Paris, le 4 août 2022

OBSERVATIONS DU GOUVERNEMENT
sur la loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière de prévention de la diffusion de contenus à caractère terroriste en ligne

Le Conseil constitutionnel a été saisi par soixante députés de certaines dispositions de l'article unique de la loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière de prévention de la diffusion de contenus à caractère terroriste en ligne. Ce recours appelle, de la part du Gouvernement, les observations suivantes.

***

L'article unique de la loi déférée a pour objet d'adapter le droit français au règlement (UE) 2021/784 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2021 relatif à la lutte contre la diffusion des contenus à caractère terroriste en ligne (« règlement (UE) 2021/784 »).

Ce règlement établit, à l'échelle de l'Union européenne, des règles pour lutter contre l'utilisation abusive des services d'hébergement pour la diffusion publique de contenus à caractère terroriste en ligne. Il comporte des mesures à mettre en place par les États membres pour identifier et assurer le retrait rapide des contenus à caractère terroriste par les fournisseurs de services d'hébergement, qu'ils soient établis ou non dans l'Union européenne. En particulier, son article 3 prévoit une procédure d'injonction de retrait des contenus à caractère terroriste. Les fournisseurs de services d'hébergement auxquels une telle injonction est délivrée doivent retirer ou bloquer de tels contenus dans un délai d'une heure. Le règlement prévoit également, à son article 4, une procédure de retrait transfrontalier, pour le cas où le fournisseur n'est pas établi dans le même État membre que l'autorité nationale qui émet l'injonction de retrait. Il comporte en outre des mesures spécifiques à prendre par les fournisseurs de services d'hébergement exposés à ces contenus, telles que l'obligation d'informer immédiatement les autorités compétentes en matière de poursuites pénales, et impose la conservation de ces contenus par lesdits fournisseurs à des fins administratives ou judiciaires.

En vue d'assurer l'adaptation du droit interne aux dispositions de ce règlement, l'article unique de la loi déférée insère, dans la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, des articles 6-1-1 à 6-1-5 et modifie l'article 57 de cette loi.

L'article 6-1-1 désigne l'autorité compétente pour émettre des injonctions de retrait de contenus à caractère terroriste. Il s'agit de la même autorité que celle mentionnée à l'article 6-1 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique, compétente en matière de blocage de sites provoquant à des actes de terrorisme ou en faisant l'apologie et des sites diffusant des images et représentations de mineurs à caractère pornographique.

L'article 6-1-1 désigne également la personnalité qualifiée appelée à recevoir les injonctions de retrait en vue de procéder à l'examen approfondi de ces injonctions au titre de l'article 4 du règlement (UE) 2021/784. Il s'agit de la personnalité qualifiée mentionnée à l'article 6-1 de la loi, qui est désignée en son sein par l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique (ARCOM) pour la durée de son mandat.

L'article 6-1-1 donne par ailleurs compétence à l'ARCOM pour, d'une part, superviser la mise en œuvre des mesures spécifiques prises en application de l'article 5 du règlement (UE) 2021/784 par les fournisseurs de services d'hébergement pour protéger leurs services contre la diffusion au public de contenus à caractère terroriste et, d'autre part, recevoir la notification de la désignation d'un représentant légal d'un fournisseur de services d'hébergement dont l'établissement principal n'est pas situé dans l'Union, prévue par l'article 17, paragraphe 4, du même règlement.

L'article 6-1-2 est relatif à la suppléance de la personnalité qualifiée désignée en son sein par l'ARCOM.

L'article 6-1-3 détermine les sanctions pénales applicables en cas de méconnaissance par les fournisseurs de services d'hébergement de l'obligation de retirer des contenus à caractère terroriste ou de bloquer l'accès à ces contenus dans le délai d'une heure à compter de la réception d'une injonction de retrait ou d'une injonction de retrait transfrontière et de l'obligation d'informer immédiatement les autorités compétentes en matière de poursuites pénales lorsqu'ils prennent connaissance d'un contenu à caractère terroriste présentant une menace imminente pour la vie.

L'article 6-1-4 est relatif au contrôle exercé par l'ARCOM du respect par les fournisseurs de services d'hébergement du règlement (UE) 2021/784. Il prévoit que celle-ci recueille les informations nécessaires auprès de ces fournisseurs, les met le cas échéant en demeure de se conformer aux obligations prévues par le règlement et peut, si un fournisseur ne se conforme pas à la mise en demeure qui lui a été notifiée ou à l'injonction de prendre les mesures nécessaires, prononcer une sanction pécuniaire, en rendant le cas échéant sa décision publique.

Enfin, l'article 6-1-5 est relatif aux voies de recours dont disposent les fournisseurs de services d'hébergement et les fournisseurs de contenus concernés par une injonction de retrait au titre de l'article 3 ou de l'article 4 du règlement (UE) 2021/874 ainsi que les fournisseurs de services d'hébergement visés par une décision de l'ARCOM les déclarant exposés à des contenus terroristes ou leur enjoignant de prendre des mesures spécifiques.

