

OBSERVATIONS DU GOUVERNEMENT
sur la loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet

Le Conseil constitutionnel a été saisi d'un recours de plus de soixante sénateurs contre la loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet. Ce recours, qui critique principalement les articles 1^{er}, 4, 5, 7 et 8 de la loi, appelle, de la part du Gouvernement, les observations suivantes.

1. Sur le grief tiré de la méconnaissance de l'exigence de transposition des directives

1.1. Les sénateurs auteurs de la saisine soutiennent que certaines dispositions de la loi déférée ne sont pas conformes à l'article 88-1 de la Constitution, en ce qu'elles seraient manifestement incompatibles avec les dispositions de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, dite « directive sur le commerce électronique ».

Ce grief est dirigé contre les dispositions suivantes de la loi déférée :

- le I de son article 1^{er}, qui modifie l'article 6-1 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique en vue de soumettre les éditeurs de services de communication en ligne et les hébergeurs de sites internet à l'obligation de retirer en une heure, sur notification de l'autorité administrative, des contenus à caractère terroriste ou pédopornographique ;
- le II de l'article 1^{er}, qui insère dans la même loi un article 6-2, mettant à la charge des opérateurs de plateforme en ligne l'obligation de retirer ou déréférencer dans un délai de vingt-quatre heures suivant la notification d'un internaute des contenus contrevenant manifestement à certaines dispositions pénales réprimant des atteintes à la dignité humaine ;
- ses articles 4 et 5, qui insèrent dans la même loi un article 6-3 qui assigne aux opérateurs de plateforme en ligne un ensemble d'obligations de nature à prévenir ou faire cesser la diffusion ou le référencement par des moteurs de recherche des mêmes contenus illicites ;
- son article 7, qui confère au Conseil supérieur de l'audiovisuel un pouvoir de contrôle du respect des obligations assignées aux opérateurs de plateforme en ligne et de sanction des manquements à ces obligations.

Il est principalement soutenu que ces mesures méconnaissent l'article 3 de la directive en ce qu'elles restreindraient la libre circulation des services de la société de l'information, sans répondre aux conditions de procédure et de fond permettant à un Etat membre d'y déroger, et en ce qu'elles auraient pour effet de créer un régime de responsabilité

des prestataires de services de la société de l'information et de mettre à leur charge une obligation générale de surveillance contraires aux articles 14 et 15 de la directive.

1.2. Toutefois, ce premier grief n'est pas opérant.

1.2.1. Il résulte d'une jurisprudence constante¹ que, devant statuer avant la promulgation de la loi dans le délai d'un mois prévu par l'article 61 de la Constitution, le Conseil constitutionnel n'admet de déclarer non-conforme à l'article 88-1 de la Constitution, dont il résulte une exigence de transposition en droit interne des directives de l'Union européenne, qu'une disposition législative manifestement incompatible avec la directive qu'elle a pour objet de transposer, le contrôle de compatibilité de la loi au regard des engagements européens de la France relevant pour le reste, en tout état de cause, des juridictions administratives et judiciaires compétentes, auxquelles il appartient, le cas échéant, de saisir la Cour de justice de l'Union européenne à titre préjudiciel. Un grief tiré de ce qu'une disposition législative serait manifestement incompatible avec une directive ne peut donc être utilement soulevé qu'à l'encontre d'une disposition d'une loi qui a pour objet de transposer cette directive².

Il a été précisé, dans les commentaires aux cahiers de la décision n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, que l'identification d'une loi de transposition repose, en l'absence d'indication donnée par le législateur qu'il entend transposer une directive, sur la comparaison du texte de la directive avec le texte de la loi déferée et sur un faisceau d'indices tels que les travaux préparatoires à l'adoption de la loi déferée et d'éventuelles décisions juridictionnelles.

1.2.2. En l'espèce, ni la loi déferée dans son ensemble, ni en tout état de cause ses articles 1^{er}, 4, 5 et 7, seuls contestés par les sénateurs requérants sur ce point, ne peuvent être regardés comme ayant pour objet de transposer la directive sur le commerce électronique.

En premier lieu, cette directive a été entièrement transposée en droit interne par la loi pour la confiance dans l'économie numérique et l'on ne saurait tirer argument de ce que la loi déferée modifie cette dernière.

D'une part, ces modifications consistent, pour l'essentiel, à aménager les dispositions de l'article 6-1, qui n'a pas été créé par la loi du 21 juin 2004 mais est issu de la loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, qui a complété et renforcé un dispositif introduit pour les contenus pédopornographiques par la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, et à insérer dans la loi pour la confiance dans l'économie numérique de nouveaux articles 6-2 à 6-4.

