

Requête introductive d'instance

introduite

PAR

1. **French Data Network (Réseau de données français)**, dite FDN.

Association régie par la loi du 1^{er} juillet 1901 établie 16 rue de Cachy, 80090 Amiens, enregistrée en préfecture de la Somme sous le numéro W751107563, opérateur déclaré auprès de l'ARCEP sous la référence 07/1149, prise en la personne de son président M. Fabien SIRJEAN.

Tel. : 06 36 18 91 00

Mail : president@fdn.fr / buro@fdn.fr

2. **La Quadrature du Net**, dite LQDN

Association régie par la loi du 1^{er} juillet 1901 établie au 60 rue des Orteaux, 75020 Paris, enregistrée en préfecture de police de Paris sous le numéro W751218406, prise en la personne de son président M. Philippe AIGRAIN.

Tel. : 06 73 60 88 43

Mail : contact@laquadrature.net

3. **Fédération des fournisseurs d'accès à Internet associatifs**, dite Fédération FDN (FFDN).

Fédération régie par la loi du 1^{er} juillet 1901 établie 16 rue de Cachy, 80090 Amiens, enregistrée en préfecture de la Somme sous le numéro W751210904, regroupant 27 fournisseurs d'accès associatifs français, déclarés auprès de l'ARCEP, et un fournisseur d'accès associatif belge déclaré auprès du régulateur, prise en la personne de son président M. Benjamin BAYART.

Tel. : 06 60 24 24 94

Mail : contact@ffdn.org

CONTRE

Le décret n° 2015-253 du 4 mars 2015 relatif au déréférencement des 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, publié au JORF n° 54 du 4 mars 2015, page 4168

0. Table des matières

1 FAITS	2
2 DISCUSSION — Intérêt à agir	5
2.1 French Data Network	5
2.2 La Quadrature du Net	5
2.3 Fédération des fournisseurs d'accès à Internet associatifs	7
3 DISCUSSION — Légalité externe	8
3.1 Atteinte à la liberté de communication non prévue par la loi	8
3.2 Absence d'étude d'impact antérieure au décret	10
4 DISCUSSION — Légalité interne	12
4.1 Le décret viole la séparation des pouvoirs	12
4.2 Le décret n'est ni clair, ni intelligible	14
4.3 Il existe des mesures alternatives au déréférencement plus proportionnées	17
4.4 L'absence de contrôle juridictionnel viole les droits fondamentaux	21
4.4.1 La loi et le décret ne réunissent pas les garanties suffisantes pour éviter les abus	21
4.4.2 Les voies de recours a posteriori sont ineffectives	25
4.4.3 Le contrôle des mesures par une personne qualifiée de la CNIL est ineffectif	27

1. FAITS

Le 14 mars 2011, le Parlement adoptait la loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure (LOPPSI). Par son article 4, cette loi modifiait l'article 6, I, de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN) en y insérant les deux alinéas suivants :

« Lorsque les nécessités de la lutte contre la diffusion des images ou des représentations de mineurs relevant de l'article 227-23 du code pénal le justifient, l'autorité administrative notifie aux personnes mentionnées au 1 du présent I les adresses électroniques des services de communication au public en ligne contrevenant aux dispositions de cet article, auxquelles ces personnes doivent empêcher l'accès sans délai.

« Un décret fixe les modalités d'application de l'alinéa précédent, notamment celles selon lesquelles sont compensés, s'il y a lieu, les surcoûts résultant des obligations mises à la charge des opérateurs. »

Pour rappel, l'article 227-23 du code pénal susvisé dispose que :

« Le fait, en vue de sa diffusion, de fixer, d'enregistrer ou de transmettre l'image ou la représentation d'un mineur lorsque cette image ou cette représentation présente un caractère pornographique est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende.

« Le fait d'offrir, de rendre disponible ou de diffuser une telle image ou représentation, par quelque moyen que ce soit, de l'importer ou de l'exporter, de la faire importer ou de la faire exporter, est puni des mêmes peines.

« Les peines sont portées à sept ans d'emprisonnement et à 100 000 euros d'amende lorsqu'il a été utilisé, pour la diffusion de l'image ou de la représentation du mineur à destination d'un public non déterminé, un réseau de communications électroniques.

« La tentative des délits prévus aux alinéas précédents est punie des mêmes peines.

« Le fait de consulter habituellement un service de communication au public en ligne mettant à disposition une telle image ou représentation ou de détenir une telle image ou représentation par quelque moyen que ce soit est puni de deux ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende.

« Les infractions prévues au présent article sont punies de dix ans d'emprisonnement et de 500 000 euros d'amende lorsqu'elles sont commises en bande organisée.

« Les dispositions du présent article sont également applicables aux images pornographiques d'une personne dont l'aspect physique est celui d'un mineur, sauf s'il est établi que cette personne était âgée de dix-huit ans au jour de la fixation ou de l'enregistrement de son image. »

Le 13 novembre 2014, le Parlement adoptait la loi n° 2014-1353 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme. Son article 12 modifie la LCEN en y insérant un nouvel article 6-1 :

« Lorsque les nécessités de la lutte contre la provocation à des actes terroristes ou l'apologie de tels actes relevant de l'article 421-2-5 du code pénal ou contre la diffusion des images ou des représentations de mineurs relevant de l'article 227-23 du même code le justifient, l'autorité administrative peut demander à toute personne mentionnée au III de l'article 6 de la présente loi ou aux personnes mentionnées au 2 du I du même article 6 de retirer les contenus qui contreviennent à ces mêmes articles 421-2-5 et 227-23. Elle en informe simultanément les personnes mentionnées au 1 du I de l'article 6 de la présente loi.

« En l'absence de retrait de ces contenus dans un délai de vingt-quatre heures, l'autorité administrative peut notifier aux personnes mentionnées au même 1 la liste des adresses électroniques des services de communication au public en ligne contrevenant auxdits articles 421-2-5 et 227-23. Ces personnes doivent alors empêcher sans délai l'accès à ces adresses. Toutefois, en l'absence de mise à disposition par la personne mentionnée au III du même article 6 des informations mentionnées à ce même III, l'autorité administrative peut procéder à la notification prévue à la première phrase du présent alinéa sans avoir préalablement demandé le retrait des contenus dans les conditions prévues à la première phrase du premier alinéa du présent article.

« L'autorité administrative transmet les demandes de retrait et la liste mentionnées, respectivement, aux premier et deuxième alinéas à une personnalité qualifiée, désignée en son sein par la Commission nationale de l'informatique et des libertés pour la durée de son mandat dans cette commission. Elle ne peut être désignée parmi les personnes mentionnées au 1° du I de l'article 13 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. La personnalité qualifiée s'assure de la régularité des demandes de retrait et des conditions d'établissement, de mise à jour, de communication et d'utilisation de la liste. Si elle constate une irrégularité, elle peut à tout moment recommander à l'autorité administrative d'y mettre fin. Si l'autorité administrative ne suit pas cette recommandation, la personnalité qualifiée peut saisir la juridiction administrative compétente, en référé ou sur requête.

« L'autorité administrative peut également notifier les adresses électroniques dont les contenus contreviennent aux articles 421-2-5 et 227-23 du code pénal aux moteurs de recherche ou aux annuaires, lesquels prennent toute mesure utile destinée à faire cesser le référencement du service de communication au public en ligne. La procédure prévue au troisième alinéa du présent article est applicable.