Les députés requérants soutiennent en préambule que, bien que le législateur se soit assigné l'objectif d'adapter le droit interne à un règlement de l'Union européenne, la conformité de la loi déférée à la Constitution doit être examinée par le Conseil constitutionnel. Ils font valoir, à titre principal, que ce contrôle se justifie par la circonstance que la libre communication des pensées et des opinions garantie par l'article 11 de la Déclaration de 1789, laquelle implique la liberté d'accéder à des services de communication au public en ligne et la liberté de s'y exprimer, doit être regardée comme un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, dès lors qu'il ne trouve pas de protection équivalente dans le droit de l'Union européenne. Ils soutiennent, à titre subsidiaire, que le règlement (UE) 2021/874, d'application directe dans les Etats membres de l'Union européenne, n'appelait aucune mesure d'adaptation du droit interne, ce dont ils déduisent que la loi déférée ne peut être regardée comme tirant les conséquences nécessaires d'un règlement de l'Union européenne.

Sur le fond, les députés requérants soutiennent que la loi déférée méconnaît l'article 11 de la Déclaration de 1789 pour des motifs identiques à ceux de votre décision n° 2020-801 DC du 18 juin 2020, en ce que son article unique permet à l'autorité administrative d'émettre des injonctions de retrait de contenus en une heure « à destination de fournisseurs de contenus et hébergement » sous peine de sanctions pénales, sans qu'aucun recours juridictionnel suspensif ni aucune garantie équivalente ne soient prévus.

A supposer qu'il puisse être utilement invoqué, ce grief ne pourra qu'être écarté.

Sur le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel

Aux termes de l'article 88-1 de la Constitution : « *La République participe à l'Union européenne constituée d'États qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, tels qu'ils résultent du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007* ».

Tant la transposition en droit interne d'une directive de l'Union européenne que le respect d'un règlement de l'Union européenne, lorsqu'une loi a pour objet d'y adapter le droit interne, résultent ainsi d'une exigence constitutionnelle.

Il appartient au Conseil constitutionnel, saisi dans les conditions prévues par l'article 61 de la Constitution d'une loi ayant pour objet de transposer en droit interne une directive de l'Union européenne, de veiller au respect de cette exigence. Il en va de même pour une loi ayant pour objet d'adapter le droit interne à un règlement de l'Union européenne.

Toutefois, le contrôle qu'il exerce à cet effet est soumis à une double limite.

En premier lieu, la transposition d'une directive ou l'adaptation du droit interne à un règlement ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe qui, ne trouvant pas de protection équivalente dans le droit de l'Union européenne, est inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti. En l'absence de mise en cause d'une telle règle ou d'un tel principe, le Conseil constitutionnel n'est pas compétent pour contrôler la conformité à la Constitution de dispositions législatives qui se bornent à tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises d'une directive ou des dispositions d'un règlement de l'Union européenne.

En second lieu, devant statuer avant la promulgation de la loi dans le délai prévu par l'article 61 de la Constitution, le Conseil constitutionnel ne peut saisir la Cour de justice de l'Union européenne sur le fondement de l'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. En conséquence, il ne saurait déclarer non conforme à l'article 88-1 de la Constitution qu'une disposition législative manifestement incompatible avec la directive qu'elle a pour objet de transposer ou le règlement auquel elle adapte le droit interne. En tout état de cause, il appartient aux juridictions administratives et judiciaires d'exercer le contrôle de compatibilité de la loi au regard des engagements européens de la France et, le cas échéant, de saisir la Cour de justice de l'Union européenne à titre préjudiciel (décision n° 2018-765 DC du 12 juin 2018, paragr. 2 et 3 ; décision n° 2021-940 QPC du 15 novembre 2021, paragr. 9 et 13).

Au cas présent, d'une part, la liberté d'expression et de communication, consacrée par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, trouve une protection équivalente dans le droit de l'Union européenne, ainsi que vous l'avez déjà jugé par votre décision n° 2004-498 DC du 29 juillet 2004.

Aux termes de l'article 11 de la Déclaration de 1789 : « *La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi* ».

Vous avez jugé qu'en l'état actuel des moyens de communication et eu égard au développement généralisé des services de communication au public en ligne ainsi qu'à l'importance prise par ces services pour la participation à la vie démocratique et l'expression des idées et des opinions, le droit garanti par ces dispositions implique la liberté d'accéder à ces services et de s'y exprimer (décision n° 2020-801 DC du 18 juin 2020, paragr. 4).

Vous jugez également que s'il est loisible au législateur, exerçant la compétence qu'il tient de l'article 34 de la Constitution pour fixer les règles concernant les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques, d'édicter des règles concernant l'exercice du droit de libre communication et de la liberté de parler, d'écrire et d'imprimer et, à ce titre, d'instituer des dispositions destinées à faire cesser des abus de l'exercice de la liberté d'expression et de communication qui portent atteinte à l'ordre public et aux droits des tiers, les atteintes qu'il est susceptible de porter à l'exercice de la liberté d'expression et de communication, d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés, doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi.

Le droit de l'Union européenne protège de manière équivalente, au demeurant en des termes quasiment identiques, la liberté d'exprimer et de communiquer ses idées, en particulier au moyen de services de communication au public en ligne.

