

Paris, le 14 février 2020,

## **Observations du Syndicat de la magistrature relatives à la proposition de loi visant à lutter contre la haine en ligne**

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. Cette proposition de loi 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.

Actuellement en cours de discussion, donc évolutif, ce texte contient plusieurs dispositions qui soulèvent des questions quant au rôle de l'institution judiciaire en matière de contrôle et d'équilibre de la liberté d'expression. Elle ouvre la voie à une prédominance des plateformes et du contrôle administratif au détriment de l'intervention du juge judiciaire comme gardien des libertés individuelles (II). Il semble ainsi nécessaire que puisse être revu le périmètre des contenus visés, celui-ci étant très large et pouvant quasiment englober tout sujet d'expression visant de près ou de loin la dignité humaine. Il paraît également primordial que puisse être revue la place de l'autorité judiciaire dans ce système, celle-ci voyant son rôle fortement restreint au profit des plateformes, du CSA et d'un observatoire national. Afin de comprendre en quoi cette proposition de loi modifierait complètement la structure existante en matière de liberté d'expression, il est nécessaire de revoir au préalable le système actuel fondé sur un équilibre entre procédure judiciaire et administrative (I).

### **I ) Le système actuel : un équilibre entre procédure judiciaire et procédure administrative**

**Volet pénal : une absence d'obligation générale de surveillance contrebalancée par une obligation spécifique de concourir à la lutte contre la diffusion des contenus dits « odieux ».**

Les plateformes sont définies comme des hébergeurs par la loi pour la confiance dans l'économie numérique du 21 juin 2004. Cette loi fixe le régime de la responsabilité des prestations techniques lorsque des personnes utilisent leurs services pour diffuser en ligne des contenus litigieux. Les plateformes doivent permettre à toute personne de porter à leur connaissance ce type de données et informer promptement les autorités publiques compétentes de toutes activités illicites portées à leur connaissance. A défaut, elles sont passibles de peines d'un an d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende.

Ainsi, les prestataires techniques (hébergeurs et fournisseurs d'accès) sont exonérés de toute obligation générale de surveillance et de recherche d'activités illicites.

En revanche, compte tenu de l'intérêt général attaché à la répression de l'apologie des crimes contre l'humanité, de la provocation à la commission d'actes de terrorisme et de leur apologie, de l'incitation à la haine raciale, à la haine à l'égard de personnes à raison de leur sexe, de leur orientation ou identité sexuelle ou de leur handicap ainsi que de la pornographie infantile, de l'incitation à la violence, notamment l'incitation aux violences sexuelles et sexistes, ainsi que des atteintes à la dignité humaine, les plateformes doivent concourir à la lutte contre la diffusion des infractions visées aux cinquième, septième et huitième alinéas de l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse et aux articles 222-33, 225-4-1, 225-5, 225-6, 227-23 et 227-24 et 421-2-5 du code pénal.

En d'autres termes, les plateformes ont une obligation spéciale de concourir à la lutte contre la diffusion des contenus précédemment évoqués et de concourir à la lutte contre la diffusion des infractions.

Il existe par ailleurs un statut particulier (pour la pédopornographie sur internet et le terrorisme) ouvrant notamment la voie aux blocages administratifs. Ces dispositions ne sont pas applicables aux autres diffusions de contenus illicites précédemment cités.

La responsabilité pénale des hébergeurs peut être engagée sur la base notamment de la complicité, s'ils n'agissent pas rapidement pour rendre l'accès à un contenu illicite impossible ou le retirer dès qu'ils ont effectivement eu connaissance par tout moyen du caractère illicite d'une activité ou d'une information dont ils assurent le stockage.