« La personnalité qualifiée mentionnée au même troisième alinéa rend public chaque année un rapport d'activité sur les conditions d'exercice et les résultats de son activité, qui précise notamment le nombre de demandes de retrait, le nombre de contenus qui ont été retirés, les motifs de retrait et le nombre de recommandations

faites à l'autorité administrative. Ce rapport est remis au Gouvernement et au Parlement.

« Les modalités d'application du présent article sont précisées par décret, notamment la compensation, le cas échéant, des surcoûts justifiés résultant des obligations mises à la charge des opérateurs.

« Tout manquement aux obligations définies au présent article est puni des peines prévues au 1 du VI de l'article 6 de la présente loi. »

L'article 5 de cette loi du 13 novembre 2014 créait aussi l'article 421-2-5 du code pénal, lequel dispose que :

« Le fait de provoquer directement à des actes de terrorisme ou de faire publiquement l'apologie de ces actes est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende.

« Les peines sont portées à sept ans d'emprisonnement et à 100 000 € d'amende lorsque les faits ont été commis en utilisant un service de communication au public en ligne.

« Lorsque les faits sont commis par la voie de la presse écrite ou audiovisuelle ou de la communication au public en ligne, les dispositions particulières des lois qui régissent ces matières sont applicables en ce qui concerne la détermination des personnes responsables. »

L'adoption des lois du 14 mars 2011 et du 13 novembre 2014 a été suivie par l'adoption du décret n° 2015-253 du 4 mars 2015 relatif au déréférencement des 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.

C'est la décision attaquée.

2. DISCUSSION — Intérêt à agir

2.1. French Data Network

FDN est une association loi 1901 et un fournisseur d'accès à Internet. Elle existe, et exerce son activité depuis 1992, ce qui en fait le plus ancien fournisseur d'accès français à Internet encore en activité. Elle regroupe 450 adhérents et est administrée de manière entièrement bénévole. Elle ne fournit d'accès à Internet qu'à ses membres. Son intérêt à agir, en l'espèce est donc certain.

En tant qu'association, représentant ses membres, y compris ceux auxquels elle fournit un accès à Internet, ses abonnés sont concernés au premier chef par les mesures restrictives de liberté mises en œuvre par le décret attaqué, les autres membres de l'association étant autant concernés en tant qu'ils sont internautes même si leur accès n'est pas fourni par l'association.

L'intérêt à agir de FDN a été reconnu par le Conseil d'État dans l'affaire n° 342405, par exemple.

2.2. La Quadrature du Net

La Quadrature du Net est une association loi 1901. Son objet général est la défense des droits fondamentaux dans l'environnement numérique. À ce titre, elle intervient dans les débats réglementaires touchant au droit de l'Internet aux niveaux français et européen, notamment en développant des analyses juridiques, en proposant et en évaluant des amendements au cours des procédures législatives.

L'un des axes forts de ses positions est la défense d'une protection judiciaire des droits fondamentaux sur Internet, et notamment la liberté d'expression et de communication. À ce titre, elle s'oppose à la délégation de la répression des infractions aux acteurs privés ou administratifs.

Cette défense de l'État de droit l'a évidemment conduite à se mobiliser sur les questions de vie privée et de surveillance des communications sur Internet. Depuis janvier 2014, elle participe à l'Observatoire des Libertés Numériques, créé suite à la mobilisation de la société civile contre l'article 20 de la Loi de programmation militaire, aux côtés entre autres de la Ligue des Droits de l'Homme et du Syndicat de la Magistrature. Ré-

vement, elle a encore été auditionnée par le Conseil d'État le 28 janvier 2014 en vue de l'élaboration de son étude annuelle pour l'année 2014 intitulée « Le numérique et les droits fondamentaux ».

Les statuts de l'association lui confèrent la possibilité d'ester en justice — possibilité qu'elle entend exercer à l'occasion de ce recours.

Par le passé, La Quadrature du Net a déjà eu l'occasion d'intervenir auprès de juridictions. En 2011, elle était intervenue auprès du Conseil constitutionnel au travers d'un mémoire en « amicus curiae » pour pointer le caractère disproportionné et dès lors inconstitutionnel des mesures de blocage administratif de sites inscrit à l'article 4 de la loi LOPPSI¹. Actuellement, elle participe à une tierce intervention d'une coalition d'ONG européennes auprès de la Cour européenne des droits de l'Homme, à l'occasion du recours de plusieurs associations britanniques contre le programme de surveillance d'Internet TEMPORA, révélé par Edward Snowden².

Plus récemment elle a introduit deux recours devant le Conseil d'État. Un premier recours pour excès de pouvoir a été introduit devant le Conseil d'État contre le décret n° 2014-1576 du 24 décembre 2014 relatif à l'accès administratif aux données de connexion publié au Journal officiel de la République française n° 298 du 26 décembre 2014, p. 22224. Un second recours pour excès de pouvoir a ensuite été introduit devant le Conseil d'État contre le décret n° 2015-125 du 5 février 2015 relatif au blocage des 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, publié au JORF n° 31 du 6 février 2015, page 1811.

Ces actions juridictionnelles s'inscrivent dans la continuité des nombreuses activités menées par La Quadrature du Net. En effet, à de très nombreuses reprises, La Quadrature du Net s'est opposée à l'introduction de mesures de blocages de sites Internet. Plus récemment, suite à l'adoption par la Cour de justice de l'Union européenne de son arrêt *Costeja* du 13 mai 2014 (aff. C-131/14), elle a eu l'occasion de prendre position à de nombreuses reprises sur le déréférencement de résultats de moteurs de recherche.

Ainsi, elle a pu élaborer en partenariat avec Reporters sans frontières une série de recommandations portant sur les modalités de déréférencement. Un axe important de ces recommandations était la nécessité d'une intervention judiciaire, compte tenu de l'équilibre qu'il convient de rechercher en la matière entre les droits et libertés en présence.

Étant précisé que, comme il sera exposé, les mesures de déréférencement peuvent emporter une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression ainsi qu'à d'autres droits et libertés que La Quadrature du Net a pour objet statutaire de défendre.

Ainsi, La Quadrature du Net introduit la présente requête non seulement en conformité avec ses statuts, mais aussi en pleine cohérence avec ses activités.

Par ailleurs, La Quadrature du Net agit en tant que représentant de l'ensemble de ses membres, dont la liberté d'expression et d'information est mise en cause par les dispositions attaquées.

¹http://www.laquadrature.net/files/20110214_La\%20Quadrature\%20du\%20Net_Amicus\%20curiae\%20LOPSSI2.pdf

²<https://www.laquadrature.net/fr/la-quadrature-sengage-dans-la-lutte-juridictionnelle-contre-la-surveillance-de-masse>

2.3. Fédération des fournisseurs d'accès à Internet associatifs

La Fédération FDN regroupe 28 fournisseurs d'accès à Internet associatifs, dont 27 sont des associations de droit français (loi de 1901 ou droit spécifique d'Alsace Moselle, selon le cas), la 28^e étant une association de droit belge. Toutes ces associations sont gérées de manière bénévole et représentent, toutes ensemble, près de 2000 adhérents. FDN est une des associations membres, et fondatrice, de la Fédération FDN. Les associations membres de la Fédération FDN sont toutes signataires d'une charte par laquelle elles prennent des engagements éthiques et techniques.

La Fédération FDN présente un intérêt à agir certain en tant que représentant, au travers de ses membres, de l'ensemble des abonnés et adhérents de ses associations membres, concernés par les mesures restrictives de libertés mises en œuvre par le décret attaqué.

Par la présente requête conjointe, ces trois associations demandent l'annulation du décret attaqué, en ce qu'il est illégal tant en la forme que sur le fond.