L'article 6, paragraphe 1, du traité sur l'Union européenne confère à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000, telle qu'adaptée le 12 décembre 2007 à Strasbourg, la même valeur juridique que les traités. Le paragraphe 3 du même article ajoute : « *Les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux* ».

L'article 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne énonce, à son paragraphe 1, que « *Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontières* ». Ces stipulations reprennent celles de la première phrase du paragraphe 1 de l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

La Cour de justice de l'Union européenne a dit pour droit que la liberté d'expression et d'information prévue à l'article 11 de la Charte a, ainsi qu'il ressort de l'article 52, paragraphe 3, de la Charte et des explications relatives à celle-ci en ce qui concerne son article 11, le même sens et la même portée que cette liberté garantie par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CJUE, 2ème ch., 4 mai 2016, *Philip Morris Brands SARL e.a.*, C-547/14, point 147).

En des termes qui ne sont guère éloignés de votre propre jurisprudence, la même Cour a eu l'occasion de souligner « *l'importance particulière d'Internet pour la liberté d'expression et d'information, garantie par l'article 11 de la Charte* » (CJUE, 8 septembre 2016, *GS Media*, C-160/15, point 45 ; CJUE, Gde ch., 22 juin 2021, *Frank Peterson, et Elsevier Inc.*, C-682/18 et C-683/18, point 65).

Et par son arrêt de Grande chambre *Pologne c/ Parlement et Conseil* du 26 avril 2022 (C-401/19, points 45 et 46), elle a retenu que « *le partage d'informations sur Internet par l'intermédiaire de plateformes de partage de contenus en ligne relève de l'application de l'article 10 de la CEDH et de l'article 11 de la Charte* ». Elle ajoute que « *selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, l'article 10 de la CEDH garantit la liberté d'expression et d'information à toute personne et concerne non seulement le contenu des informations, mais aussi les moyens de leur diffusion, toute restriction apportée à ces moyens touchant le droit de recevoir et de communiquer des informations. Ainsi que cette juridiction l'a relevé, Internet est aujourd'hui devenu l'un des principaux moyens d'exercice par les individus de leur droit à la liberté d'expression et d'information. Les sites Internet et notamment les plateformes de partage de contenus en ligne contribuent, grâce à leur accessibilité ainsi qu'à leur capacité à conserver et à diffuser de grandes quantités de données, grandement à améliorer l'accès du public à l'actualité et, de manière générale, à faciliter la communication de l'information, la possibilité pour les individus de s'exprimer sur Internet constituant un outil sans précédent d'exercice de la liberté d'expression (v., en ce sens, Cour EDH, 1er décembre 2015, Cengiz e.a. c. Turquie, § 52, ainsi que Cour EDH, 23 juin 2020, Vladimir Kharitonov c. Russie, § 33 et jurisprudence citée)* ».

Ainsi, depuis votre décision n° 2004-498 DC du 29 juillet 2004, votre propre jurisprudence et celle de la Cour de justice de l'Union européenne ont évolué dans le même sens, en veillant à protéger la liberté d'expression et de communication dans le contexte particulier du développement des services de communication en ligne.

Il est en outre observé qu'ainsi que le montrent les considérants 1er, 5, 10, 12, 23, 33 et 49 du règlement (UE) 2021/784 et ses articles 1er, 5 et 23, le législateur européen a entendu prendre en compte « *l'importance fondamentale de la liberté d'expression et de communication dans une société ouverte et démocratique* »[1], en autorisant les autorités compétentes des Etats membres à prendre uniquement « *les mesures qui sont nécessaires, appropriées et proportionnées au sein d'une société démocratique, en tenant compte de l'importance particulière accordée à la liberté d'expression et d'information, et à la liberté et au pluralisme des médias, qui constituent les fondements essentiels d'une société pluraliste et démocratique et sont les valeurs sur lesquelles l'Union est fondée* »[2].

D'autre part, les dispositions législatives contestées se bornent à tirer les conséquences nécessaires des dispositions du règlement (UE) 2021/784.

Certes, ce règlement accorde, sur quelques points du dispositif destiné à lutter contre la diffusion de contenus à caractère terroriste en ligne et à prévenir une telle diffusion, des marges de manœuvre aux Etats membres.

Il revient notamment à ces derniers, en vertu de l'article 12, paragraphe 1, sous a), du règlement, de désigner l'autorité compétente ou les autorités compétentes pour émettre des injonctions de retrait de contenus à caractère terroriste à destination de fournisseurs de services d'hébergement.

[1] Article 5, paragraphe 1, du règlement.
[2] Considérant 10 du règlement.

De même, l'article 9 du règlement laisse le soin aux Etats membres de définir les conditions dans lesquelles les fournisseurs de services d'hébergement qui ont reçu une injonction de retrait et les fournisseurs de contenus concernés peuvent introduire des recours contre cette injonction, en exigeant seulement des Etats membres qu'ils mettent en place au moins un recours juridictionnel et des procédures efficaces pour l'exercice de ces recours.