S'agissant des délits pour lesquels de telles enquêtes peuvent être ouvertes, la pénalisation des actes racistes, antisémites ou homophobes repose aujourd'hui essentiellement sur l'instauration de deux circonstances aggravantes prévues aux articles 132-76 et 132-77 du code pénal. L'article 132-76 définit la circonstance aggravante de la commission de l'infraction à raison de l'appartenance ou de la non-appartenance, vraie ou supposée de la victime, à une ethnie, une nation, une prétendue race ou une religion déterminée. L'article 132-77 prévoit, quant à lui, l'aggravation des peines pour les infractions commises en raison du sexe, de l'orientation sexuelle ou identité de genre vraie ou supposée de la victime. Depuis la loi n°2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et la citoyenneté, les circonstances aggravantes de racisme et d'homophobie sont généralisées à l'ensemble des crimes ou des délits punis d'une peine d'emprisonnement. Les enquêteurs contactent les prestataires techniques par le biais de réquisitions autorisées par le Procureur de la République, lorsque l'on se trouve dans le cadre d'une enquête préliminaire. Il faut alors attendre les réponses des hébergeurs, dont le taux de réponse et le délai sont très variables, aucun délai n'étant en l'espèce prévu.

### **Volet civil : La coexistence de la procédure de référé et de la procédure sur requête pour intervenir en urgence**

Indépendamment de la plainte judiciaire et de la volonté d'identifier les auteurs, l'autorité judiciaire peut, en référé ou sur requête, interdire aux hébergeurs, et le cas échéant aux fournisseurs d'accès, le stockage ou l'accès à un de ces contenus. Une circulaire du 4 avril 2019 du ministère de la justice incite les magistrats à utiliser ces voies.

- Peuvent être mobilisées d'une part les procédures de référé fondées sur l'article 50-1 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse ou sur l'article 809 du code de procédure civile.

- D'autre part les procédures de référé ou sur requête fondées sur l'article 6 I 8 de la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique qui permettent à l'autorité judiciaire de prescrire aux hébergeurs ou, à défaut, aux fournisseurs d'accès à internet, en référé ou sur requête, « toutes mesures propres à prévenir un dommage ou à faire cesser un dommage occasionné par le contenu d'un service de communication au public en ligne ». Le dommage auquel il peut être mis fin consiste dans le fait de propager des contenus constituant une ou plusieurs infractions incriminées par la loi du 29 juillet 1881.

Une mise en demeure préalable de faire cesser l'accès aux contenus haineux avant toute introduction d'instance est possible en la matière. La saisine du juge des référés par le procureur de la République intervient par voie d'assignation.

Le recours à la procédure non contradictoire de la requête peut également être envisagé mais il suppose la démonstration des circonstances exceptionnelles justifiant qu'il soit dérogé au principe du contradictoire. Cette procédure a pu être utilisée en cas de réapparition, à la suite d'une décision judiciaire, de contenus retirés ou de sites dont le blocage a été ordonné, sous une adresse différente de celle visée dans la mesure initialement ordonnée (« sites miroirs »).

La loi pour la confiance dans l'économie numérique permet de prescrire aux hébergeurs, lorsqu'ils peuvent être touchés, le retrait des contenus illicites. Le texte ouvre la possibilité, à défaut, d'enjoindre aux fournisseurs d'accès à internet le blocage des accès aux sites internet et autres contenus haineux à partir du territoire national.

Compte-tenu des difficultés à identifier et localiser les fournisseurs d'hébergement, les actions pourront donc utilement être dirigées à l'encontre des fournisseurs d'accès à internet, ceux-ci étant parfaitement connus. Retenant une appréciation souple de la condition de subsidiarité énoncée à l'article 6 I 8 de la loi susvisée, la Cour de cassation a jugé que la prescription de ces mesures de blocage aux fournisseurs d'accès à internet « n'est pas subordonnée à la mise en cause préalable des prestataires d'hébergement ». Cette démonstration pourra notamment consister en la production des procès-verbaux d'enquête établissant l'absence de mention légale du directeur de la publication ou de l'hébergeur, la dissimulation de l'identité du titulaire du nom de domaine, le fait que l'adresse IP du site renvoie vers un serveur anonymisé, l'absence de réponse des sociétés assurant l'anonymat aux réquisitions judiciaires ou encore l'absence de fourniture des données de connexion permettant d'identifier les auteurs des propos litigieux.