3. DISCUSSION — Légalité externe

La décision attaquée est entachée de vices d'incompétence et de procédure.

3.1. Atteinte à la liberté de communication non prévue par la loi

En droit,

L'article 34 de la Constitution dispose que :

« La loi fixe les règles concernant :

« - les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; la liberté, le pluralisme et l'indépendance des médias ; les sujétions imposées par la défense nationale aux citoyens en leur personne et en leurs biens ; »

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. »

Le Conseil constitutionnel a précisé, dans sa décision n° 2009-577 DC du 3 mars 2009, que :

*« La libre communication des pensées et des opinions, garantie par l'article 11 de la Déclaration de 1789 ne serait pas effective si le public auquel s'adressent les moyens de communication audiovisuels n'était pas à même de disposer, aussi bien dans le cadre du secteur privé que dans celui du secteur public, de programmes qui garantissent l'expression de tendances de caractère différent en respectant l'impératif d'honnêteté de l'information. En définitive, **l'objectif à réaliser est que les auditeurs et les téléspectateurs, qui sont au nombre des destinataires essentiels de la liberté proclamée par l'article 11, soient à même d'exercer leur libre choix sans que ni les intérêts privés ni les pouvoirs publics puissent y substituer leurs propres décisions.** »*

Ainsi, le législateur dispose d'un monopole pour limiter l'exercice des droits et libertés reconnus par la Constitution, notamment la liberté de communication.

Comme l'a fréquemment reconnu le Conseil constitutionnel, le législateur est d'ailleurs tenu de n'adopter que des dispositions ayant une portée normative. Cette « exigence démocratique » de premier ordre¹ a été imposée au législateur pour la première fois dans une décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005, *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école* :

*« 8. Considérant qu'aux termes de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : "La loi est l'expression de la volonté générale..." ; qu'il résulte de cet article comme de l'ensemble des autres normes de valeur constitutionnelle relatives à l'objet de la loi que, sous réserve de dispositions particulières prévues par la Constitution, **la loi a pour vocation d'énoncer des règles et doit par suite être revêtue d'une portée normative** ;*

« 9. Considérant qu'il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34 ; qu'à cet égard, le principe de clarté de la loi, qui découle du même article de la Constitution, et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789, lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques afin de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi ; »

Dans le cadre du contrôle de la normativité des dispositions législatives, le Conseil constitutionnel a pu constater que de nombreuses dispositions législatives étaient dépourvues de toute portée juridique. Dans ce cadre, il ne saurait revenir au pouvoir réglementaire de compenser les lacunes de la norme législative. Dans l'hypothèse où une disposition législative est dépourvue de portée normative, il faut considérer le pouvoir réglementaire comme incompetent pour déterminer la norme.

En l'absence de disposition du législateur définissant les limites portées à l'exercice de la liberté de communication, le pouvoir réglementaire est donc incompetent pour mettre en œuvre de telles limites.

En l'espèce,

L'article 6-1 de la LCEN prévoit à l'alinéa 4 que :

*« L'autorité administrative peut également notifier les adresses électroniques dont les contenus contreviennent aux articles 421-2-5 et 227-23 du code pénal **aux moteurs de recherche ou aux annuaires, lesquels prennent toute mesure utile** destinée à faire cesser le référencement du service de communication au*

¹Mathieu, B., « La normativité de la loi : une exigence démocratique », Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 21, janvier 2007 <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-21/la-normativite-de-la-loi-une-exigence-democratique.50550.html>

public en ligne. La procédure prévue au troisième alinéa du présent article est applicable. »

Cette disposition, bien que d'origine législative, est pourtant inapplicable.

En effet, un moteur de recherche ou un annuaire n'est pas un sujet de droit. Ce ne sont que des suites de logiciels et de données, des objets inanimés : ils ne peuvent pas être destinataires d'une notification et toute disposition qui leur imposerait des obligations est nécessairement sans aucune portée normative.

Ainsi, la loi ne modifie en rien la situation juridique de personnes déterminées.

Pour s'en assurer, il suffit de comparer les dispositions précitées avec celles de l'article 6, I, 1 de la LCEN par exemple, dont les destinataires sont « *les personnes dont l'activité est d'offrir* » des services identifiés, que ce soit d'hébergement ou d'accès aux services de communications au public en ligne.

Alors que la loi ne crée aucune obligation juridique à destination d'aucune personne déterminée, le décret tente de corriger cette lacune du législateur en désignant les « *exploitants de moteurs de recherche ou d'annuaires* ». Le décret attaqué indique en effet dans son article 1 que :

*« L'autorité mentionnée à l'article 1er du décret du 5 février 2015 susvisé peut [...] notifier **aux exploitants** de moteurs de recherche ou d'annuaires les adresses électroniques dont les contenus contreviennent aux articles 421-2-5 et 227-23 du code pénal selon un mode de transmission sécurisé, qui en garantit la confidentialité et l'intégrité. »*

Par cette disposition, le Gouvernement a créé une obligation à la charge des « *exploitants* » de moteurs de recherche ou d'annuaires, tandis que le législateur n'en avait prévu aucune.

Pour preuve, à aucun moment ces « *exploitants* » visés par le décret ne sont visés par la loi.

En conclusion,

Le Gouvernement a, par le décret attaqué, créé des obligations imposées aux exploitants de moteurs de recherche et d'annuaires qui n'étaient pas prévues par la loi. En cela, il a agi en dehors de la compétence générale qui lui est dévolue et a empiété sur les compétences confiées au pouvoir législatif en vertu de l'article 34 de la Constitution.

Ainsi, le décret attaqué doit être annulé.

3.2. Absence d'étude d'impact antérieure au décret

D'après la circulaire du 17 février 2011 relative à la simplification des normes concernant les entreprises et les collectivités territoriales :

« L'élaboration de tout projet de loi, d'ordonnance, de décret ou d'arrêté comportant des mesures concernant les entreprises, c'est-à-dire susceptibles d'avoir une

incidence sur elles, tout particulièrement sur les petites et moyennes entreprises et sur les entreprises du secteur industriel, appelle une analyse d'impact circonstanciée.

« S'agissant des projets d'ordonnance, de décret et d'arrêté, cette évaluation préalable sera retracée dans la fiche d'impact de l'annexe III de la présente circulaire.

*« Le commissaire à la simplification **doit être saisi** du projet de texte et de l'analyse d'impact correspondante :*

[...]

« — s'agissant des projets de décret en Conseil d'État ou d'ordonnance, au plus tard concomitamment à la saisine des instances obligatoirement consultées si le projet entre dans leur champ de compétence et préalablement à l'organisation d'une réunion interministérielle ou saisine du cabinet du Premier ministre pour arbitrage et, en toute hypothèse, à la saisine du Conseil d'État. »

Cette circulaire, adoptée par le Premier ministre, crée une obligation pour l'ensemble des composantes du Gouvernement et de l'administration non seulement d'élaborer une fiche d'impact mais de saisir le commissaire à la simplification du projet de décret, à tout le moins lors de la saisine du Conseil d'État.

Cette obligation s'applique lorsque sont en cause des mesures concernant les entreprises et tout particulièrement des petites et moyennes entreprises. Ce qui est le cas en l'espèce en tenant compte du fait, comme cela sera développé page 16, que la notion de moteur de recherche et d'annuaire couvre un ensemble d'acteurs très vaste.

Le décret attaqué, en ce qu'il comporte des mesures concernant un nombre incalculable de petites et moyennes entreprises, voire des associations — devait être précédé d'une étude d'impact ainsi que d'une saisine du commissaire à la simplification. Or, il n'en a rien été.