Enfin, s'agissant des sanctions en cas de violation des dispositions du règlement par un fournisseur de services d'hébergement, il résulte de l'article 12, paragraphe 1, et de l'article 18 du règlement qu'il revient aux Etats membres de désigner l'autorité compétente pour imposer des sanctions et de déterminer le régime des sanctions applicables, lesquelles peuvent être des sanctions pénales ou des sanctions administratives, en exigeant seulement des Etats membres, d'une part, qu'ils imposent à leurs autorités compétentes, lorsqu'elles se prononcent sur l'opportunité d'imposer des sanctions et lorsqu'elles déterminent le type et le niveau des sanctions, de tenir compte des circonstances pertinentes et, d'autre part, qu'ils prévoient que le non-respect systématique ou persistant des obligations prévues à l'article 3, paragraphe 3, du règlement est passible de sanctions financières pouvant atteindre jusqu'à 4 % du chiffre d'affaires mondial du fournisseur de services d'hébergement pour l'exercice précédent.

Toutefois, les dispositions adoptées par le législateur national sur le fondement de cette délégation, qu'il s'agisse de la désignation de l'autorité compétente pour prononcer une injonction de retrait d'un contenu à caractère terroriste, de la détermination des voies de recours contre une telle injonction ou de la définition du régime des sanctions applicables en cas de méconnaissance de cette injonction, sont évidemment nécessaires pour permettre l'application par la France du règlement (UE) 2021/784, application à laquelle la France ne saurait se soustraire au motif que les autorités compétentes d'autres Etats membres pourraient prononcer des injonctions de retrait transfrontières sur le fondement de l'article 4 de ce règlement.

Bien qu'il soit obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable dans tout Etat membre en vertu de l'article 288 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), le règlement (UE) 2021/784 ne pourrait être effectivement mis en œuvre par la France en l'absence de ces règles de procédure et de fond, qui ne sont pas dissociables du mécanisme créé par le législateur européen dès lors qu'elles constituent la condition de son application.

C'est ce qui conduit le Gouvernement à soutenir que les dispositions de la loi déférée doivent être regardées comme tirant les conséquences nécessaires d'un règlement de l'Union européenne, au sens de votre jurisprudence, même en présence de marges de manœuvre laissées aux Etats membres. Vous avez admis, en effet, de ne pas contrôler les lois qui adaptent le droit interne à un règlement de l'Union européenne, en l'absence de mise en cause d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France. Mais si la loi « adapte » le droit interne à un tel règlement, c'est bien, par construction, que ce règlement laisse des marges de manœuvre aux Etats membres, sans quoi ses dispositions seraient directement applicables dans ces Etats, compte tenu des termes de l'article 288 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

En tout état de cause, si le Conseil constitutionnel devait estimer qu'il lui revient de contrôler l'usage que le législateur français a fait des marges de manœuvre qui lui sont laissées par le règlement (UE) 2021/784, le Gouvernement entend démontrer, à titre subsidiaire, que les dispositions contestées portent à la liberté d'expression et de communication une atteinte nécessaire, adaptée et proportionnée à l'objectif poursuivi et ne méconnaissent pas d'autres règles ou principes constitutionnels.

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

En premier lieu, le Gouvernement observe que la diffusion, au moyen de services de communication au public en ligne, de contenus à caractère terroriste, tels qu'ils sont définis par le règlement (UE) 2021/784, constitue un abus de la liberté d'expression et de communication qui porte gravement atteinte à l'ordre public, eu égard, notamment, à l'ampleur particulière de la diffusion des messages prohibés que permet ce mode de communication, ainsi que son influence dans le processus d'endoctrinement d'individus susceptibles de commettre des actes de terrorisme.

En imposant aux fournisseurs de services d'hébergement de retirer, à la demande de l'autorité compétente, de tels contenus, et en imposant aux fournisseurs de services d'hébergement d'adopter des mesures spécifiques destinées à empêcher la diffusion de ces contenus, le législateur européen a entendu prévenir et le cas échéant faire cesser de tels abus de la liberté d'expression et de communication.

Le législateur français, en adoptant la loi déférée qui, ainsi qu'il a été dit, adapte le droit interne aux dispositions du règlement européen, pour en permettre l'application effective en France, doit être regardé comme ayant poursuivi le même objectif.

Il est observé, en deuxième lieu, que le règlement (UE) 2021/874 donne, au point 7 de son article 2, une définition précise et limitative des « contenus à caractère terroriste ».

Il convient d'abord de rappeler que les « infractions terroristes » sont celles définies à l'article 3, paragraphe 1, de la directive (UE) 2017/541du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2017 relative à la lutte contre le terrorisme et remplaçant la décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil et modifiant la décision 2005/671/JAI du Conseil.

Ces infractions correspondent à une liste d'actes intentionnels qui, par leur nature ou leur contexte, peuvent porter gravement atteinte à un pays ou à une organisation internationale, et qui doivent avoir été commis dans l'un des buts suivants : gravement intimider une population, contraindre indûment des pouvoirs publics ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque ou gravement déstabiliser ou détruire les structures politiques, constitutionnelles, économiques ou sociales fondamentales d'un pays ou d'une organisation internationale.

