



RESPONSABILITÉ

Que restera-t-il de la Loi Avia ?

Le Conseil constitutionnel a opéré une censure partielle de la loi contre la haine sur internet, dite loi Avia, la vidant d'une partie significative de sa substance. Analyse de la loi et de la décision du Conseil.

La Loi Avia a pour objectif principal d'obliger les prestataires de services de communication au public en ligne (Fournisseur d'accès à internet (FAI), hébergeurs, moteurs de recherche) à collaborer activement dans le cadre de la lutte contre ce qu'il convenait d'appeler grossièrement la « haine en ligne ».

Elle a été définitivement adoptée le 13 mai 2020, puis, saisi le 18 mai 2020 d'un recours par des sénateurs, le Conseil constitutionnel a rendu sa décision le 18 juin et a jugé contraires à la Constitution des dispositions portant atteinte à la liberté d'expression.

Si le Conseil constitutionnel n'a opéré qu'une censure partielle de la loi, celle-ci est toutefois vidée de ce qui faisait d'une partie significative de sa substance, étant donné que la disposition-phare du texte a été invalidée, entraînant de facto l'effondrement quasi-complet du texte.

Cet article a vocation à revenir sur cette décision très attendue, tant cette loi avait l'objet de critiques depuis ses débuts.

La plupart des critiques, à commencer par celle formulée le 9 juillet 2019 par La Commission nationale consultative des droits de l'Homme, considéraient déjà que « ce texte fait peser une menace disproportionnée sur la liberté d'expression en raison de la procédure envisagée. Celle-ci fait reposer l'appréciation du caractère illicite d'un contenu sur les plateformes, via des algorithmes et des modérateurs peu formés, en lieu et place de l'autorité judiciaire. » avant d'ajouter que : « Ce dispositif renforce le pouvoir des grandes plateformes au détriment des autres acteurs qui n'auront pas tous les moyens d'appliquer la loi. En outre, la lourdeur de la sanction encourue risque d'encourager des retraits excessifs, faisant peser un risque de censure. »

Des contraintes temporelles jugées trop contraignantes pour les hébergeurs en cas de notification adressée par l'autorité administrative

Depuis la loi du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, l'OCLCTIC (Office central de lutte contre la criminalité liée aux technologies de l'information et de la communication), autorité administrative, peut faire procéder au blocage et au déréférencement des sites Internet provoquant à des actes de terrorisme ainsi que des sites contenant des représentations de mineurs à caractère pornographique (article 6-1 de la Loi de confiance dans l'économie numérique (ci-après LCEN).

Le premier apport majeur de la proposition de loi Avia consistait à modifier cette disposition.

La loi Avia prévoyait, sous peine de condamnation voire de blocage

par les fournisseurs d'accès, que les hébergeurs et les éditeurs, quelle que soit l'importance de leur activité, n'avaient désormais plus qu'une heure (contre vingt-quatre auparavant) à compter d'une notification de l'autorité administrative précitée pour en rendre le contenu inaccessible ou pour expliquer, toujours dans ce même délai d'une heure, pour quelles raisons ils ont décidé de ne pas supprimer le contenu litigieux.

Le Conseil constitutionnel a censuré cette disposition, au motif que l'appréciation du caractère illicite des contenus n'était qu'à la seule appréciation de l'administration mais surtout que « *l'engagement d'un recours contre la demande de retrait n'est pas suspensif et le délai d'une heure laissé à l'éditeur ou l'hébergeur pour retirer ou rendre inaccessible le contenu visé ne lui permet pas d'obtenir une décision du juge avant d'être contraint de le retirer. Enfin, l'hébergeur ou l'éditeur qui ne défère pas à cette demande dans ce délai peut être condamné à une peine d'emprisonnement d'un an et à 250 000 euros d'amende.* »

Dès lors la proposition de loi porte atteinte à la liberté d'expression et de communication.

Le Conseil constitutionnel ne condamne pas le but poursuivi, mais la procédure envisagée.

En effet le Conseil précise que le législateur peut tout à fait édicter des règles qui limitent les abus de l'exercice de la liberté d'expression, si ces abus portent atteinte à l'ordre public et aux droits des tiers, mais les Sages rappellent que : « *(...) les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi.* »

Il considère donc que les atteintes portées à la liberté d'expression contenues dans le texte, ne répondent pas à ces exigences.

S'il est compréhensible que la décision censure cette disposition aux motifs que le délai d'une heure soit trop contraignant ou que les garanties soient insuffisantes, le fait d'indiquer que la détermination du caractère illicite n'est soumise qu'à l'appréciation de l'administration l'est beaucoup moins. En effet la proposition de loi Avia ne modifie pas ce point. L'autorité administrative a toujours décidé seule du caractère illicite du contenu dont elle demandait le retrait à l'hébergeur.

La censure du délit de non-retrait de contenus illicites dans un délai de 24h

C'était la mesure phare de la proposition de loi. Elle proposait d'intégrer un article 6-2 à la LCEN.

La LCEN prévoyait déjà en son article 6-I-7 que les hébergeurs sont tenus de mettre en place un dispositif facilement accessible et visible permettant à toute personne de porter à leur connaissance les contenus haineux, violents ou liés à la pornographie infantile.