La mesure demandée au juge doit cependant être justifiée et proportionnée au regard de l'atteinte portée à la liberté d'expression et à la liberté d'entreprendre pour les fournisseurs d'accès à internet. Par ailleurs, en application de l'article 6 I 7 de la loi du 21 juin 2004 précitée, qui transpose la directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique, il ne peut être demandé au juge d'imposer aux fournisseurs d'accès internet et hébergeurs de mesures les contraignant à une obligation de surveillance générale des contenus. Seule une surveillance ciblée et temporaire peut être demandée par l'autorité judiciaire.

Pour assurer la bonne exécution de la décision, il pourra être sollicité, dans l'assignation en référé, que les mesures soient assorties d'une astreinte. De même, il pourra être envisagé, en cas de nécessité, que l'ordonnance rendue soit exécutoire sur minute en application des dispositions du deuxième alinéa de l'article 489 du code de procédure civile, afin de permettre au parquet de la faire exécuter dès son prononcé, sans attendre sa signification.

## **Volet administratif : le retrait des contenus relatifs à la provocation ou à l'apologie de terrorisme ou à la pédopornographie**

Les contenus en ligne relatifs à la provocation à des actes de terrorisme ou à l'apologie de tels actes ainsi qu'à la diffusion des images ou des représentations de mineurs à caractère pédopornographiques peuvent faire l'objet de blocage, d'un retrait ou d'un déréférencement. Une personnalité désignée par la CNIL (Commission nationale informatique & libertés), est chargée de contrôler ces demandes. Cette demande de blocage aux fournisseurs d'accès à Internet (FAI) peut intervenir après le délai de 24 heures laissés aux éditeurs ou aux hébergeurs de sites Web qui n'auraient pas retiré le contenu en question. Les sanctions pénales prévues sont alors identiques à celles prévues au VI de l'article 6 de la loi du 21 juin 2004. Dans le cadre de cette procédure, aucun juge judiciaire n'intervient, ce qui a pu être dénoncé. Limitée au contentieux terroriste et pédopornographique, cette absence du juge judiciaire à vocation à s'étendre dans la proposition de loi Avia.

## **II) Le système proposé par la proposition de loi Avia : une prédominance des plateformes et du contrôle administratif au détriment de l'intervention du juge judiciaire comme gardien des libertés individuelles**

### **Les plateformes soumises à une nouvelle obligation**

L'article 6-1 de la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique précise que « *Compte tenu de l'intérêt général attaché à la répression de l'apologie des crimes contre l'humanité, de la provocation à la commission d'actes de terrorisme et de leur apologie, de l'incitation à la haine raciale, à la haine à l'égard de personnes à raison de leur sexe, de leur orientation ou identité sexuelle ou de leur handicap ainsi que de la pornographie enfantine, de l'incitation à la violence, notamment l'incitation aux violences sexuelles et sexistes, ainsi que des atteintes à la dignité humaine, les personnes mentionnées ci-dessus doivent concourir à la lutte contre la diffusion des infractions visées aux cinquième, septième et huitième alinéas de l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse et aux articles 222-33, 225-4-1, 225-5, 225-6, 227-23 et 227-24 et 421-2-5 du code pénal.* »

Dans le projet de loi tel qu'adopté par la commission des lois du Sénat, un article 6-2 serait inséré dans la loi pour la confiance dans l'économie numérique aboutissant à ce que les plateformes soient soumises à l'obligation : « *d'accomplir les diligences et de mettre en œuvre les moyens proportionnés et nécessaires en fonction de la nature du contenu et des informations dont ils disposent pour retirer ou rendre inaccessible, dans un délai de vingt-quatre heures les contenus manifestement illicites qui leur sont notifiés* ». Elles doivent donc retirer un contenu manifestement haineux dans un délai de 24 heures après notification.