L'élément matériel de ces infractions correspond aux atteintes à la vie ou à l'intégrité physique, à l'enlèvement ou à la prise d'otages, aux destructions massives causées à des biens publics, des systèmes de transport ou d'autres infrastructures, à la capture d'aéronefs ou d'autres moyens de transports, à la fabrication, la détention, l'acquisition ou l'utilisation d'armes et explosifs, à la libération de substances dangereuses ou la provocation d'incendies, d'inondations ou d'explosions dangereuses pour la vie humaine, à la perturbation ou l'interruption de l'approvisionnement en eau, en électricité ou toute autre ressources naturelle fondamentale ayant pour effet de mettre en danger des vies humaines, à l'atteinte illégale à l'intégrité d'un système automatisé de données et à la menace des actes précédemment énumérés.

Les contenus à caractère terroriste s'entendent, quant à eux, de cinq types de « matériels », respectivement mentionnés au a) à e) du 7) de l'article 2 du règlement (UE) 2021/784.

Il s'agit exclusivement d'un matériel qui :

- soit incite à la commission de l'une des infractions terroristes, lorsque ce matériel prône la commission d'infractions terroristes, directement ou indirectement, par exemple en glorifiant les actes terroristes, entraînant ainsi le risque qu'une ou plusieurs de ces infractions soient commises ;
- soit sollicite une personne ou un groupe de personnes pour commettre l'une des infractions terroristes ou pour contribuer à la commission de l'une de ces infractions ;
- soit sollicite une personne ou un groupe de personnes pour participer aux activités d'un groupe terroriste ;
- soit fournit des instructions concernant la fabrication ou l'utilisation d'explosifs, d'armes à feu ou d'autres armes, ou de substances nocives ou dangereuses, ou concernant d'autres méthodes ou techniques spécifiques aux fins de commettre l'une des infractions terroristes ou de contribuer à la commission de l'une de ces infractions ;
- soit, enfin, constitue une menace quant à la commission d'une des infractions terroristes.

La définition des contenus à caractère terroriste recoupe entièrement, par conséquent, le champ d'application de l'article 421-2-5 du code pénal qui, lorsque les faits ont été commis en utilisant un service de communication au public en ligne, punit de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 € d'amende le fait de provoquer directement à des actes de terrorisme, tels que ces actes sont définis par les articles 421-1 à 421-2-2 et 421-2-6 du code pénal, ou le fait de faire publiquement l'apologie de tels actes. Tel est y compris le cas d'un matériel, mentionné au d) du point 7) de l'article 2 du règlement (UE) 2021/784, qui « *fournit des instructions concernant la fabrication ou l'utilisation d'explosifs, d'armes à feu ou d'autres armes, ou de substances nocives ou dangereuses, ou concernant d'autres méthodes ou techniques spécifiques aux fins de commettre l'une des infractions terroristes (...) ou de contribuer à la commission de l'une de ces infractions* ». En effet, le fait de fabriquer ou d'utiliser des explosifs, armes à feu, ou autres armes, substances nocives ou dangereuses en vue de commettre un acte de terrorisme est constitutif d'un fait matériel préparatoire à un acte de terrorisme. Il peut, dès lors, être qualifié d'acte de terrorisme, de sorte que la fourniture d'instructions en vue de la fabrication ou de l'utilisation d'explosifs ou armes à feu ou d'autres armes dans un tel objectif peut être constitutive d'une provocation directe à un acte de terrorisme, au sens de l'article 421-2-5 du code pénal.

Enfin, l'article 1er, paragraphe 3, du règlement (UE) 2021/874 prévoit que « *Le matériel diffusé au public à des fins éducatives, journalistiques, artistiques ou de recherche, ou à des fins de prévention ou de lutte contre le terrorisme, y compris le matériel qui représente l'expression d'opinions polémiques ou controversées dans le cadre du débat public, n'est pas considéré comme étant un contenu à caractère terroriste* », et le paragraphe 4 du même article souligne que le règlement n'a pas pour effet de modifier l'obligation de respecter les droits, les libertés et les principes visés à l'article 6 du traité sur l'Union européenne et qu'il s'applique sans préjudice des principes fondamentaux relatifs à la liberté d'expression et d'information, y compris la liberté et le pluralisme des médias.

Il résulte de ce qui précède que les contours des contenus à caractère terroriste sont parfaitement définis par le règlement (UE) 2021/874. Ils correspondent, en outre, à un nombre réduit de qualifications pénales, ce qui constitue une différence notable par rapport au dispositif qui résultait de la loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet, censuré par votre décision n° 2020-801 DC du 18 juin 2020 (paragr. 15). Ces qualifications trouvent, de surcroît, un équivalent dans la loi pénale française, étant observé que les dispositions de l'article 421-2-5, éclairées par plusieurs décisions du juge pénal, ne revêtent pas un caractère équivoque et sont suffisamment précises pour garantir contre le risque d'arbitraire, ainsi que vous l'avez jugé, en ce qui concerne l'apologie publique d'actes de terrorisme, par votre décision n° 2018-706 QPC du 18 mai 2018 (paragr. 10).