D'autre part, si les articles 6 et 17 de la loi déferée apportent deux modifications ponctuelles aux dispositions de l'article 6 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique, qui a eu pour objet la transposition de la directive, le premier de ces articles concerne les sanctions pénales encourues par les prestataires, qui ne sont pas régies par la directive, ainsi que le confirment ses considérants 8, 26 et 54, et le second se borne à reprendre dans la loi, sans rien ajouter au droit positif compte tenu de l'article 62 de la Constitution, la réserve d'interprétation formulée par la décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004 (cons. 9),

¹ Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, cons. 20 ; décision n° 2018-765 DC du 12 juin 2018, cons. 2 et 3.

² Décision n° 2006-535 DC du 30 mars 2006, cons. 28 ; décision n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, cons. 31.

énonçant que la responsabilité civile et pénale des hébergeurs n'ayant pas retiré une information dénoncée comme illicite par un tiers ne peut être encourue si cette information ne présente pas « manifestement » un tel caractère.

En second lieu, la circonstance que la loi déferée s'applique à des services de la société de l'information et à des personnes qui fournissent ces services, entrant dans le champ d'application matériel et personnel de la directive, ne suffit pas à la faire regarder comme une loi de transposition.

D'une part, ni le texte de la loi déferée, ni ses travaux préparatoires n'indiquent qu'elle aurait eu pour objet de transposer la directive 2000/31/CE.

D'autre part, la directive sur le commerce électronique ne peut en aucune façon être regardée comme une directive d'harmonisation exhaustive, qui aurait couvert l'intégralité du champ des services de l'information.

Il résulte en effet de l'intitulé même de la directive 2000/31/CE que celle-ci est appelée à régir « *certain aspects juridiques de la société de l'information* ». Ses considérants liminaires³ et son article 1^{er}, qui en définit le champ d'application, énoncent ainsi que la directive constitue un instrument de rapprochement des dispositions nationales applicables aux services de la société de l'information sur quelques aspects limitativement énumérés, qui concernent le marché intérieur, l'établissement des prestataires, les communications commerciales, les contrats par voie électronique, la responsabilité des intermédiaires, les codes de conduite, le règlement extrajudiciaire des litiges, les recours juridictionnels et la coopération entre Etats membres.

S'agissant plus particulièrement des contenus illicites diffusés sur internet, la directive rappelle elle-même qu'elle n'affecte pas la possibilité, pour les Etats membres, d'exiger d'un prestataire « *qu'il mette un terme à une violation ou qu'il prévienne une violation* », ni « *d'instaurer des procédures régissant le retrait d'informations illicites ou les actions pour en rendre l'accès impossible* »⁴. A cet égard, la circonstance qu'un règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la prévention de la diffusion de contenus à caractère terroriste en ligne soit en cours d'adoption confirme que la directive sur le commerce électronique, lorsqu'elle a été adoptée le 8 juin 2000, n'avait pas entendu traiter cette question.

Il est enfin relevé qu'à l'occasion d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre le décret n° 2015-125 du 5 février 2015 pris pour l'application de l'article 6-1 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique, le Conseil d'Etat statuant au contentieux a jugé « *qu'aucun texte de droit de l'Union (...) n'a pour objet de régir les modalités de blocage et de déréférencement de sites au contenu illicite* » (CE, 15 février 2016, *Association French Data Network et autres*, n^{os} 389140, 388896).

La loi déferée n'ayant donc pas pour objet de transposer la directive sur le commerce électronique, le grief tiré de son incompatibilité manifeste avec cette directive et, par suite, de la méconnaissance de l'article 88-1 est inopérant et ne peut qu'être écarté.

³ Considérants 7, 8 et 48 notamment.

⁴ Considérant 45 ; art. 13 § 2 ; art. 14 § 3.

2. Sur l'article 1^{er}

2.1. Sur l'obligation de retrait en une heure de contenus à caractère terroriste ou pédopornographique

Le paragraphe I de l'article 1^{er} de la loi déferée aménage l'article 6-1 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique, qui avait instauré un dispositif de blocage des sites internet diffusant des contenus à caractère terroriste⁵ ou pédopornographique⁶ par une décision administrative ne pouvant intervenir qu'après l'expiration d'un délai de vingt-quatre heures suivant une « demande » en ce sens de l'autorité administrative, restée infructueuse. Le texte adopté prévoit que, désormais, l'autorité administrative « notifie » directement aux hébergeurs et aux éditeurs de services de communication en ligne⁷ qu'ils doivent retirer ou rendre inaccessibles des contenus à caractère terroriste ou pédopornographique dans le délai d'une heure à compter de la notification qui leur est faite.

2.1.1. Sur le respect de la règle de « l'entonnoir »

Cette règle, qui découle de l'économie de l'article 45 de la Constitution, notamment de la première phrase de son alinéa, aux termes de laquelle : « *Tout projet ou proposition de loi est examiné successivement dans les deux assemblées du Parlement en vue de l'adoption d'un texte identique* », interdit en principe l'ajout d'articles additionnels ou l'adoption d'amendements après la première lecture, qui ne soient pas en relation directe avec une disposition du texte restant en discussion, c'est-à-dire qui n'a pas été adoptée dans les mêmes termes par l'une et l'autre des assemblées. Ne sont en revanche pas soumis à cette obligation les amendements destinés à assurer le respect de la Constitution, à opérer une coordination avec des textes en cours d'examen ou à corriger une erreur matérielle.