Ainsi, le décret a été adopté en contradiction des dispositions contraignantes précitées et devra donc être annulé.

4. DISCUSSION — Légalité interne

La décision attaquée doit au surplus être annulée en ce qu'elle est contraire au droit de l'Union européenne et à la Convention EDH, à la loi, aux principes généraux du droit ainsi qu'à la Constitution.

4.1. Le décret viole la séparation des pouvoirs

Le décret attaqué confie à l'autorité administrative le soin de qualifier un service de délictueux au sens des articles 421-2-5 et 227-23 du code pénal et de prendre des mesures répressives à leur égard. En cela, le décret attaqué viole la Constitution et l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen.

En droit,

L'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 dispose que :

« Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution. »

Comme le Conseil constitutionnel l'a jugé encore récemment dans sa décision n° 2011-192 QPC du 10 novembre 2011 :

« [L]'article 16 de la Déclaration de 1789 implique le respect du caractère spécifique des fonctions juridictionnelles, sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur ni le Gouvernement[...] » (considérant 21)

Dans sa décision n° 2005-532 DC du 19 janvier 2006, le Conseil constitutionnel a précisé le principe de la séparation des pouvoirs en jugeant que :

« [Les] mesures de police purement administrative [...] ne sont pas placées sous la direction ou la surveillance de l'autorité judiciaire, mais relèvent de la seule responsabilité du pouvoir exécutif; qu'elles ne peuvent donc avoir d'autre finalité que de préserver l'ordre public et de prévenir les infractions; que, dès lors, en indiquant qu'elles visent non seulement à prévenir les actes de terrorisme, mais

encore à les réprimer, le législateur a méconnu le principe de la séparation des pouvoirs ; » (considérant 5)

Le principe de la séparation des pouvoirs implique donc que le pouvoir de réprimer un comportement relève exclusivement de l'autorité judiciaire, à l'exclusion du Gouvernement et du législateur. Par exception, ce pouvoir exclusif peut être partagé avec une autorité administrative indépendante disposant d'un « *pouvoir de sanction dans la mesure nécessaire à l'accomplissement de sa mission* » (Cons. const. décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, considérant 27).

Le pouvoir de réprimer se composant de deux pouvoirs — celui de juger quels comportements doivent être réprimés et celui de juger par quelle peine la répression doit s'exercer — en matière pénale, l'autorité judiciaire a le pouvoir exclusif de juger qu'un comportement constitue un délit ou un crime et par quelle peine le sanctionner.

L'article 6-1 de la LCEN quant à lui dispose, en son cinquième alinéa, que :

*« L'autorité administrative peut également notifier les adresses électroniques **dont les contenus contreviennent aux articles 421-2-5 et 227-23 du code pénal** aux moteurs de recherche ou aux annuaires, lesquels prennent toute mesure utile destinée à faire cesser le référencement du service de communication au public en ligne. La procédure prévue au troisième alinéa du présent article est applicable. »*

Cette disposition confère à une autorité administrative le pouvoir d'exiger d'une personne non identifiée qu'un moteur de recherche ou un annuaire cesse de référencer des services contrevenant aux articles 421-2-5 et 227-23 du code pénal précités, sans toutefois renvoyer à une décision de l'autorité judiciaire antérieure qualifiant ainsi ces services, conformément au principe de la séparation des pouvoirs.

En l'espèce,

L'article 4 du présent décret dispose :

« L'office central de lutte contre la criminalité liée aux technologies de l'information et de la communication vérifie au moins chaque trimestre que les adresses électroniques notifiées ont toujours un contenu présentant un caractère illicite.

« Il notifie sans délai les adresses électroniques dont le contenu ne présente plus de caractère illicite à la personnalité qualifiée et aux exploitants des moteurs de recherche ou d'annuaires. Dans un délai de quarante-huit heures suivant cette notification, ceux-ci rétablissent par tout moyen approprié le référencement de ces adresses électroniques. »

Cette disposition confie à l'OCLCTIC le pouvoir de lever le déréférencement d'un service s'il considère, selon ses propres vérifications, que ce service ne constitue plus l'un des délits prévus, sans donc qu'un juge n'ait eu à se prononcer sur la nature délictuelle de celui-ci.

L'article 1 du présent décret dispose :

« L'autorité mentionnée à l'article 1er du décret du 5 février 2015 susvisé peut, sans préjudice des demandes de retrait ou de blocage effectuées en application

*de l'article 6-1 de la loi du 21 juin 2004 susvisée, notifier aux exploitants de moteurs de recherche ou d'annuaires les adresses électroniques **dont les contenus contreviennent aux articles 421-2-5 et 227-23 du code pénal** selon un mode de transmission sécurisé, qui en garantit la confidentialité et l'intégrité. »*

Cette disposition confie à l'OCLCTIC la mission de transmettre aux exploitants de moteurs de recherche ou d'annuaires la liste des adresses électroniques des services constituant l'un des délits concernés, afin que le référencement en soit bloqué, sans toutefois exiger explicitement que seuls y figurent les services ainsi caractérisés par un juge.

Or, au vu de son article 4 précité, l'économie du présent décret indique que la mission confiée à l'OCLCTIC à son article 1 comprend aussi celle de définir seul la liste des services à bloquer, sans qu'un juge n'ait eut à décider s'ils constituaient l'un des délits concernés.

De la sorte, par les articles 1 à 4 du présent décret, l'administration s'est arrogé le pouvoir de qualifier un comportement de délit, alors que ce pouvoir relève de celui de réprimer, exclusif de l'autorité judiciaire selon le principe de la séparation des pouvoirs. L'OCLCTIC n'étant pas une autorité administrative indépendante, elle ne saurait bénéficier de l'exception pouvant lui laisser un pouvoir de sanction propre.

En conclusion,

En ce qu'ils confient à l'OCLCTIC le soin de qualifier seul un service comme contrevenant aux articles 421-2-5 et 227-23 du code pénal, les articles 1 et 4 du décret attaqué violent l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen et l'article 6-1 de la LCEN et devront de ce chef être annulés.

4.2. Le décret n'est ni clair, ni intelligible

Le décret porte une atteinte disproportionnée aux principes de sécurité juridique et de confiance légitime ainsi qu'à l'objectif de valeur constitutionnelle de clarté et d'intelligibilité de la norme.

En droit,

Dans son arrêt *KPMG* du 24 mars 2006 (n° 288460, 288465, 288474, 288485), le Conseil d'État a jugé que le moyen selon lequel un acte administratif pouvait entraver l'objectif de valeur constitutionnelle de clarté et d'intelligibilité de la norme était opérant, tout autant que l'est, de manière traditionnelle, le principe général de sécurité juridique.

En l'espèce,

L'applicabilité du principe de sécurité juridique est ici avérée en ce qu'il est un principe général du droit auquel les actes administratifs sont tous soumis. Et quant à l'objectif de clarté et d'intelligibilité, l'administration y est soumise au même titre que le législateur.

Or, le décret n'est ni clair, ni intelligible et porte ainsi atteinte au principe de sécurité juridique en ce qu'il mobilise les notions, d'une part, d'« *adresse électronique* » et, d'autre part, de « *moteur de recherche* » et d'« *annuaire* ».