Par ailleurs, elles doivent également : « *se conformer aux délibérations qu'adopte le Conseil supérieur de l'audiovisuel* », mettre « *en place un dispositif de notification uniforme directement accessible et facile d'utilisation permettant à toute personne de notifier un contenu illicite* », informer « *leurs auteurs des sanctions qu'ils encourent en cas de notification abusive* », informer « *l'auteur d'une notification des suites données* » « *ainsi que des motifs de décision dans un délai à compter de la réception de la notification, de vingt-quatre heures lorsqu'ils retirent ou rendent inaccessible le contenu ou à défaut dans un délai de 7 jours* ».

En outre, elles doivent « *mettre en œuvre les procédures et les moyens humains et, le cas échéant, technologiques proportionnés permettant de garantir le traitement dans les meilleurs délais des notifications reçues et l'examen approprié des contenus notifiés ainsi que de prévenir les risques de retrait injustifié* »

La procédure législative est toujours en cours mais il est important de relever que la mention selon laquelle les plateformes doivent « *mettre en œuvre les moyens appropriés pour empêcher la rediffusion de contenus mentionnés au premier alinéa du I de l'article 6-2* » est en l'état retirée du texte, ce que nous relevons positivement.

Il en ressort que les plateformes sont désormais tenues de mettre en œuvre les moyens humains ou technologiques proportionnés et nécessaires à un traitement dans les meilleurs délais des notifications afin de procéder au retrait des contenus manifestement haineux dans un délai de 24 heures après leur notification. Concrètement, elles doivent non pas filtrer les contenus haineux mais procéder à leur retrait dans le délai de 24 heures sous peine de se voir sanctionnées par le CSA. Le risque est donc grand d'aboutir à des retraits préventifs pour éviter des sanctions lourdes, au détriment de la liberté d'expression. Un amendement avait été déposé et voté à l'Assemblée nationale visant à obliger à un retrait en une heure s'agissant des contenus relatifs à la provocation à des actes de terrorisme ou à l'apologie de tels actes ainsi qu'à la diffusion des images ou des représentations de mineurs à caractère pédopornographiques. En l'état de l'avancée législative, cet amendement semble être abandonné, ce dont nous nous félicitons, une telle obligation semblant très risquée en terme de liberté d'expression, amenant à un risque de censure prévisionnelle très fort et à des retraits par précaution. Par ailleurs, il semble difficile d'envisager que cela puisse être fait de façon effective.

Les opérateurs de plateforme devront par ailleurs se conformer aux délibérations que pourra prendre le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) sur l'obligation de retirer ou rendre inaccessible tout contenu manifestement haineux dans les 24 heures suivant sa notification. Cela conduit de fait à créer un déséquilibre très fort entre l'intérêt du retrait et les désavantages de celui-ci. Une plateforme pourra se voir sanctionnée 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 très fort au retrait du point de vue des plateformes.

L'article 3 de la PPL est complété par une partie qui prévoit que les opérateurs de plateforme doivent mettre à la disposition du public une information claire et détaillée facilement accessible et visible notamment sur « *les sanctions y compris pénales que leurs utilisateurs encourent en cas de publication de ces contenus* » et « *les sanctions encourues par les auteurs de notifications abusives* ». L'objectif, bien évidemment, est d'éviter que le dispositif de notification de contenus soit dévoyé par les utilisateurs et que les plateformes croulent sous les notifications. L'utilisateur qui signalerait abusivement un contenu encourt ainsi une peine de 15 000 € d'amende et d'un an d'emprisonnement selon l'article 1<sup>er</sup> V. L'on imagine cependant difficilement comment les plateformes pourront, face à la masse d'informations signalées, identifier les notifiants.