Par ailleurs, lorsqu'un article d'un projet de loi n'a pas été adopté dans les mêmes termes par les deux assemblées à l'issue de la première lecture, la totalité de ses dispositions doit être regardée comme restant en discussion, y compris celles adoptées en termes identiques ; dès lors, des adjonctions ou modifications peuvent y être apportées en nouvelle lecture, sous réserve qu'elles présentent un lien direct avec au moins l'une des dispositions de cet article (cf. notamment la décision n° 2018-771 DC du 25 octobre 2018, paragr. 4).

En l'espèce, le paragraphe I de l'article 1^{er} de la loi déferée est issu d'un amendement n° 161 présenté par le Gouvernement le 21 janvier 2020 en nouvelle lecture, après échec de la commission mixte paritaire et après rejet par le Sénat en première lecture d'un amendement de contenu identique⁸.

⁵ C'est-à-dire de contenus provoquant à des actes de terrorisme ou en faisant l'apologie au sens de l'article 421-2-5 du code pénal.

⁶ Au sens des dispositions de l'article 227-23 du code pénal.

⁷ L'article 6-1 modifié vise les personnes mentionnées au 2 du I de l'article 6, c'est-à-dire les « *personnes physiques ou morales qui assurent, même à titre gratuit, pour mise à disposition du public par des services de communication au public en ligne, le stockage de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature fournis par des destinataires de ces services* » et les personnes mentionnées au III de l'article 6, c'est-à-dire les « *personnes dont l'activité est d'éditer un service de communication au public en ligne* ».

⁸ Amendement du Gouvernement n° 53, après l'article 1^{er}, rejeté lors de la séance du 17 décembre 2019.

Il ressort de la comparaison des textes respectivement adoptés en première lecture par l'Assemblée nationale le 9 juillet 2019⁹ et le Sénat le 17 décembre 2019¹⁰ que l'article 1^{er} de la proposition de loi n'avait pas été adopté en des termes identiques par ces assemblées. La totalité des dispositions de cet article devait donc être regardée comme restant en discussion en nouvelle lecture, y compris celles adoptées en des termes identiques. Dès lors, des adjonctions ou modifications pouvaient être apportées à cet article en nouvelle lecture, à la condition qu'elles soient en lien direct avec au moins l'une de ses dispositions.

Cette condition est remplie.

L'article 1^{er} examiné en première lecture avait pour objet, en insérant à cette fin un article 6-2 dans la loi pour la confiance dans l'économie numérique, d'obtenir le retrait en vingt-quatre heures par les plateformes numériques, à la demande de tout internaute, de contenus à caractère haineux en ligne, notamment les contenus contrevenant manifestement aux dispositions de l'article 421-2-5 du code pénal réprimant la provocation à la commission d'actes de terrorisme ou l'apologie de tels actes.

L'amendement adopté en nouvelle lecture complète ce mécanisme puisqu'il réforme le dispositif existant, figurant à l'article 6-1 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique, de blocage en vingt-quatre heures, à la demande de l'autorité administrative, des mêmes contenus à caractère terroriste contrevenant aux dispositions de l'article 421-2-5 du code pénal, par les mêmes personnes que celles visées par la procédure de retrait en vingt-quatre heures, en y substituant un dispositif de blocage en une heure.

Il y a donc identité d'objectif poursuivi par ces mesures complémentaires, mais aussi identité partielle de leur champ d'application matériel, eu égard aux contenus en cause, et de leur champ d'application personnel, dans la mesure où les hébergeurs, qui sont visés par l'article 6-1, sont également dans le champ de l'article 6-2, dès lors qu'ils peuvent recevoir la qualification d'opérateurs de plateforme en ligne au sens du 2^o du I de l'article L. 111-7 du code de la consommation.

Le grief tiré de la méconnaissance de l'article 45 de la Constitution doit donc être écarté.

2.1.2. Sur le respect de la liberté d'expression et de communication

Les sénateurs auteurs de la saisine soutiennent que les dispositions du I de l'article 1^{er} porteraient à l'exercice de la liberté d'expression et de la liberté de communication, qui découlent de l'article 11 de la Déclaration de 1789, une atteinte qui ne serait pas nécessaire, adaptée et proportionnée à l'objectif poursuivi.

Il convient tout d'abord de souligner que les dispositions contestées poursuivent l'objectif de lutter contre la diffusion et la consultation en ligne, volontaire ou involontaire, d'écrits, d'images, de vidéogrammes et de messages de toute nature qui soit présentent un caractère pédopornographique, soit provoquent à la commission d'actes de terrorisme ou font l'apologie de tels actes. La loi cible ainsi des contenus qui correspondent à des comportements faisant peser une menace sur l'Etat ou la paix publique, parce qu'ils font l'éloge ou incitent à la commission d'actes ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou

⁹ TA n° 310.