En effet, d'abord, ses articles 1 à 4 font tous référence à la notion d'« *adresse électronique* » sans toutefois la définir, sauf à supposer qu'elle renvoie à l'article 2 du décret 2015-125 qui dispose que :

« Les adresses électroniques figurant sur la liste comportent soit un nom de domaine (DNS), soit un nom d'hôte caractérisé par un nom de domaine précédé d'un nom de serveur. »

Or, premièrement, cette définition relève du non-sens technique :

- d'une part, un nom de domaine n'est pas un DNS ; un DNS désignant un annuaire faisant l'équivalence entre un nom de domaine et une adresse IP ; par conséquent, l'expression « un nom de domaine (DNS) » n'a aucun sens ;
- d'autre part, un nom d'hôte « caractérisé par un nom de domaine précédé d'un nom de serveur » n'est pas une notion techniquement et juridiquement intelligible ; la notion de « nom de serveur » ne renvoyant à aucune notion connue, y compris pour des spécialistes des réseaux Internet.

Deuxièmement, la notion d'« *adresse électronique* » n'est pas précisément définie par le décret attaqué, ni par le décret 2015-125 visé. Cette notion, telle que présentée dans le décret attaqué, peut recouvrir en l'espèce deux situations :

1. L'adresse d'une page Web précise, alors appelée « *adresse URL* » (pour « *Uniform Resource Locator* »), pouvant ainsi se présenter : `http://monsite.fr/fichier.html`.
2. Un nom de domaine, pouvant ainsi se présenter : `monsite.fr`.

Or, le sens plural que peut revêtir cette notion inédite en droit n'est pas sans conséquence. En effet, selon la forme technique que revêtira une « *adresse électronique* » telle que notifiée par l'autorité administrative en conformité avec le décret attaqué, alors les moyens de mise en œuvre de la mesure de déréférencement n'ont pas la même portée.

1. S'il s'agit de déréférencer l'adresse URL d'une page Web précise, les exploitants des moteurs de recherche ou d'annuaires n'ont à empêcher l'indexation que de cette page précise, laissant toutes les autres pages du service de communication au public en ligne référencées et accessibles par leurs services.
2. S'il s'agit de déréférencer un nom de domaine, il y a d'une part un risque majeur de déréférencer des contenus dont la légalité n'est pas mise en cause (par exemple en déréférençant `gouv.fr` on atteint autant `impots.gouv.fr` que `legifrance.gouv.fr` qui sont pourtant très indépendants l'un de l'autre), et il y a d'autre part la certitude de déréférencer les pages qui *seront* publiées sur les sites déréférencés à l'avenir et dont on ne peut pas préjuger de la légalité.

Enfin, il faut souligner qu'une formulation précise et rigoureuse de la notion d'« *adresse électronique* » était possible, par exemple en prenant des références techniques précises et sans ambiguïtés : « Les adresses électroniques figurant sur la liste sont les adresses URL des pages dont les contenus contreviennent à [...] ».

Ensuite, les notions de « *moteur de recherche* » et d'« *annuaire* », que le présent décret utilise sans les définir, peuvent couvrir une variété de services extrêmement large.

Premièrement, quant à la notion de « *moteur de recherche* », il peut être rapporté la définition qu'a pu en donner le législateur au cours des discussions sur le projet de loi pour la croissance et l'activité comme couvrant « tout service en ligne dont l'activité consiste à trouver des informations, de nature générale ou commerciale, se rapportant à un ou plusieurs sujets de recherche, délimités et spécifiques, proposés au public sur l'ensemble ou une partie substantielle du réseau Internet, sous forme de texte, d'image ou de vidéo et à les mettre à disposition de l'utilisateur en réponse à une requête exprimée par ce dernier, selon un ordre de préférence »¹.

Néanmoins, une telle définition n'est pas exhaustive. En effet, techniquement, l'activité de moteur de recherche ne se limite pas au référencement d'une partie substantielle du réseau Internet (tel que réalisé par Google, Yahoo! ou Bing, par exemple) mais peut aussi recouvrir le référencement de contenus proposés par un seul ou un nombre limité de services de communication au public en ligne. Il en va ainsi, par exemple, du moteur de recherche proposé par un site de presse, un forum ou un réseau social permettant d'y retrouver les contenus qu'y ont publiés leurs utilisateurs (une page sur Facebook ou un message sur Twitter, typiquement).

Toutefois, le présent décret échoue à préciser si la notion de moteur de recherche doit être entendue si largement ou si elle se limite aux seuls et rares services référençant une partie substantielle du réseau Internet.

Secondement, quant à la notion d'« *annuaire* », elle recouvre techniquement l'activité consistant à proposer plusieurs liens hypertextes vers des services accessibles au public en ligne. En pratique, l'activité d'annuaire est l'activité principale de certains services de communication au public en ligne, mais reste majoritairement une activité accessoire à d'autres services. De sorte qu'en ne précisant pas davantage cette notion, le présent décret peut tout aussi bien viser des sites spécialisés, répertoriant plusieurs centaines de sites Internet, que des sites non spécialisés n'en répertoriant qu'une poignée. Selon l'acception retenue de la notion, c'est donc presque la totalité des sites Internet (ceux proposant des liens vers au moins deux autres sites) qui pourrait être concernée par les mesures créées par le présent décret.

Qui plus est, il est à observer qu'un élément litigieux ayant succédé à l'affaire *Costeja* précitée était de savoir quelle était la portée de la mesure de déréférencement imposée. Alors que l'incertitude règne encore en la matière, le décret manque de définir la portée de la mesure de déréférencement. Cette mesure concerne-t-elle les moteurs de recherche accessibles depuis la France ? Concerne-t-elle toutes les extensions des moteurs de recherches (.com, .co.uk, .re, etc.) ?

En conclusion,

En échouant à définir de façon cohérente ou univoque les notions qu'ils mobilisent et en exposant potentiellement une très large partie des éditeurs, hébergeurs et autres prestataires de services en lignes aux peines prévues au 1 du VI de l'article 6 de la LCEN,

¹Sénat, Projet de loi : Croissance, activité et égalité des chances économiques, amendement n° 995, du 7 avril 2015 http://www.senat.fr/amendements/2014-2015/371/Amdt_995.html

les articles 1 à 4 du décret attaqué doivent être annulés en ce qu'ils portent une atteinte disproportionnée aux principes de sécurité juridique et de confiance légitime ainsi qu'à l'objectif de valeur constitutionnelle de clarté et d'intelligibilité de la norme.

4.3. Il existe des mesures alternatives au déréférencement plus proportionnées

La disproportion de l'atteinte portée par les dispositions attaquées à la liberté d'expression est caractérisée par l'existence de mesures alternatives plus proportionnées.

En droit,

Lorsque la Cour EDH et la CJUE évaluent le caractère nécessaire d'une mesure portant atteinte à la liberté d'expression, elles cherchent à déterminer si des mesures alternatives moins restrictives des libertés fondamentales en jeu permettent de satisfaire l'objectif poursuivi.

En ce sens l'article 52, paragraphe 1, de la Charte des droits fondamentaux dispose que :

« 1. Toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui. »

Tant la CJUE que la Cour EDH ont, au fil de leur jurisprudence, distingué plusieurs critères leur permettant d'évaluer la proportionnalité d'une restriction. Pour s'assurer de la proportionnalité d'une ingérence dans les droits et libertés fondamentaux, les juridictions sont notamment conduites à examiner si l'ingérence est pertinente pour parvenir au but visé et si ce but peut être atteint de manière satisfaisante par d'autres moyens, moins restrictifs de droits.

De ce point de vue, dans le but de prévenir ou de réprimer les abus à la liberté d'expression, le retrait des contenus des serveurs les accueillant constitue une mesure bien plus respectueuse des droits en cause que le déréférencement ou la censure des services les proposant, et ce même si elle se heurte aux limites de la coopération internationale.