Le devoir de coopération des opérateurs de plateforme est également défini par une obligation de rendre compte aux autorités publiques des activités haineuses qui leur sont notifiées et ce, pour faciliter les poursuites à l'encontre de leurs auteurs, obligation similaire à celle déjà prévue pour tous les hébergeurs par le 7 du I de l'article 6 de la LCEN. La même circonspection accompagne ce devoir de coopération. Quid d'une plateforme qui coopérerait trop avec la justice et qui de fait perdrait du public?

Une fois un contenu signalé, les opérateurs de plateforme doivent notifier la décision à l'auteur du signalement ainsi qu'à l'auteur du contenu litigieux et les motifs de la décision sous 24 heures en cas de retrait/déréférencement ; à défaut, dans un délai maximum de sept jours. Comment envisager sérieusement vu le nombre de propos que les plateformes auront à traiter qu'elles puissent motiver réellement la décision dans le délai imposé ?

Par ailleurs, plus concrètement, l'article 6-3 de la LCEN est complété par trois alinéas visant à assurer une information publique, claire et détaillée facilement accessible et visible sur les sanctions et les voies de recours. L'on peut toutefois regretter que cela ne soit pas plus précis. En outre, envisager une telle information dans un délai de 24 heures semble improbable au vu des investigations nécessaires pour identifier l'auteur en cause notamment du point de vue des plateformes. La précision faite à l'article 3 c) selon laquelle les plateformes doivent informer des « *dispositifs de recours, internes et juridictionnels dont disposent les victimes de ces contenus, les délais impartis pour le traitement de ces recours ainsi que les acteurs en mesure d'assurer l'accompagnement de ces victimes* » nous semble donc difficilement réalisable.

La version du texte en cours de discussion a supprimé cette disposition mais la procédure législative étant toujours en cours, il convient de l'évoquer toute de même. Il a pu être prévu dans l'une des versions du texte que les plateformes seraient tenues d' « *empêcher la rediffusion de contenus* » manifestement illicites. Ainsi lorsqu'une plateforme aura retiré un contenu qu'elle aura considéré comme « manifestement illicite » la plateforme devra mettre tout en œuvre pour en empêcher la rediffusion. Une telle obligation forcerait donc les plateformes à surveiller l'ensemble des contenus postés par ses utilisateurs et à les comparer avec le contenu auparavant retiré. Or, comme l'a indiqué la Quadrature du net, cette pratique est strictement interdite par le droit de l'Union européenne qui, dans sa directive e-commerce, interdit depuis 2000 aux États de forcer de tels acteurs à mettre en place « *une obligation générale de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illicites* ». La commission européenne a de façon plus générale émis des observations le 22 novembre 2019 sur cette proposition de loi, ses interactions avec plusieurs textes notamment la directive SMA et la directive e-commerce. Elle a conclu notamment qu' « il existe un risque que le projet notifié viole les articles 3,14 et 15, paragraphe 1, de la directive sur le commerce électronique ».

### **Un système extra-judiciaire fondé sur des contenus manifestement haineux définis trop largement**

La proposition de loi Avia actuellement en cours de vote donc évolutive aboutit toutefois à créer un système de limitation de la liberté d'expression dans lequel le juge n'interviendra que très peu et au minimum après trois filtres.

Nous reprendrons ainsi nos propos précédents sur les trois étapes permettant d'arriver à l'intervention du juge judiciaire qui étaient visées dans le texte lors de nos observations émises le 13 décembre 2019. Cependant compte tenu de l'avancement dans le texte du chapitre 4 au chapitre 1 de l'intervention judiciaire, nous ajouterons quelques propos sur les évolutions que cela peut entraîner.

*Version en cours le 13 décembre 2019*

Le premier filtre est constitué par les opérateurs de plateforme qui seront tenus de retirer dans un délai de vingt-quatre heures après notification par une ou plusieurs personnes les contenus haineux.