¹⁰ TA n° 36 rect.

la terreur, ou mettent gravement en péril la sécurité et la santé des mineurs. En exigeant de tous les hébergeurs et éditeurs de sites internet qu'ils retirent ou rendent inaccessibles ces contenus manifestement illicites, les dispositions contestées n'ont donc d'autre but que de faire cesser un abus de la liberté d'expression et de la liberté de communication.

Contrairement, en deuxième lieu, à ce que soutiennent les sénateurs requérants, le délai d'une heure imparti aux hébergeurs et éditeurs pour retirer ou rendre inaccessible un contenu à caractère terroriste ou pédopornographique, qui doit être regardé comme courant à compter de la réception effective par son destinataire de la notification adressée par l'autorité administrative, n'est pas manifestement inapproprié, dès lors que le blocage d'une ou plusieurs adresses électroniques est une mesure technique à la portée de tout hébergeur ou éditeur de site internet, fût-il non professionnel, et que le retrait ne suppose aucune évaluation du bien-fondé de l'injonction de la part de son destinataire, qui est tenu de s'y conformer. C'est d'ailleurs un délai identique qu'a retenu la Commission européenne dans sa proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la prévention de la diffusion de contenus à caractère terroriste en ligne¹¹.

Le législateur a par ailleurs entouré le dispositif en cause des garanties adéquates.

D'une part, la procédure est placée sous le contrôle d'une personnalité qualifiée, aujourd'hui membre de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, et qui sera à l'avenir membre du Conseil supérieur de l'audiovisuel. Celle-ci, désignée pour toute la durée de son mandat au sein de cette autorité publique indépendante, a pour mission de s'assurer de la régularité des demandes de retrait et des conditions d'établissement, de mise à jour, de communication et d'utilisation de la liste des adresses bloquées. Elle peut à tout moment recommander à l'autorité administrative de mettre fin à une mesure de retrait et, si l'autorité administrative ne suit pas cette recommandation, saisir le juge administratif, le cas échéant en référé.

D'autre part et sans préjudice de ce recours, un recours hiérarchique puis un recours contentieux devant la juridiction administrative, le cas échéant en référé, peuvent être introduits par les hébergeurs et éditeurs destinataires d'une notification qui leur aurait été adressée par l'autorité administrative et dont ils entendraient contester la régularité ou le bien-fondé.

Enfin, en cas de poursuites pénales engagées sur le fondement des dispositions du dernier alinéa de l'article 6-1 à l'encontre d'un hébergeur ou d'un éditeur qui aurait manqué à l'obligation qu'il tient de cet article, il appartiendrait à la juridiction saisie, s'agissant d'un délit par principe intentionnel en application de l'article 121-3 du code pénal, de vérifier la bonne réception par la personne poursuivie de la notification, de constater le cas échéant l'existence « *d'une force ou d'une contrainte à laquelle elle n'a pu résister* » au sens de l'article 122-2 du même code et de vérifier que le contenu pour lequel une notification de retrait a été envoyée contrevenait effectivement aux articles 421-2-5 ou 227-23 du code pénal.

Dès lors, le grief tiré de l'atteinte à la liberté d'expression et de communication des éditeurs de contenus et des hébergeurs n'est pas fondé.

2.1.3. Sur le respect du principe d'égalité devant les charges publiques

¹¹ Article 4 « Injonctions de suppression », § 2, du projet de règlement.

Si un grief tiré de la méconnaissance de l'article 13 de la Déclaration de 1789 peut être utilement invoqué pour contester une disposition législative qui soumet une catégorie de personnes à des sujétions particulières pour un motif d'intérêt général¹², ce grief n'est en l'espèce pas fondé, dans la mesure où l'article 6-1 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique, dont les dispositions sur ce point n'ont pas été modifiées par la loi déferée, prévoit que l'Etat compense financièrement les surcoûts résultant des obligations mises à la charge des opérateurs par ce texte.

2.1.4. Sur le respect de l'exigence de bon emploi des deniers publics

Dès lors qu'il résulte des termes mêmes de l'article 6-1 que seuls les « surcoûts » qui, d'une part, « résultent » des obligations mises à la charge des opérateurs et, d'autre part, sont « justifiés », peuvent être légalement compensés par l'Etat, l'exigence constitutionnelle du bon usage des deniers publics n'est pas méconnue¹³.

2.2. Sur l'obligation de retrait en vingt-quatre heures de contenus illicites

Le II de l'article 1^{er} de la loi déferée insère un article 6-2 dans la loi pour la confiance dans l'économie numérique, assignant aux opérateurs de plateforme en ligne définis à l'article L. 111-7 du code de la consommation¹⁴ des obligations pénalement sanctionnées destinées à empêcher la diffusion de contenus haineux en ligne, en leur imposant de répondre avec diligence à des notifications adressées par tout utilisateur et, au besoin, d'empêcher l'accès à ces contenus ou de les déréférencer.