Ainsi, dans l'affaire *Yildirim c. Turquie*, la Cour EDH remarque, qu'à l'occasion du recours devant le tribunal d'instance pénal contre sa décision, l'autorité administrative turque en charge de la régulation des télécommunications (la PTI), qui avait initialement prononcé la mesure de blocage, avait indiqué aux juges « *que c'était là la seule possibilité de bloquer le site litigieux, son propriétaire n'étant pas titulaire d'un certificat d'hébergement et se trouvant à l'étranger* » (§10).

La Cour EDH observe à ce sujet que :

« (...) il convient d'observer que lorsque le tribunal d'instance pénal de Denizli a décidé de bloquer totalement l'accès à Google Sites en vertu de la loi n°5651, il s'est contenté de se référer à un avis émanant de la PTI, et n'a pas recherché si une mesure moins lourde pouvait être adoptée pour bloquer l'accès au site litigieux » (§64)

Toute autorité publique ayant à juger de la légalité d'une mesure de blocage doit donc rechercher si une mesure moins restrictive de liberté peut être employée.

Enfin, le paragraphe 1 de l'article 10 de la Convention EDH précise que la sauvegarde de la liberté d'expression et des principes de la jurisprudence relative vaut « *sans considération de frontière* » (voir : CEDH, Association Ekin c. France, n° 39288/98, Association Ekin, § 62).

En l'espèce,

L'article 6-1 de la LCEN, alinéa 4, prévoit que :

« L'autorité administrative peut également notifier les adresses électroniques dont les contenus contreviennent aux articles 421-2-5 et 227-23 du code pénal aux moteurs de recherche ou aux annuaires, lesquels prennent toute mesure utile destinée à faire cesser le référencement du service de communication au public en ligne. La procédure prévue au troisième alinéa du présent article est applicable. »

La loi prévoit ici que l'administration peut demander le déréférencement d'un contenu sans en avoir préalablement demandé le retrait à l'éditeur du service le proposant ou à l'hébergeur accueillant ce service.

En premier lieu, ce faisant la loi manque d'imposer le respect du principe de subsidiarité voulant que toute demande de censure soit d'abord faite à l'éditeur du service en cause, puis à l'hébergeur de ce service, avant d'être portée aux personnes participant à sa diffusion — tels que des exploitants de moteurs de recherche ou d'annuaires. Or, imposer à l'administration le respect du principe de subsidiarité permettrait de parvenir à l'adoption de mesures plus proportionnées.

Tout d'abord, un retrait par l'hébergeur ou l'éditeur permettrait de parvenir à un retrait définitif des contenus en cause, ce qui serait plus à même de répondre au but poursuivi que de simplement limiter la diffusion de ces contenus en les déréférencant.

Mais, surtout, pour les cas où ce ne serait pas l'entièreté d'un site qui serait en cause mais seulement une de ses pages ou de ses phrases, l'éditeur pourrait consentir à retirer cette page ou cette phrase s'il le lui était demandé par l'administration — ce qui n'est pas ici prévu. Ainsi, à l'inverse, par les mesures instituées par le décret attaqué, l'administration se voit en droit de demander le déréférencement de toute une adresse électronique, pouvant, en l'absence de définition de cette expression, correspondre à l'ensemble du site, voire à d'autres sites, sans avoir laissé au préalable à l'éditeur la possibilité de corriger le contenu en cause.

De telles mesures ne sauraient donc être proportionnées puisque, par nature, emporteraient avec elle le déréférencement de contenus qui ne seraient pas attentatoires aux articles L. 421-2-5 et L. 227-3 du code pénal, et ce sans exiger qu'aient été entreprises au

préalable des démarches aux conséquences nettement moins dommageables et pourtant plus efficaces.

En deuxième lieu, en amont de la mesure de déréférencement, le décret attaqué échoue à prévoir un éventail de mesures suffisamment large pour permettre effectivement de parvenir au but poursuivi de la manière la plus proportionnée.

En particulier, il faudrait, s'agissant des possibles alternatives au déréférencement, distinguer les hébergeurs et éditeurs qui sont physiquement situés sur le territoire français et ceux situés à l'étranger.

Dans le premier cas, le Gouvernement ne justifie aucunement des difficultés d'application. Intervenir auprès de l'éditeur ou de l'hébergeur d'un site pour obtenir le retrait d'un contenu contrevenant aux articles L. 421-2-5 et L. 227-3 du code pénal ne requiert pas plus de difficultés que dans le cadre de la commission d'une quelconque autre infraction. Le déréférencement apparaît dans un tel cas totalement disproportionné.

Dans le second cas, lorsque les éditeurs ou les hébergeurs sont situés hors du territoire national, ni la loi ni le décret attaqué n'envisagent de passer par les voies de la coopération policière et judiciaire pour obtenir le retrait du contenu. Certes, le Gouvernement justifie la nécessité de recourir à des mesures de déréférencement de sites pour les internautes situés sur le territoire français par les lacunes et les lenteurs de la coopération policière et judiciaire internationale en matière de retrait de contenu. Mais les associations requérantes notent que ni la loi ni le décret attaqué ne prennent la peine d'opérer une distinction entre, d'une part, les éditeurs et hébergeurs qui échapperaient totalement aux autorités françaises car se situant dans des États non coopératifs en matière de lutte contre la cybercriminalité et pour lesquels les demandes de retrait prononcées pourraient s'avérer inefficaces, de ceux qui, d'autre part, seraient situés sur le territoire français ou dans des États avec lesquels une coopération policière et judiciaire aurait toutes les chances d'aboutir.

Compte tenu de la nature des infractions visées — la diffusion d'image à caractère pornographique représentant un mineur et la provocation directe à des actes de terrorisme, il semble non seulement possible mais surtout nécessaire d'approfondir la coopération pour lutter efficacement contre la diffusion de ces contenus dans le respect du droit international applicable.

Or, force est de constater que les efforts diplomatiques en la matière se sont malheureusement taris. La Convention du Conseil de l'Europe sur la cybercriminalité, en date de 2001 et qui se voulait un modèle en matière d'harmonisation des dispositions réprimant la criminalité informatique et cherchait à promouvoir une coopération internationale, se solde pour l'instant par un échec en raison du petit nombre de pays l'ayant ratifiée et des difficultés d'interprétation qu'elle génère. Ainsi, la Convention n'a été ratifiée que par les deux tiers du Conseil de l'Europe (ainsi des pays comme l'Irlande, la Suède ou la Russie ne l'ont pas ratifiée), et, à l'exception notable des États-Unis (qui y ont ajouté de nombreuses réserves d'interprétation), du Japon, de l'Australie, de l'Île Maurice et de la République dominicaine, par aucun État non européen.

Avant d'arguer des lacunes de la coopération internationale pour justifier des mesures telles que le déréférencement administratif de sites, le Gouvernement aurait dû faire la démonstration des efforts diplomatiques entrepris pour instaurer au niveau international un régime satisfaisant de coopération policière et judiciaire. Cette dernière permettrait

en effet la mise en œuvre de la seule mesure efficace, à savoir le retrait des contenus des serveurs les hébergeant, pour empêcher les accès des internautes qui cherchent activement à accéder à ces contenus ayant fait l'objet d'une déclaration d'illicéité par l'autorité judiciaire.