La loi Avia venait apporter des obligations supplémentaires, en instaurant un délit de non-retrait, aux moteurs de recherche (comme Google) et des plateformes en ligne de mise en relation (comme Facebook, Twitter ou YouTube...), et ce quel que soit leur pays d'établissement en les obligeant à retirer les contenus identifiés comme illicites, non plus promptement (au sens de « *le plus rapidement possible* ») comme le prévoit l'article 6-I-2 mais dans un délai précis et impératif de 24 heures après réception d'une notification adressée par un ou plusieurs internautes.

Les opérateurs concernés par cette obligation devaient être déterminés par un décret qui allait préciser, après promulgation de la loi, plusieurs seuils (plusieurs au lieu d'un seul afin d'éviter la multiplication de petits opérateurs

et les stratégies d'évitement du seuil par les plus grosses plateformes.).

La proposition de Loi Avia détaillait avec précision la liste des infractions et ne visait que les contenus jugés les plus problématiques tels que ceux consistant en de l'injure raciale ou à raison de la sexualité, à des diffusions de contenus pédopornographiques ou encore à des provocations à des actes de terrorisme.

Une nouvelle fois le Conseil constitutionnel ne condamne pas le but poursuivi, qui était pour le législateur de prévenir la commission d'actes troublant gravement à l'ordre public.

Pour autant, plusieurs critiques sont avancées par le Conseil constitutionnel :

- La première est qu'aucun juge n'intervient préalablement au retrait du contenu, il appartient uniquement à l'opérateur privé d'examiner le contenu litigieux signalé.
- La deuxième est que, s'il appartient actuellement aux opérateurs de retirer promptement les contenus manifestement illicites, ici le législateur a retenu plusieurs infractions pénales pour justifier le retrait. Or, selon les Sages, il revenait à l'opérateur d'examiner ces contenus au regard de toutes ces infractions, alors que les éléments constitutifs de certaines d'entre elles présentent une technicité juridique ou appellent une certaine appréciation au regard du contexte.

En d'autres termes le Conseil constitutionnel estime que les intermédiaires techniques ne sont pas en mesure d'apprécier le caractère illicite des contenus litigieux au regard de la multitude des infractions visées.

A ce stade, et faute pour les seuils de permettre de distinguer les opérateurs entre eux, il est incontestable que ces derniers

ne disposent pas tous de services juridiques en mesure de procéder efficacement à cette analyse.

On peut avancer ici que si les seuils ne visaient qu'une partie des opérateurs (notamment les Gafam¹) cet argument du Conseil constitutionnel, consistant à présupposer que les opérateurs n'en seront pas capables, n'aurait pas eu lieu d'être.

L'expérience prouve que les opérateurs de type Gafam ne suppriment les contenus signalés que quand « leurs armées » de juristes jugent la demande valable. Et ce pour la bonne et simple raison que ces plateformes doivent, qu'elles le veulent ou non, une partie de leur succès à la capacité qu'ont certains de leurs utilisateurs les plus actifs à s'exprimer et à polémiquer à longueur de journée, provoquant ainsi tantôt des clics, tantôt des vues, tantôt des revenus ?

Dès lors, considérer que Twitter, Facebook et Instagram, pour ne citer qu'eux, auraient supprimé immédiatement ce qui constitue une partie significative de leur audience et qu'elles n'étaient pas en mesure de séparer le bon grain de l'ivraie aurait été plus contestable.

Si la Loi Avia devait être retravaillée et non abandonnée, il pourrait être judicieux de préciser les seuils de connexions qui détermineront les opérateurs qu'elle concerne.

- La troisième critique consiste à considérer que le délai de 24h est particulièrement bref.
- La quatrième est l'absence de cause spécifique d'exonération de responsabilité.
- La cinquième est que le délit de non-retrait prévoit, pour chaque défaut de retrait, une amende de 250 000 euros pour

les personnes physiques et 1,25 millions d'euros pour les personnes morales.

Le Conseil constitutionnel estime que toutes ces dispositions « ne peuvent qu'inciter les opérateurs de plateforme en ligne à retirer les contenus qui leur sont signalés, qu'ils soient ou non manifestement illicites » et portent donc une atteinte qui n'est pas nécessaire, adaptée et proportionnée à l'exercice de la liberté d'expression.

La non-conformité à la Constitution par voie de conséquence des dispositions définissant certaines obligations aux opérateurs

La Loi Avia imposait également aux plateformes de conserver les contenus, pendant le délai de prescription prévue par le délit, faisant l'objet de suppression dans sa base de données pour les besoins de la poursuite des infractions pénales.

La loi Avia prévoyait aussi plusieurs obligations pour les opérateurs notamment liées au contrôle des contenus illicites (dispositif de notification uniforme, information des autorités des activités illicites signalées). Un rôle central était prévu au Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) pour veiller ou encourager au respect des nouvelles dispositions, à l'image de la Cnil en matière de données personnelles (contrôle des mesures de blocages administratifs, rendre des délibérations, formuler des demandes aux opérateurs, émettre des mises en demeure).