2.2.1. Sur le respect de la liberté d'expression et de communication

Contrairement à ce que soutiennent les sénateurs requérants, les dispositions contestées répondent à une nécessité car, à ce jour, aucun dispositif contraignant pour les plateformes numériques ne permet, sur signalement d'un internaute, d'obtenir le retrait rapide ou le déréférencement par ces dernières de contenus manifestement illicites. Il est observé, à cet égard, que le dispositif prévu par l'article 6-1 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique est réservé à l'administration et ne peut être mis en œuvre qu'à l'égard de contenus à caractère terroriste ou pédopornographique.

Par ailleurs, l'article 6-2 ne concerne pas l'ensemble des opérateurs susceptibles de recevoir la qualification de plateformes numériques en ligne au sens de l'article L. 111-7 du code de la consommation, mais seulement ceux dont l'activité sur le territoire français, excédant certains seuils à définir par décret, est jugée significative. Outre qu'il permet de cibler les contenus diffusés sur des plateformes de grande audience, ce critère assure aussi que seront seuls soumis à cette nouvelle obligation les plus grands opérateurs disposant des moyens leur permettant d'assurer dans des conditions satisfaisantes la modération des contenus qu'ils diffusent ou réfèrent.

A cet égard, le choix d'un délai de vingt-quatre heures ne paraît pas manifestement inapproprié. D'une part, il est seulement attendu des plateformes numériques qu'elles constatent, dans ce délai, l'existence ou l'absence d'une atteinte « manifeste » à un ensemble

¹² Décision n° 2000-440 DC du 10 janvier 2001, cons. 6.

¹³ Un grief identique a été écarté par la décision n° 2011-625 DC du 10 mars 2011, *Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure*, cons. 7.

¹⁴ Qui sont définis par l'article L. 111-7 du code de la consommation comme « toute personne physique ou morale proposant, à titre professionnel, de manière rémunérée ou non, un service de communication en ligne ».

relativement réduit de dispositions pénales – sept en tout – qui ont toutes pour objet de protéger la dignité humaine. Un jour suffit pour constater que, manifestement, un message, une image, un texte ou un vidéogramme constitue une injure à caractère racial, incite à la discrimination envers une religion ou conteste l'existence d'un génocide. D'autre part, il est établi que les grandes plateformes disposent déjà de solutions technologiques, notamment d'algorithmes, leur permettant de détecter des contenus illégaux. Les travaux conduits par la Commission européenne dans le cadre du code de conduite relatif à la lutte contre la haine en ligne ont ainsi montré que près de 90 % des signalements adressés aux grandes plateformes (Google, Facebook, Twitter, Instagram notamment) étaient traités en moins de vingt-quatre heures. Enfin, la pénalisation, par la loi déferée, des signalements abusifs est de nature à limiter le nombre de signalements adressés aux opérateurs.

S'agissant du risque, mis en avant par les sénateurs requérants, d'une « sur-censure », il ne peut de toute évidence constituer un argument devant conduire à constater la contrariété à la Constitution des dispositions contestées. Outre que ce risque n'est qu'une conjecture, le comportement par avance prêté aux opérateurs ne résulterait pas de la loi déferée elle-même, laquelle exige tout au contraire de ceux-ci une mise en œuvre « *proportionnée et nécessaire* » des obligations qui leur sont assignées, ainsi que le prévoient les dispositions du premier alinéa de l'article 6-3 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique¹⁵ et celles du 4° de cet article, qui leur impose de mettre en place les procédures et les moyens humains et, le cas échéant, technologiques, permettant de « *prévenir les risques de retrait injustifié* ». Cette exigence est soumise au contrôle du Conseil supérieur de l'audiovisuel en vertu du deuxième alinéa du II de l'article 17-3 de la loi du 30 septembre 1986, créé par l'article 7 de la loi déferée, qui rappelle « *l'objectif de prévenir les retraits excessifs de contenus* ». Le risque apparaît d'autant plus faible qu'en vertu des dispositions du 7° de l'article 6-3, issues de l'article 5 de la loi déferée, les plateformes soumises à cette obligation de retrait doivent rendre publiques les modalités de modération des contenus illicites, sous peine de sanction pécuniaire prononcée par le Conseil supérieur de l'audiovisuel.

Enfin, si l'obligation de retrait ou de déréférencement sur signalement d'un internaute prévu par l'article 6-2 ne repose pas, en amont, sur une intervention de l'autorité judiciaire, une telle intervention ayant été écartée compte tenu du nombre de contenus à caractère haineux mis en ligne et de la volonté de faire cesser leur diffusion dans un délai très court, il reste que le juge civil pourra intervenir en référé, sur le fondement du III de l'article 6-2 issu du II de l'article 1^{er} de la loi déferée, à la demande d'un opérateur ou de tout intéressé, pour prévenir ou faire cesser un dommage qui aurait été occasionné soit par un contenu illicite, soit par le retrait d'un contenu par un opérateur.