Les contenus en cause sont très larges et définis de façon multifactorielle selon un inventaire à la Prévert comme les propos relevant de la dignité humaine, de la lutte contre les contenus publiés sur internet faisant l'apologie des crimes contre l'humanité, provoquant à la commission d'actes de terrorisme, faisant l'apologie de tels actes ou 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.

Concrètement, la mention notamment de la dignité de la personne humaine ainsi que tous les champs potentiellement visés aboutira à ce que puissent être incluses les injures et provocations à la discrimination, à la haine ou à la violence à raison de l'origine, de l'ethnie, de la nation, de la prétendue race, de la religion, du sexe, de l'orientation sexuelle, de l'identité de genre ou du handicap, la provocation au terrorisme ou son apologie, les contenus portant atteinte à la dignité de la personne humaine, la lutte contre les discriminations, telles que définies par l'article L. 225-1 du Code pénal, l'incitation à la haine et les injures proférées à raison de « l'origine » des personnes, les propos ayant pour cible la nationalité ou l'identité de genre, les contenus transphobes, l'apologie des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité, des crimes de réduction en esclavage ou d'exploitation d'une personne réduite en esclavage, des crimes et délits de collaboration avec l'ennemi, des crimes d'atteinte volontaire à la vie ou à l'intégrité physique, d'agression sexuelle, de vol aggravé, d'extorsion ou de destruction, dégradation ou détérioration volontaire dangereuse pour les personnes, le harcèlement sexuel, la traite des êtres humains, le proxénétisme, la fixation, l'enregistrement ou la transmission de l'image ou de la représentation pornographique d'un mineur en vue de sa diffusion ainsi que l'offre, la mise à disposition, la diffusion, l'importation ou l'exportation d'une telle image ou représentation, la fabrication, le transport ou la diffusion d'un message à caractère violent, incitant au terrorisme, pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine ou à inciter des mineurs à se livrer à des jeux les mettant physiquement en danger ainsi que le commerce d'un tel message lorsqu'il est susceptible d'être vu ou perçu par un mineur, la provocation au terrorisme ou son apologie.

Les opérateurs devront accuser réception de la notification du fait qu'il s'agit d'un contenu haineux et informer les utilisateurs à l'origine de la publication du contenu de la date et de l'heure de la notification, des suites données à la notification ainsi que des motifs de leurs décisions dans un délai de vingt-quatre heures lorsqu'ils retirent ou rendent inaccessible le contenu ou en font cesser le référencement ou, à défaut, dans un délai de sept jours à compter de la réception de la notification. 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 manifestement illicites.

Le contenu en ligne illicite sera remplacé par un message indiquant qu'il a été retiré. Tous les contenus illicites supprimés doivent être conservés pendant une période maximale d'un an pour les besoins de recherche et de constatation de l'autorité judiciaire.

Outre le premier filtre constitué par les plateformes, un deuxième filtre intervient avant même le juge matérialisé par le fait que le Conseil supérieur de l'audiovisuel sera chargé de proposer des recommandations auxquelles les plateformes devront se conformer. Il

pourra prononcer des mises en demeure et prononcer une sanction financière ne pouvant excéder 4 % du chiffre d'affaires annuel mondial total de l'exercice précédent. Cette sanction prendra en compte la gravité des manquements commis et, le cas échéant, leur caractère réitéré.

Enfin, troisième intervenant avant le juge : l'observatoire de la haine en ligne « *chargé du suivi et de l'analyse de l'évolution des contenus haineux, en lien avec les opérateurs, associations et chercheurs concernés.* ». L'on crée ainsi un échelon supplémentaire entre le contenu dénoncé et le juge, aboutissant au final à ce que cela ne soit plus le juge qui décide ou non du caractère manifestement illicite des propos mais trois autres intervenants et que le juge judiciaire n'intervienne qu'a posteriori, affaiblissant considérablement son poids dans le contrôle et l'équilibre des enjeux en terme de liberté d'expression.