Par ailleurs, pour ce qui est de l'objectif du Gouvernement d'empêcher l'accès par inadvertance des internautes français — en particulier les mineurs — à des contenus illicites et potentiellement traumatisants, le Gouvernement a également à sa disposition des mesures moins restrictives des droits et libertés fondamentaux et potentiellement plus efficaces : les filtres logiciels installés directement et volontairement par les internautes sur les terminaux informatiques et bloquant des contenus à l'aide d'une liste noire qui peut être abondée par des acteurs privés, associatifs ou publics. Il s'agit au demeurant d'un type d'outil dont la promotion permettrait de garantir un usage contrôlé de l'accès à Internet et qui, notamment dans la mesure où son utilisation relève du libre choix et de la responsabilité de la personne titulaire de l'accès Internet ou du propriétaire du poste informatique utilisé, est bien moins restrictive de liberté. Or, là encore, le Gouvernement ne démontre pas que ces mesures alternatives ont été sérieusement encouragées ni même simplement envisagées pour « prévenir l'accès involontaire des internautes français ».

Enfin, sur la question de l'efficacité, il convient d'insister sur le fait que c'est l'importance des objectifs auquel est soumis le pouvoir réglementaire qui impose de reconnaître l'illicéité de mesures aussi vaines que le déréférencement d'adresses électroniques. La lutte contre les représentations de mineurs à caractère pornographique et le terrorisme sont des objectifs qui ne peuvent en effet se contenter de mesures inefficaces ne consistant qu'à combattre des virtualités. La lutte contre les représentations de mineur à caractère pornographique et la lutte contre le terrorisme obligent et engagent l'État à mener une campagne d'actions efficaces : non pas en imposant des voiles absurdes et inutiles sur des contenus en ligne dont les auteurs sauront contourner les mesures de déréférencement, mais plutôt en agissant sur le terrain, pour protéger les victimes de telles abjections, dans le respect de l'État de droit. Les mesures ainsi prises, qu'elles soient d'ordre éducatif ou coercitif, seront par nature plus à même d'être proportionnées, si tant est qu'elles soient elles aussi adaptées et respectueuses des droits fondamentaux qui leur sont applicables.

L'Ange Bleu, Association Nationale de Prévention et d'Information Concernant la Pédophilie, a pu faire part de son expérience à cet égard. Elle déclarait en 2010² :

« De par notre expérience auprès du public concerné, nous confirmons qu'aucun filtrage d'Internet ne saura répondre aux objectifs visés. Les connaissances et outils techniques dont disposent les consommateurs de pédopornographie et leur souci de confidentialité *les conduiront inmanquablement à contourner l'obstacle tout en développant leurs échanges à l'abri des regards*. Les plus isolés d'entre eux acquerront par l'usage de ces outils un sentiment d'impunité qui ne peut les conduire qu'au renforcement de leur paraphilie. Les plus dangereux restent cependant les diffuseurs. *Ceux-ci sont à l'origine de ces contenus et bien souvent les moins inquiétés par les autorités.* »

Or, le décret attaqué et la loi dont il procède ne font qu'éloigner la collectivité des solutions adaptées aux problèmes visés. Là où les mineurs et les publics vulnérables sont

²Association l'Ange Bleu, *LOPPSI : la protection de l'enfance, cheval de Troie du filtrage généralisé d'Internet ?*, 15 novembre 2010, <http://www.ange-bleu.com/pj/LOPPSI-101115.pdf>

en proie à des actes ou à des messages odieux, le décret et la loi n'imposent que des mesures de censure inutiles, inefficaces et contre-productives.

En conclusion,

Il existe des mesures alternatives moins restrictives de liberté que le déréférencement administratif de sites par nom de domaine pour parvenir aux objectifs poursuivis par le décret attaqué. Or, le Gouvernement n'a pas démontré le caractère irréalisable ou inefficace de ces mesures alternatives pour justifier le recours à une telle mesure. Le dispositif de déréférencement prévu dans le décret et la loi dont il procède doit dès lors être déclaré non-nécessaire dans une société démocratique et reconnu comme entravant le principe de proportionnalité, et donc contraire à la Convention EDH.

4.4. L'absence de contrôle juridictionnel viole les droits fondamentaux

4.4.1. La loi et le décret ne réunissent pas les garanties suffisantes pour éviter les abus

En droit,

La Convention EDH dispose dans son article 10 sauvegardant la liberté d'expression 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 frontière. Le présent article n'empêche pas les États de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.

« L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire. »

Suivant une jurisprudence constante de la Cour EDH, la liberté d'expression protégée inclut non seulement le droit de publier et d'éditer des contenus, mais elle implique aussi d'en protéger le corollaire que constitue la liberté du public d'accéder aux informations publiées (voir notamment *Observer & Guardian contre Royaume-Uni*, Cour EDH, Requête n° 13585/88 arrêt du 26 novembre 1991 § 59).

Cette position a été reprise par la CJUE notamment dans son arrêt *SABAM* du 16 février 2012 (aff. C-360/10). Les effets de l'injonction imposant la mise en place d'une

système de filtrage « *ne se limiteraient pas au prestataire de services d'hébergement, le système de filtrage litigieux étant également susceptible de porter atteinte aux droits fondamentaux des utilisateurs des services de ce prestataire, à savoir à leur droit à la protection des données à caractère personnel ainsi qu'à leur liberté de recevoir ou de communiquer des informations, ces droits étant protégés par les articles 8 et 11 de la charte.* » (§ 48)

Dans ses conclusions rendues le 25 juin 2013 dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt *Costeja* (aff. C-131/12), l'avocat général Niilo Jääskinen se réfère à ce point de l'arrêt *SABAM* pour considérer que « *le droit de l'internaute à recevoir et à communiquer des informations mises à disposition sur l'Internet est protégé par l'article 11 de la Charte. Cela concerne aussi bien les informations figurant sur les pages web source que les informations fournies par les moteurs de recherche sur Internet* » (§ 121).

Cette position des cours européennes est en pleine cohérence avec la position développée par le Conseil d'État dans son étude annuelle de 2014. Pour ce qui concerne spécifiquement les moteurs de recherche, le Conseil d'État a insisté sur le fait que « *le référencement affecte la liberté d'expression de l'éditeur du site en rendant l'information publiée moins accessible et en le ramenant ainsi à la situation antérieure à Internet* ». ³

Ce constat fait suite à l'énoncé d'une telle affirmation par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe.

Ainsi, le 4 avril 2012, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe adoptait une recommandation sur la protection des droits de l'homme dans le contexte des moteurs de recherche. Il y souligne que :

« [...]les moteurs de recherche permettent au public du monde entier de rechercher, de recevoir et de communiquer des informations, des idées et d'autres contenus, en particulier, d'avoir accès au savoir, de prendre part à des débats et de participer aux processus démocratiques. » ⁴

Préalablement, le Comité des ministres avait déjà énoncé dans une déclaration du 7 décembre 2011 sur la protection de la liberté d'expression et de la liberté de réunion et d'association, en ce qui concerne les plateformes internet gérées par des exploitants privés, que :

« Bien que gérées par des exploitants privés, [les plateformes en ligne] occupent une place significative dans la sphère publique en facilitant les débats sur des questions d'intérêt public ; dans certains cas, elles peuvent, à l'instar des médias traditionnels, jouer un rôle de « chiens de garde » social et elles ont démontré leur utilité en produisant des changements positifs dans le monde réel. » ⁵

³Conseil d'État, Étude annuelle 2014. Le numérique et les droits fondamentaux, p. 188

⁴https://wiki.laquadrature.net/Jurisprudence_sur_la_communication_en_ligne#Comit.C3.A9_des_ministres.2C_4_avril_2012.2C_recommandation_sur_la_protection_des_droits_de_1.E2.80.99homme_dans_le_cadre_des_services_de_r.C3.A9seaux_sociaux

⁵Conseil de l'Europe, Déclaration du Comité des Ministres sur la protection de la liberté d'expression et de la liberté de réunion et d'association en ce qui concerne les plateformes internet gérées par des exploitants privés et les prestataires de services en ligne, (adoptée par le Comité des Ministres le 7 décembre 2011, lors de la 1129e réunion des Délégués des Ministres) <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1883683>

Enfin, dans l'arrêt *Yildirim c. Turquie* du 18 décembre 2012, la Cour EDH rappelle que les restrictions à cette liberté :

« doivent s'inscrire dans un cadre légal particulièrement strict quant à la délimitation de l'interdiction et efficace quant au contrôle juridictionnel contre les éventuels abus [...] (§ 64) »

La Cour EDH a déjà eu l'occasion de se prononcer sur la nécessité d'avoir un cadre légal complet et précis encadrant les restrictions apportées à la liberté d'expression par l'autorité administrative.