2.2.2. *Sur l'infraction de non-retrait*

Pour assurer l'effectivité de l'obligation faite aux plateformes numériques de rendre inaccessibles ou de déréférencer les contenus haineux en ligne en vingt-quatre heures, le législateur a prévu que sa violation constituerait un délit puni d'une amende de 250 000 euros.

Contrairement à ce que les sénateurs requérants soutiennent en premier lieu, le législateur a fixé lui-même le champ d'application de la loi pénale en des termes suffisamment clairs et précis.

¹⁵ Article 4 de la loi déferée.

S'agissant de l'élément matériel de l'infraction, il a strictement défini le champ de l'obligation de retrait ou de déréférencement, en se référant à une liste précise de contenus contrevenant aux dispositions de sept articles de la loi pénale¹⁶ et en précisant que seuls les contenus « manifestement » illicites entraînent dans le champ de l'obligation de retirer ou déréférencer. La responsabilité pénale d'une plateforme en ligne ne pourra jamais, par conséquent, être mise en cause à raison du non-retrait d'un contenu qui serait ambigu ou sur le caractère illicite duquel l'opérateur aurait pu nourrir le moindre doute.

Le législateur a en outre prévu que l'élément intentionnel pourrait résulter de « l'absence d'examen proportionné et nécessaire du contenu notifié ». En donnant cette indication, il a clairement entendu prescrire au juge saisi de la poursuite de se livrer à une appréciation concrète et contextualisée du comportement de la personne mise en cause, en faisant porter son contrôle sur le caractère suffisant de l'examen réalisé par l'opérateur, eu égard au contenu notifié par l'internaute et en tenant compte de l'ensemble des circonstances particulières de l'affaire.

En second lieu, il est soutenu que la loi déferée fait coexister deux régimes de responsabilité pénale sans préciser leur articulation. Selon les sénateurs requérants, les hébergeurs seraient susceptibles de subir, au demeurant selon des régimes procéduraux différents, une double sanction pénale à raison de faits identiques, l'une au titre du délit de non-retrait ou non-déréférencement en vingt-quatre heures, l'autre au titre de l'infraction constituée par le contenu illicite lui-même, dès lors que l'absence de prompt retrait est susceptible d'engager leur responsabilité pénale en vertu des dispositions du 3 du I de l'article 6 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique.

Toutefois, et à supposer même que la responsabilité pénale d'un hébergeur puisse être engagée à raison de la diffusion d'un contenu illicite dont il n'est pas l'auteur sur le fondement des dispositions mentionnées au premier alinéa du I de l'article 6-2 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique, alors que les dispositions du 3 du I de l'article 6 de cette loi n'ont pas, par elles-mêmes, pour objet ou pour effet de permettre d'engager la responsabilité pénale des hébergeurs au titre de la diffusion ou de la complicité de diffusion d'un tel contenu, les éléments constitutifs de l'infraction de non-retrait et de l'infraction que constitue la diffusion du contenu illicite sont clairement distincts. En effet, l'avant-dernier alinéa du I de l'article 6-2 punit le fait, par un opérateur de plateforme en ligne, de s'être abstenu de retirer ou déréférencer un contenu illicite dans le délai de vingt-quatre heures suivant un signalement et non, à la différence des infractions mentionnées au premier alinéa du I de l'article 6-2, la diffusion d'un contenu portant atteinte à la dignité humaine. Il ne s'agit donc pas de faits qualifiés par la loi de façon identique au sens de la décision n° 2013-328 QPC du 28 juin 2013. Par suite, les deux répressions relèvent de corps de règles qui protègent des intérêts sociaux distincts aux fins de sanctions de nature différente¹⁷. Les griefs tirés de la méconnaissance des principes de nécessité et proportionnalité des peines et d'égalité devant la loi pénale doivent donc être écartés.

3. Sur l'article 7

L'article 7 de la loi déferée attribue de nouvelles compétences au Conseil supérieur de l'audiovisuel en matière de lutte contre les contenus haineux en ligne en lui confiant un

¹⁶ En l'occurrence 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.

¹⁷ Décision n° 2019-783 QPC du 17 mai 2019, paragr. 9 à 15.

pouvoir de supervision de l'activité, dans ce domaine, des plateformes numériques et un pouvoir de sanction. Cet article est à lire en combinaison avec les articles 4 et 5 de la loi déferée, qui assignent aux opérateurs de plateformes numériques un ensemble d'obligations retracées dans un nouvel article 6-3 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique.