Si, en troisième lieu, le règlement (UE) 2021/784 prévoit que l'autorité compétente de chaque Etat membre peut enjoindre le retrait de contenus à caractère terroriste et non des seuls contenus dont le caractère terroriste serait « manifeste », ce même règlement exige, à son article 3, paragraphe 4, sous b), que l'injonction contienne, parmi d'autres éléments, d'une part, « *une motivation suffisamment détaillée expliquant les raisons pour lesquelles le contenu est considéré comme étant un contenu à caractère terroriste* » et, d'autre part, « *une référence au type de matériel concerné visé à l'article 2, point 7)* ».

Le modèle d'injonction de retrait figurant en annexe I au règlement, qui doit être lu à la lumière de ces dispositions, prévoit ainsi, dans la section B de l'injonction, que l'autorité compétente doit, d'une part, cocher la case appropriée, correspondant à l'un des cinq types de matériels mentionnés à l'article 2, point 7) du règlement et, d'autre part, fournir, de manière littéraire, des « *informations supplémentaires sur les raisons pour lesquelles le matériel est considéré comme étant un contenu à caractère terroriste* ».

Par conséquent, l'autorité administrative désignée par l'article unique de la loi déférée sera tenue, de manière systématique, d'indiquer la qualification juridique appropriée du matériel qu'elle regarde comme un contenu à caractère terroriste, en le rattachant à l'un des cinq types de matériels précités, mais aussi d'indiquer les faits précis sur lesquels elle se fonde pour aboutir à cette qualification.

Il résulte de ce qui précède que, à la différence de ce que vous aviez relevé au point 7 de votre décision n° 2020-801 DC du 18 juin 2020 relative à la loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet, l'identification d'un contenu à caractère terroriste repose sur une motivation détaillée exposant les raisons de fait et de droit qui conduisent l'administration, au regard des types de matériels précisément et limitativement énumérés par le règlement (UE) 2021/874, à regarder un contenu diffusé en ligne comme ayant un caractère terroriste au sens des dispositions de ce texte.

En quatrième lieu, il était loisible au législateur français, eu égard aux termes de l'article 12 du règlement (UE) 2021/874, de désigner une autorité administrative, plutôt qu'une autorité juridictionnelle, pour émettre des injonctions de retrait au titre de l'article 3 du règlement.

En l'espèce, le nouvel article 6-1-1 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique désigne l'autorité administrative mentionnée à l'article 6-1 de cette loi, compétente en matière de blocage de sites provoquant à des actes de terrorisme ou en faisant l'apologie et des sites diffusant des images et représentations de mineurs à caractère pornographique. L'article 1er du décret n° 2015-125 du 5 février 2015 a précisé que cette autorité est « *la direction générale de la police nationale, office central de lutte contre la criminalité liée aux technologies de l'information et de la communication* » (OCLCTIC). Ce service, composé de fonctionnaires de la police nationale et de militaires de la gendarmerie nationale, est chargé à la fois de missions de police administrative spéciale, puisqu'il reçoit les signalements de contenus illicites transmis via la plateforme PHAROS, et de missions de police judiciaire, car il diligente des investigations sur instructions, notamment, du parquet national antiterroriste.

En outre, si la loi déférée confie à une autorité administrative, dépendant du ministère de l'intérieur, le soin d'émettre des injonctions de retrait de contenus à caractère terroriste sur le fondement du règlement (UE) 2021/784, elle a parallèlement donné compétence à une personnalité qualifiée, désignée en son sein par l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique, autorité publique indépendante, pour recevoir transmission de l'ensemble des injonctions de retrait au titre des articles 3 et 4 du règlement, exercer la mission de procéder à l'examen approfondi des injonctions de retrait au titre de l'article 4 du même règlement et, le cas échéant, de saisir le juge administratif d'une demande d'annulation d'une injonction de retrait au titre de l'article 3 du règlement qu'elle estimerait illégale.

En cinquième lieu, il résulte des termes mêmes de l'article 3 du règlement (UE) 2021/784 que le législateur européen, tout en imposant aux fournisseurs de services d'hébergement de retirer les contenus à caractère terroriste ou de bloquer l'accès à ces contenus dans tous les États membres dès que possible et, en tout état de cause, dans un délai d'une heure à compter de la réception de l'injonction de retrait, a parallèlement prévu, aux paragraphes 7 et 8 de cet article, des dérogations lorsque le fournisseur de services d'hébergement ne peut se conformer à l'injonction reçue, parce qu'il est confronté à un cas de force majeure ou à une impossibilité de fait qui ne lui est pas imputable, susceptible de résulter de contraintes techniques ou opérationnelles objectivement justifiables, ou parce que l'injonction ne comporte pas suffisamment d'informations pour en permettre l'exécution ou contient des erreurs manifestes, lesquelles doivent s'entendre de demandes de retrait ou de blocage de contenus qui n'entrent manifestement pas dans le champ d'application des contenus à caractère terroriste, tels que le règlement les définit.

Le délai pour retirer ou bloquer le contenu court, dans la première hypothèse, dès que les motifs de force majeure ou d'impossibilité de fait ont cessé d'exister et, dans la seconde, dès que le fournisseur de services d'hébergement a reçu les éclaircissements nécessaires de la part de l'autorité administrative compétente.