Plusieurs de ces dispositions étaient directement liées aux conditions de mise en œuvre de l'obligation de retrait en 24h. Le délit de non-retrait ayant été déclaré contraire à la Constitution, les articles qui lui sont liés sont par voie de conséquence, également, non conformes à la Constitution.

La non-conformité à la Constitution du nouveau dispositif de lutte contre les « sites miroirs »

Ce dispositif visait à confier à une autorité administrative, à la suite d'une décision de justice passée en force de chose jugée, le pouvoir d'ordonner toute mesure propre à empêcher l'accès à un service de communication au public en ligne de contenus illicites, de demander aux fournisseurs d'accès à internet et aux moteurs de recherche de prendre les mesures nécessaires pour empêcher l'accès à tout service de communication au public en ligne reprenant le contenu dont un juge a considéré qu'il relevait des infractions entrant dans le périmètre de l'obligation de retrait et mentionnées précédemment dans cet article.

Un tel dispositif visait à éviter d'intenter un nouveau procès contre les fournisseurs d'accès à internet français à chaque fois qu'un site identique mais hébergé depuis un nom de domaine souvent similaire à une lettre près est mis en ligne par l'éditeur qui se sera vu préalablement empêcher l'accès à son site par les FAI. Une seule décision pouvait être opposée au fournisseur d'accès ou au moteur de recherche pour bloquer un site qui s'avère être une copie de celui visé dans le jugement en la forme des référés, obtenu préalablement devant la juridiction compétente.

Il était aussi prévu que l'autorité administrative tiendrait à jour une « liste noire » des services de communication au public en ligne ayant fait l'objet d'une demande de blocage administratif.

Elle avait pour but d'inciter les personnes à ne plus entretenir des relations commerciales avec un opérateur mentionné sur cette liste (en particulier les annonceurs publicitaires).

Ici encore le paragraphe lié au délit de non-retrait ayant été déclaré

contraire à la Constitution, le dispositif de lutte contre les « sites miroirs » est par voie de conséquence contraire à la Constitution.

Une loi trop ambitieuse pour accélérer valablement le temps d'appréciation d'un abus de la liberté d'expression ?

Une lecture de cette décision, pour le moins tranchée, du Conseil constitutionnel nous amène à nous demander s'il n'était pas, par nature, trop ambitieux d'envisager d'accélérer le processus d'appréciation d'une liberté aussi fondamentale que la liberté d'expression.

Sous couvert de reconnaître que l'objectif est louable, le Conseil constitutionnel soutient en substance que si le délai laissé aux opérateurs est trop court celui-ci sera refusé d'emblée.

Ce point précis des délais visés dans la Loi Avia, et donc doublement censuré par le Conseil constitutionnel, nous rappelle un arrêt de la Cour de cassation en date du 17 février 2011² qui indiquait déjà que : « *Ne peut être imposée à l'hébergeur, sous couvert de « promptitude », une suspension automatique du site à réception de la notification lui faisant part du caractère prétendument illicite de son contenu, sans qu'un délai raisonnable d'analyse ne lui soit accordé pour lui permettre de vérifier par lui-même le caractère manifestement illicite ou non du message incriminé, sauf à lui imposer une mesure immédiate de censure a priori ; qu'en décidant néanmoins en l'espèce que faute d'avoir supprimé l'accès au contenu du site le jour même de la réception de la notification adressée par Monsieur X..., la société AMEN n'aurait pas agi promptement, la Cour d'appel a violé par fausse interprétation l'article 6-I-2 de la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique ».*

Depuis cette date et faute de savoir avec précision ce que signifie, en termes de jours, l'adverbe « *promptement* » utilisé dans l'article 6-I-2³, nous savions déjà que 24 heures n'étaient pas compatibles avec un « *délai raisonnable d'analyse* » d'un contenu illicite.

Il faudra donc, entre autres choses, que la nouvelle mouture de la Loi Avia travaille cette question des délais pour trouver un juste milieu entre le « *promptement* » de l'article précité, qui laisse un temps non déterminable à l'avance pour que l'hébergeur retire le contenu litigieux qu'on lui notifie sans risquer d'être sanctionné, et les 24 heures qui ont été jugées trop courtes par les Sages et par la Cour de cassation.

La prochaine proposition de loi devra se souvenir d'un adage commençant par : « *Tout vient à point...* »

Sadry PORLON

Avocat au barreau de Paris

Nathan BENZACKEN

Elève avocat

Notes

(1) Google, Apple, Facebook, Amazon et Microsoft

(2) Civ. 1, 17 février 2011, n° 09-15857, AMEN c/ Khetah, JurisData : 2011-001675

(3) 2. Les personnes physiques ou morales qui assurent, même à titre gratuit, pour mise à disposition du public par des services de communication 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 ne peuvent pas voir leur responsabilité civile engagée du fait des activités ou des informations stockées à la demande d'un destinataire de ces services si elles n'avaient pas effectivement connaissance de leur caractère illicite ou de faits et circonstances faisant apparaître ce caractère ou si, dès le moment où elles en ont eu cette connaissance, elles ont agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible.