateur spécialisé qui s'informe sur les risques et l'ampleur de la menace de radicalisation (...)* ».

Mais, qu'en était-il du citoyen souhaitant uniquement s'informer de la réalité des atrocités commises par les mouvements terroristes ? D'une personne manifestant une forte curiosité pour ces sites internet mais sans attirance pour le message qu'ils véhiculent ?

Cette notion a suscité l'interrogation de certains commentateurs : « *L'observateur s'interroge inévitablement sur la notion de bonne foi en la matière, ainsi que sur les dérives qu'elle pourrait autoriser. (...) si la bonne foi se différencie du dol général, ce que sa mention distincte à l'alinéa 2 pourrait logiquement laisser entendre, alors il appartiendra au juge de désigner l'internaute illégitime, dont la mauvaise foi répondrait à des critères que l'on craint d'évoquer dès lors que, par hypothèse, ils devraient être distincts de la préparation d'un acte terroriste (sauf à admettre la vacuité ou la subsidiarité de la nouvelle incrimination). Comme rappelé ci-dessus, la consultation de tels sites est en effet incriminée distinctement à l'article 421-2-6 du code pénal, lorsqu'elle constitue un élément de "l'entreprise individuelle terroriste". Aussi, la nouvelle incrimination permettrait-elle une répression très anticipée de la seule radicalisation, détachée de tout acte préparatoire ou, plus modestement, de toute exigence relative aux "objets ou des substances de nature à créer un danger pour autrui". Au-delà de l'atteinte à la liberté de pensée, au-delà de la dénaturation croissante du droit pénal au profit d'une logique administrative et préventive, le risque d'arbitraire est par conséquent sérieux »²³.*

²² Olivier Décima, « Terreur et métamorphose, À propos de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 sur la lutte contre le terrorisme », *D.* 2016.

²³ Olivier Décima, article précité, p. 1826.

Si la « bonne foi » est une notion classiquement utilisée dans le domaine juridique, sa portée était en l'espèce particulièrement floue.

Le Conseil constitutionnel a donc considéré que « *Si le législateur a exclu la pénalisation de la consultation effectuée de "bonne foi", les travaux parlementaires ne permettent pas de déterminer la portée que le législateur a entendu attribuer à cette exemption alors même que l'incrimination instituée, ainsi qu'il vient d'être rappelé, ne requiert pas que l'auteur des faits soit animé d'une intention terroriste. Dès lors, les dispositions contestées font peser une incertitude sur la licéité de la consultation de certains services de communication au public en ligne et, en conséquence, de l'usage d'internet pour rechercher des informations* » (paragr. 15).

Il en a conclu qu'« *il résulte de tout ce qui précède que les dispositions contestées portent une atteinte à l'exercice de la liberté de communication qui n'est pas nécessaire, adaptée et proportionnée. L'article 421-2-5-2 du code pénal doit donc, sans qu'il soit besoin de statuer sur les autres griefs, être déclaré contraire à la Constitution* » (paragr. 16).

Comme il le fait traditionnellement s'agissant de dispositions prévoyant une infraction pénale, le Conseil constitutionnel a prononcé une censure à effet immédiat, la déclaration d'inconstitutionnalité prenant effet « *à compter de la date de publication de la présente décision* » (paragr. 18).

Cette censure est applicable à toutes les affaires non jugées définitivement à cette date.