Ainsi, il va de soi que l'infraction, prévue au paragraphe I du nouvel article 6-1-3 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique, résultant de la méconnaissance de l'obligation de retirer des contenus à caractère terroriste ou de bloquer l'accès à ces contenus dans tous les Etats membres dans le délai d'une heure ne sera pas caractérisée tant que le délai pour retirer ou bloquer le contenu à caractère terroriste n'aura pas commencé à courir.

Le législateur européen a ainsi prévu des règles, directement applicables par les autorités françaises compétentes pour engager les poursuites pénales ou statuer sur ces poursuites, qui assurent la prise en compte de circonstances de fait rendant en pratique impossible l'exécution de l'injonction de retrait, ce qui constitue une autre différence notable par rapport au régime défini par la loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet[3].

En sixième lieu, il résulte de l'article 3, paragraphe 2, du règlement (UE) 2021/874 que, sauf dans les cas d'urgence dûment justifiés, l'autorité compétente qui n'a pas précédemment émis d'injonction de retrait à l'attention d'un fournisseur de services d'hébergement communique à celui-ci des informations sur les procédures et les délais applicables, au moins douze heures avant d'émettre l'injonction de retrait.

En septième lieu, le législateur a expressément ouvert aux fournisseurs de services d'hébergement et aux fournisseurs de contenus auxquels une injonction de retrait fait grief, ainsi qu'à la personnalité qualifiée de l'ARCOM, un recours en annulation devant le juge administratif de l'excès de pouvoir, en vue de permettre à ces divers requérants d'obtenir, avec effet rétroactif, la disparition d'une telle décision administrative de l'ordonnancement juridique.

Il a par ailleurs enserré ces recours juridictionnels dans des délais resserrés.

Le délai de recours devant le président du tribunal administratif ou le magistrat désigné par celui-ci, qui a la nature d'un délai de forclusion, est ainsi de quarante-huit heures à compter de la réception de l'injonction par le fournisseur de services d'hébergement et par la personnalité qualifiée de l'ARCOM. Le même délai court, s'agissant d'un fournisseur de contenus, à compter du moment où il est informé par le fournisseur de services d'hébergement du retrait du contenu.

Le premier juge statue sur la légalité de l'injonction de retrait dans un délai de soixante-douze heures à compter de sa saisine.

L'appel de la décision du premier juge doit être interjeté dans les dix jours de la notification du jugement et l'arrêt d'appel doit être rendu dans le mois de l'introduction de la requête devant la cour administrative d'appel.

Il est indiqué sur ce point que si la loi déférée n'a pas précisé les conséquences attachées au non-respect par le premier juge du délai spécial à l'intérieur duquel il doit statuer, de telles règles de procédure administrative contentieuse ne relèvent pas avec certitude du domaine de la loi. Ainsi avez-vous jugé que les dispositions du troisième alinéa de l'article 8 de la loi n° 71-588 du 16 juillet 1971 qui précisent, en ce qui concerne le recours devant le tribunal administratif, que ce tribunal statue dans le délai de deux mois à compter de l'enregistrement de la réclamation au greffe et que, faute d'avoir statué dans ce délai, il est dessaisi au profit du Conseil d'État, relèvent de la procédure devant les juridictions administratives et ressortissent au domaine du pouvoir réglementaire (décision n° 75-84 L du19 novembre 1975, cons. 9). De fait, la plupart des textes de procédure qui, en dehors de la procédure pénale, de la procédure fiscale[4] et des autres matières réservées au législateur par l'article 34 de la Constitution, fixent un délai de jugement spécial et prévoient le dessaisissement du premier juge lorsqu'il n'a pas statué dans le délai imparti, sont de caractère réglementaire[5].

---

[3] Cf. les paragraphes 7 et 17 de votre décision n° 2020-801 DC du 18 juin 2020.
[4] Cf. par exemple l'article L. 201 D du livre des procédures fiscales.
[5] Cf. l'article R. 117 du code électoral ou l'article R. 2113-11 du code général des collectivités territoriales.

Si le recours devant le président du tribunal administratif ou le magistrat désigné par celui-ci n'a pas, par ailleurs, de caractère suspensif, la décision d'injonction étant exécutoire de plein droit bien qu'elle ne soit pas définitive, le nouvel article 6-1-5 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique précise que l'exercice d'un recours en annulation ne préjudicie pas au droit que les fournisseurs de services d'hébergement et les fournisseurs de contenus tiennent des dispositions des articles L. 521-1 et L. 521-2 du code de justice administrative d'introduire une demande tendant à ce que le juge des référés, statuant en urgence, suspende l'exécution de l'injonction ou ordonne toutes mesures nécessaires à la sauvegarde de la liberté d'expression et de communication à laquelle l'autorité ayant pris l'injonction aurait porté, dans l'exercice de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale.

Ainsi, la loi déférée a mis en place des procédures efficaces pour l'exercice du droit de recours effectif dont le principe est posé par l'article 9 du règlement (UE) 2021/874, permettant la remise en ligne à bref délai d'un contenu qui aurait été retiré ou auquel l'accès aurait été bloqué à tort.