Dans l'exercice de sa nouvelle compétence, le CSA est habilité à recueillir auprès des opérateurs les informations nécessaires au contrôle des obligations mentionnées à l'article 6-3, y compris en accédant aux algorithmes¹⁸. Il peut délivrer à un opérateur une mise en demeure et, en l'absence de régularisation, prononcer à son encontre une sanction pécuniaire dont le montant, tenant compte de la gravité des manquements et le cas échéant de leur caractère réitéré, ne peut excéder 20 millions d'euros ou, si ce montant est plus élevé, 4 % du chiffre d'affaires annuel mondial total de l'exercice précédent.

Les sanctions sont prononcées selon la procédure contradictoire prévue à l'article 42-7 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, qui garantit la séparation des fonctions de poursuite et d'instruction. La personne sanctionnée dispose par ailleurs d'un recours de plein contentieux contre cette sanction devant le juge administratif, qui exerce un plein contrôle tant sur le principe que, le cas échéant, sur le montant de la sanction.

Les sénateurs requérants s'interrogent, sous l'angle des principes de nécessité et de proportionnalité des peines, sur la constitutionnalité du montant maximal de la sanction pécuniaire encourue et, compte tenu de la portée extraterritoriale du droit français, sur le risque d'un cumul de sanctions prononcées par le CSA et par une autorité administrative ou juridictionnelle d'un Etat étranger.

En premier lieu, en fixant à 20 millions d'euros ou, s'il est plus élevé, à 4 % du chiffre d'affaires annuel mondial de l'exercice précédent, le montant plafond de la sanction pécuniaire susceptible d'être infligée à un opérateur de plateforme en ligne par le CSA, le législateur n'a tout d'abord pas retenu une sanction manifestement hors de proportion avec la gravité des faits sanctionnés¹⁹.

L'objectif de protection de la dignité humaine et de préservation de l'ordre public poursuivi par les dispositions contestées implique que le montant des sanctions fixées par la loi soit suffisamment dissuasif pour remplir la fonction de prévention des manquements assignée à cette sanction pécuniaire²⁰. Il sera d'ailleurs observé que, dans un domaine voisin, celui de la protection des données à caractère personnel des internautes, le législateur européen a fait le choix du même plafond en ce qui concerne les amendes administratives imposées pour violation du règlement général sur la protection des données (RGPD)²¹.

Par ailleurs, et comme l'exige la jurisprudence lorsque la sanction est une amende proportionnelle ou lorsque, du moins, son plafond est fixé en proportion d'un montant déterminé par ailleurs²², un lien peut être établi entre la nature du manquement sanctionné et

¹⁸ Compte tenu d'une modification apportée aux dispositions du 1° de l'article 19 de la loi relative à la liberté de communication.

¹⁹ Sur ce degré de contrôle : décision n° 86-215 DC du 3 septembre 1986, cons. 7 ; décision n° 2010-604 DC du 25 février 2010, cons. 14.

²⁰ Décision n° 2015-489 QPC du 14 octobre 2015, cons. 14.

²¹ Art. 83, § 5, du règlement (UE) 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.

²² Décision n° 2013-685 DC du 29 décembre 2013, cons. 97 ; décision n° 2015-489 QPC du 14 octobre 2015, cons. 15 ; décision n° 2018-746 QPC du 23 novembre 2018, paragr. 9.

l'assiette du calcul de la sanction pécuniaire. L'abstention d'une plateforme numérique à censurer certains contenus illicites peut, en effet, être motivée par la volonté de ne pas dégrader son audience et de recueillir les recettes publicitaires liées à la fréquentation d'un site par des internautes.

En outre, une sanction calculée en proportion du chiffre d'affaires permet de prendre en compte le fait que la régulation des contenus en ligne implique pour les plateformes numériques de se doter de moyens technologiques et humains qui ont un coût pour elles, conformément à l'approche retenue dans la décision n° 2015-489 QPC du 14 octobre 2015 (cons. 16) jugeant conforme aux exigences de l'article 8 de la Déclaration de 1789 le fait de « *prendre en compte la taille et les capacités financières* » de l'opérateur visé.

Enfin, le législateur a expressément précisé que la sanction effectivement prononcée par le Conseil supérieur de l'audiovisuel devrait tenir compte de la gravité des manquements et, le cas échéant, de leur caractère réitéré.

En second lieu, si les sénateurs évoquent le risque d'un cumul de la sanction prononcée par le CSA avec celles susceptibles de l'être, à raison des mêmes faits, par les autorités compétentes d'autres Etats, ce grief est inopérant au soutien de la contestation de la conformité de la loi nationale à la Constitution, laquelle n'a pas entendu limiter l'exercice des prérogatives des autorités françaises à raison de décisions prises par des autorités étrangères.