Finalement, le juge ne semble intervenir que dans une hypothèse très limitée : si aucun blocage ou déréférencement n'est fait malgré une décision judiciaire passée en force de chose jugée interdisant la reprise partielle ou totale d'un contenu. Dans ce cas, une saisine pourra être faite en référé ou sur requête. Cette hypothèse vise la question des sites miroirs, soit des sites reprenant une activité identique malgré une décision de blocage ou de déréférencement. Le champ d'intervention du juge semble cependant très limité dès lors que les décisions judiciaires passées en force de chose jugée vont de fait être réduites fortement par l'action conjointe des plateformes, du CSA et de l'observatoire qui interviendront en amont et conduiront à ce que ces questions n'arrivent plus au juge judiciaire.

*Version en cours au 13 février 2020*

Si l'on peut relever qu'au cours de l'évolution du texte, le terme judiciaire n'est plus relégué au chapitre 4 de la proposition de loi mais qu'il apparaît désormais dès le chapitre 1<sup>er</sup>, des inquiétudes demeurent.

Ainsi, s'il est désormais prévu au III de l'article 1<sup>er</sup> de la proposition de loi que « *l'autorité judiciaire peut prescrire en référé ou sur requête aux opérateurs... toutes mesures propres à prévenir ou à 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, dans les conditions prévues au 8 du I de l'article 6 de la présente loi et à l'article 835 du code de procédure civile.* », l'on peut décemment s'interroger sur le rôle réel que va pouvoir tenir l'autorité judiciaire. De par la définition faite, il semblerait que son action soit limitée aux cas dans lesquels, pour une raison inconnue, le contenu manifestement haineux n'aura pas fait l'objet d'un retrait par les opérateurs, ce qui, vu les enjeux existants pour ceux-ci, arrivera peu. Par ailleurs, il semble également que l'intervention judiciaire sera limitée aux dommages causés en cas de retrait, ce qui semble plus compréhensible. Mais, là encore, des questions demeurent sur l'effectivité concrète de ce contrôle : comment l'intervention judiciaire va-t-elle pouvoir revenir sur un retrait déjà effectif qui aurait causé un dommage ? Par ailleurs, dans la mesure où un nouvel article 3 10° bis a été introduit imposant que les opérateurs prévoient « les moyens nécessaires à la suspension des comptes des utilisateurs inscrits à leur service ayant fait l'objet d'un nombre élevé de notifications suivies de retrait de contenus », l'impact de l'intervention judiciaire semble encore plus réduit. De fait, l'intervention a posteriori, après retrait de contenus, voire suspension de compte fait intervenir la justice à rebours et amenuise ses capacités de réparation du dommage.



L'on risque ainsi d'aboutir à un système extra-judiciaire - dans un contentieux pourtant relatif à la question de la liberté d'expression -, résultant de l'intervention, préalablement au juge, d'instances relevant soit du secteur privé, soit du secteur public ou para public, mais dans tous les cas d'instances non légitimes pour traiter de tels enjeux.

Ce système extra-judiciaire est également visible dans l'obligation qui est faite aux plateformes de faire un rappel à la loi. Ainsi, lors de l'envoi d'une notification à l'auteur du contenu supprimé, l'article 2, alinéa 5, de la PPL prévoit désormais que les opérateurs de plateformes « *rappellent également à l'utilisateur à l'origine de la publication, par une formulation générale, que des sanctions civiles et pénales sont encourues pour la publication de contenus manifestement illicites* ». Ce dispositif est complété par une information, en aval, sur les risques encourus en cas de publication de ce type de contenu.

### **La création inique d'un parquet national et d'un délit spécifique**

Deux solutions sont fréquemment utilisées au niveau législatif quand on cherche une mesure de pur affichage et à moindre frais : la création d'un fichier et celle d'un parquet national ou du moins d'une compétence nationale.