Le Gouvernement observe également que, dans l'hypothèse où le tribunal correctionnel serait saisi de poursuites pénales sur le fondement du paragraphe I de l'article 6-1-3 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique, ce tribunal serait compétent, en vertu de l'article 111-5 du code pénal, même en l'absence de saisine du juge administratif, pour interpréter la décision administrative portant injonction de retrait et en apprécier la légalité, dès lors que la solution du procès pénal en dépend.

En huitième lieu, les peines définies par le nouvel article 6-1-3 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique ne sont pas manifestement disproportionnées à la gravité de l'infraction qui consiste à méconnaître l'obligation de retirer des contenus à caractère terroriste ou de bloquer l'accès à ces contenus dans tous les Etats membres dans le délai d'une heure.

Le législateur a retenu des peines maximales d'un an d'emprisonnement et de 250 000 euros d'amende pour une personne physique.

Pour les personnes morales, le taux maximum de l'amende est égal au quintuple de ce montant, en application de l'article 131-38 du code pénal, soit un montant de 1 250 000 euros. Ces mêmes personnes encourent, en outre, la peine complémentaire d'interdiction d'exercer l'activité professionnelle à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise, pour une durée de cinq ans au plus, ainsi que la peine d'affichage ou de diffusion de la décision de condamnation.

Lorsque l'infraction est aggravée par la circonstance qu'elle a été commise de manière habituelle par une personne morale, le montant de l'amende peut être porté à 4% de son chiffre d'affaires mondial pour l'exercice précédent. En adoptant ces dispositions, le législateur n'a fait que se conformer aux dispositions de l'article 18, paragraphe 3, du règlement (UE) 2021/874 qui prévoient que « *Les États membres veillent à ce que le non-respect systématique ou persistant des obligations prévues à l'article 3, paragraphe 3, soit passible de sanctions financières pouvant atteindre jusqu'à 4 % du chiffre d'affaires mondial du fournisseur de services d'hébergement pour l'exercice précédent* ».

Il résulte, par ailleurs, des dispositions d'effet direct du paragraphe 2 de l'article 18 du même règlement qu'aussi bien l'autorité chargée d'engager les poursuites pénales que les juridictions de jugement devront tenir compte, lorsqu'elles se prononcent sur l'opportunité d'imposer des sanctions et lorsqu'elles déterminent le type et le niveau des sanctions, de toutes les circonstances pertinentes, notamment la nature, la gravité et la durée de la violation imputable à un fournisseur de services d'hébergement, le fait que la violation a été commise de manière intentionnelle ou par négligence, les violations commises précédemment par le même fournisseur de services d'hébergement, la solidité financière de celui-ci, le degré de coopération avec les autorités compétentes, la nature et la taille du fournisseur de services d'hébergement, en particulier s'il s'agit d'une micro, petite ou moyenne entreprise, le degré de responsabilité du fournisseur de services d'hébergement, en tenant compte des mesures techniques et organisationnelles prises par celui-ci pour se conformer au règlement.

Ces exigences, en tant qu'elles s'appliquent aux juridictions de jugement, sont de nature à garantir le respect du principe d'individualisation des peines qui découle de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (décision n° 2005-520 DC du 22 juillet 2005, cons. 3).

En tant qu'elles s'appliquent au ministère public, au demeurant soumis au principe d'opportunité des poursuites en vertu de l'article 40-1 du code de procédure pénale, ces mêmes dispositions sont également de nature à garantir que, nonobstant la circonstance que l'infraction pénale prévue par le paragraphe I de l'article 6-1-3 est caractérisée en tous ses éléments dès l'expiration du délai maximal d'une heure imparti à un fournisseur de services d'hébergement pour retirer un contenu à caractère terroriste ou bloquer l'accès à ce contenu, le ministère public devra apprécier l'opportunité d'engager des poursuites pour un premier manquement, pour une violation isolée ou dans le cas où le contenu aurait été retiré ou l'accès à ce contenu bloqué avec quelques minutes de retard seulement.

Il est enfin précisé qu'en l'absence de dispositions en ce sens, la procédure de l'amende forfaitaire prévue par l'article 495-17 du code de procédure pénale et celle de l'ordonnance pénale prévue à l'article 495 du même code ne pourront être mises en œuvre. La procédure de jugement de droit commun, qui implique la tenue d'une audience publique, sera par conséquent applicable.

Il résulte de l'ensemble de ce qui précède que les dispositions de l'article unique de la loi déférée, compte tenu du cadre défini par le règlement (UE) 2021/874 à l'intérieur duquel elles trouvent à s'appliquer, portent à la liberté d'expression et de communication une atteinte qui est nécessaire, adaptée et proportionnée à l'objectif poursuivi.

***

Pour ces raisons, le Gouvernement est d'avis qu'aucun des griefs articulés par les auteurs du recours n'est de nature à conduire à la censure de l'article unique de la loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière de prévention de la diffusion de contenus à caractère terroriste en ligne. Aussi estime-t-il que le Conseil constitutionnel devra rejeter le recours dont il est saisi.