4. Sur l'article 8

L'article 8 instaure une procédure, initiée par une demande de l'autorité administrative, de blocage par les fournisseurs d'accès à internet et de déréférencement par les exploitants de moteurs de recherche des « sites miroirs », qui reproduisent en totalité ou de manière substantielle des contenus haineux. Il complète à cette fin la loi pour la confiance dans l'économie numérique par un article 6-4 qui permet à l'autorité administrative, d'office ou à la demande de tout intéressé, de demander à un fournisseur d'accès à internet²³ d'empêcher la rediffusion de contenus haineux dont le caractère illicite a déjà été constaté par une décision judiciaire passée en force de chose jugée et à l'exploitant d'un moteur de recherches de cesser de référencer des adresses électroniques donnant accès à ces contenus, la durée du blocage ou du déréférencement ne pouvant excéder la durée des mesures ordonnées par l'autorité judiciaire. Enfin, il est prévu qu'à défaut de blocage ou de déréférencement à la suite de la demande de l'administration, l'autorité judiciaire peut être saisie en référé ou sur requête pour ordonner toute mesure utile.

En premier lieu, il résulte des dispositions contestées qu'elles confèrent seulement à l'administration la faculté de demander le blocage ou le déréférencement de sites miroirs et, « *lorsqu'il n'est pas procédé au blocage ou au déréférencement* », de saisir l'autorité judiciaire. Par suite, les sénateurs requérants ne sont pas fondés à soutenir que les dispositions de l'article 8 seraient entachées d'incompétence négative, en ce que le législateur aurait omis de préciser que les demandes adressées par l'autorité administrative revêtent un caractère contraignant pour leurs destinataires.

Les sénateurs requérants soutiennent en deuxième lieu qu'à supposer qu'elles n'aient pas de caractère contraignant, les dispositions contestées seraient dépourvues de portée

²³ L'article 6-4 fait référence aux « *personnes mentionnées au 1 du I de l'article 6* » qui sont « *les personnes dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public en ligne* ».

normative²⁴. Toutefois, si elles ouvrent à l'autorité administrative une simple faculté, les dispositions contestées fondent en droit la compétence de l'autorité administrative pour saisir les fournisseurs d'accès à internet et les exploitants de moteurs de recherche de demandes tendant au blocage de certains sites internet ou à leur déréférencement et permettent à ces opérateurs de se dégager de leur responsabilité civile professionnelle à raison de l'adoption des mesures de blocage ou de déréférencement qui leur ont été demandées. En outre, elles prévoient que l'autorité administrative « *tient à jour une liste des services de communication au public en ligne* » ayant fait l'objet d'une demande de blocage sur ce fondement ainsi que des adresses électroniques donnant accès à ces services pour la durée restant à courir des mesures ordonnées par l'autorité judiciaire, l'emploi du présent de l'indicatif signalant la valeur impérative de ces dispositions²⁵. Par ailleurs, il est prévu que cette liste est mise à la disposition des annonceurs publicitaires, ces derniers étant, en application des dispositions de l'article 9 de la loi, tenus de rendre publique l'existence de relations avec les sites bloqués ou déréférencés. Enfin, les dispositions critiquées ouvrent une voie de droit, devant le juge judiciaire, en vue de faire cesser l'accès aux contenus des services de communication en ligne pour lesquels une demande de blocage ou de déréférencement a été faite. Le grief tiré du défaut de normativité de l'article 8 ne pourra par suite qu'être écarté.

Il est soutenu en troisième lieu qu'en permettant de bloquer ou déréférencier un service de communication en ligne reprenant « *de manière substantielle* » le contenu d'un autre service déjà jugé illicite, sans préciser comment ce caractère substantiel doit être apprécié, ni prévoir l'information du responsable du service, et alors qu'un même site peut diffuser d'autres contenus que des contenus illicites, les dispositions critiquées portent à la liberté de communication une atteinte disproportionnée.

Toutefois, d'une part, le législateur a précisément défini le champ d'application des dispositions contestées en le limitant aux sites qui reproduisent soit en totalité, soit par extraits seulement, un contenu ayant déjà été déclaré illicite par le juge. D'autre part, il n'est pas justifié, dès lors que les contenus haineux dont le blocage ou le déréférencement sont demandés ont déjà été déclarés illicites par une décision de l'autorité judiciaire passée en force de chose jugée et qu'il y a identité entre ces contenus et les contenus reproduits sur des « sites miroirs », de prévoir une information spécifique de l'auteur de ces contenus. Enfin et en tout état de cause, les dispositions contestées qui, ainsi qu'il a été dit, ne confèrent par elles-mêmes à l'administration aucun pouvoir contraignant à l'égard des plateformes ou des moteurs de recherche et font dépendre d'une décision de l'autorité judiciaire le blocage ou le déréférencement d'un « site miroir » en cas d'inaction du fournisseur d'accès à internet ou de l'exploitant d'un moteur de recherche, ne peuvent être regardées comme portant une atteinte disproportionnée à la liberté de communication.

²⁴ Décision n° 2004-500 DC du 29 juillet 2004, cons. 12 ; décision n° 2010-605 DC du 12 mai 2010, cons. 28 ; décision n° 2016-741 DC du 8 décembre 2016, cons. 98

²⁵ Décision n° 2007-561 DC du 17 janvier 2008, cons. 17.