La proposition de loi Avia ne déroge pas à cette règle en prévoyant la création, d'un « *parquet numérique* », selon l'appellation que la presse a pu lui donner, et d'un tribunal de grande instance désigné 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 (articles 706-72 et suivants du code de procédure pénale). Cette création n'aboutit de fait à aucune modification substantielle, si ce n'est à une augmentation logique du champ de compétence du parquet de Paris en la matière.

Sur le plan judiciaire, il est également à noter la création d'un nouveau délit spécifique, le refus de retrait ou de déréférencement de contenus manifestement haineux par les opérateurs de plateforme en ligne qui sera puni d'un an d'emprisonnement et 250 000 euros d'amende.

On assiste donc à la création d'un pseudo-parquet dédié et d'un nouveau délit, autrement dit à la demande de sanction par le juge judiciaire en cas de non-respect d'une obligation générale de retrait ou de déréférencement d'un contenu manifestement haineux alors que l'on prive dans le même temps le juge judiciaire de tout contrôle sur ce qui serait ou non manifestement haineux. On demande ainsi au juge judiciaire de ne plus opérer aucun filtre sur ce qui serait manifestement illicite ou non, mais d'avaliser les délibérations du CSA alors pourtant que le CSA lui-même peut imposer des mises en demeure et des sanctions... une véritable confusion des genres !

### **L'établissement du CSA comme contrôleur de la liberté d'expression**

Le CSA se voit doté de nouveaux pouvoirs de délibération, 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'article 4 de la proposition de loi décrit le rôle du CSA et notamment son intervention et pouvoir de sanction en cas de manquement au devoir de coopération dans la lutte contre les contenus haineux en ligne. Ainsi, le manquement sera apprécié en tenant compte de l'application inadéquate par l'opérateur des procédures et des moyens humains et le cas échéant technologiques prévus au regard de l'objectif de prévenir les retraits excessifs des contenus. L'objectif est que puissent être pris en compte les éventuels comportements répétés de refus de retrait ou de retraits minimes ou au contraire excessifs en plus du non-respect des obligations de moyens mises à la charge des opérateurs ou des délibérations prises par le CSA pour la bonne application de l'obligation de retrait. Le CSA pourra rendre publiques ainsi que les mises en demeure. S'agissant du contenu des mesures, le CSA pourra prononcer une sanction pécuniaire après mise en demeure pouvant aller jusqu'à 4% du chiffre d'affaires annuel mondial total de l'exercice précédent selon la gravité des manquements, leur caractère réitéré ou non.

Toute la question est alors de savoir quels seront les moyens alloués au CSA pour exercer réellement son contrôle sur les plateformes ? Au vu du nombre de recours potentiels et compte tenu des sanctions encourues, il semble très difficilement envisageable, surtout en l'absence de texte prévu pour le retrait abusif, qu'un réel contrôle puisse s'opérer en la matière.

\*\*\*\*\*

La difficulté à légiférer en matière de nouvelles technologies est de deux ordres : réussir à produire un texte d'équilibre entre liberté d'expression et respect des opinions contraires et réussir à produire un texte viable dans le temps. A la lecture de la proposition de loi Avia le premier objectif ne semble pas rempli compte tenu du large pouvoir qu'il donne aux plateformes laissant par conséquent la question de la liberté d'expression entre les mains d'acteurs privés. Le second objectif ne paraît pas non plus atteint, une adaptation des internautes étant largement prévisible et pouvant mettre à néant ce texte dès lors que des plateformes opérant largement des retraits, ce qui est le risque majeur, se verront très probablement quittées par des internautes soucieux de pouvoir s'exprimer comme ils le souhaitent, au profit de plateformes moins exigeantes et plus souples. Ne vaut-il pas mieux ainsi s'interroger et intervenir sur les raisons des comportements sur internet plutôt que sur une censure du contenu, au mépris de la liberté d'expression de certains et à la faveur de la liberté d'expression de d'autres - jouant sur le modèle mis en place pour obtenir des censures de leurs adversaires en les faisant entrer dans le champ des contenus manifestement illicites - ?