Ainsi, dans l'arrêt du 17 juillet 2001, *Association Ekin contre France* n° 39288/98 la Cour rappelle que de telles restrictions présentent *« de si grands dangers qu'elles appellent de la part de la Cour l'examen le plus scrupuleux »* (§ 56).

Dans cette affaire, les dispositions en cause étaient celles du décret-loi du 6 mai 1939 relatif au contrôle de la presse étrangère, lequel conférait au ministre de l'Intérieur *« de vastes prérogatives en matière d'interdiction administrative de diffusion de publications de provenance étrangère ou rédigées en langue étrangère »*.

Le décret-loi prévoyait pourtant un contrôle juridictionnel des décisions publiques de l'administration, mais sans pour autant apporter des garanties suffisantes. Sans équivoque, la Cour en tire la conséquence que :

« S'agissant des modalités et de l'étendue du contrôle juridictionnel de la mesure administrative d'interdiction, la Cour constate que le contrôle juridictionnel intervient a posteriori. En outre, ce contrôle n'est pas automatique, la procédure de contrôle par le juge ne s'enclenchant que sur recours de l'éditeur. [...] Enfin, d'après l'article 8 du décret du 28 novembre 1983, dès lors que l'administration invoque le caractère urgent de la mesure, l'éditeur n'a pas la possibilité de présenter, préalablement à l'adoption de l'arrêté d'interdiction, ses observations orales ou écrites. Tel fut bien le cas en l'espèce. En conclusion, la Cour estime que le contrôle juridictionnel existant en matière d'interdiction administrative de publications ne réunit pas des garanties suffisantes pour éviter les abus. » (§ 61)

Ainsi, ne réunit pas des garanties suffisantes pour éviter les abus, et est contraire à la Convention EDH, la mesure de censure que peut prononcer l'administration sans être précédée ni d'un contrôle juridictionnel ni de la possibilité pour l'éditeur du contenu censuré de présenter ses observations.

En l'espèce,

L'article 6-1 de la LCEN permet à l'autorité administrative d'enjoindre les moteurs de recherche ou les annuaires à cesser le référencement de contenus publiés au moyen d'un service de communication au public en ligne. Cette mesure constitue une restriction de la liberté d'expression de l'éditeur du contenu dont la publication est ainsi virtuellement inaccessible, mais aussi du droit du public à accéder au service.

Qu'en est-il des garanties qui entourent cette mesure de censure afin d'en éviter les abus ?

D'abord, l'article 6-1 alinéa 4 de la LCEN prévoit que :

« L'autorité administrative peut également notifier les adresses électroniques dont les contenus contreviennent aux articles 421-2-5 et 227-23 du code pénal aux moteurs de recherche ou aux annuaires, lesquels prennent toute mesure utile destinée à faire cesser le référencement du service de communication au public en ligne. [...] »

Il résulte ainsi de l'article 6-1 alinéa 4 que l'administration peut demander le déréférencement d'un service de communication au public en ligne *sans avoir préalablement notifié ni l'hébergeur ni l'éditeur du service*, l'alinéa 4 ne renvoyant pas aux notifications préalables mentionnées par exemple aux alinéas 1 et 2 du même article.

Ce faisant, l'éditeur serait privé de la possibilité de présenter ses observations préalablement à la mesure de blocage.

Enfin, l'article 6-1 de la LCEN n'exige aucun contrôle juridictionnel préalable aux mesures de censure qu'il autorise.

En conclusion,

Les dispositions de l'article 6-1 de la LCEN et du décret attaqué qui en résulte échouent à apporter les moindres garanties contre les abus, exigées par la Cour EDH, en autorisant l'administration à prendre des mesures portant atteinte à la liberté d'expression sans être précédées ni d'un contrôle juridictionnel ni de la possibilité pour l'éditeur du contenu déréférencé de présenter ses observations.

Ceci est d'autant plus préoccupant que les contenus pouvant faire l'objet d'un déréférencement ordonné par l'administration sont notamment les contenus contrevenant à l'article 421-2-5 du code pénal qui incrimine le fait de provoquer directement à des actes de terrorisme ou de faire publiquement l'apologie de ces actes. Or, il est indéniable que la qualification des actes relevant de cet article est périlleuse, tant les définitions d'« apologie » ou de « terrorisme » sont floues.

On peut ainsi constater que le site `islamic-news.info` qui a fait l'objet d'une mesure de blocage au titre de l'article 6-1 de la LCEN a été censuré parce qu'il reproduisait un discours du leader de l'État Islamique « sans le mettre en perspective » selon le ministère de l'intérieur⁶.

Il est tout à fait discutable que l'absence de mise en perspective puisse être considérée comme relevant de l'apologie ou de la provocation, ce qui témoigne de l'impérieuse nécessité que les mesures de blocage ou de déréférencement fassent l'objet d'un débat contradictoire garanti par une autorité impartiale et indépendante et que l'éditeur ait la possibilité de contester ces allégations.

Par conséquent, les requérants demandent au Conseil d'État d'évincer l'article 6-1 de la LCEN en ce qu'il est contraire à l'article 10 de la Convention EDH et d'en déduire l'annulation du décret attaqué.

⁶« Les ratés de la première vague de blocages administratifs de sites djihadistes », *LeMonde.fr*, 18 mars 2015. Article accessible à l'adresse : http://www.lemonde.fr/pixels/article/2015/03/18/les-rates-de-la-premiere-vague-de-blocages-administratifs-de-sites-djihadistes_4596149_4408996.html

4.4.2. Les voies de recours a posteriori sont ineffectives

En droit,

La Convention EDH, en son article 6, paragraphe 1 relatif au droit à un procès équitable, dispose que :

« Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. [...] »

Tel qu'interprété par la Cour EDH, l'article 6, paragraphe 1, de la Convention EDH implique le respect du principe d'égalité des armes entre les parties.

Dans l'arrêt *Hentrich contre France* requête n° 13616/88 du 22 septembre 1994, la Cour EDH a eu l'occasion de rappeler que :

*« une des exigences d'un « procès équitable » est « l'égalité des armes », laquelle implique l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire (voir l'arrêt *Dombo Beheer B.V. c. Pays-Bas* du 27 octobre 1993, série A no 274, p. 19, par. 33). Or en l'espèce la procédure sur le fond n'a pas offert à la requérante une telle possibilité : d'un côté, les juges du fond ont permis à l'administration de se borner à motiver sa décision d'exercice du droit de préemption en qualifiant d'« insuffisant le prix de cession déclaré dans l'acte » (paragraphe 9 et 15 ci-dessus), motivation trop sommaire et générale pour permettre à Mme Hentrich de présenter une contestation raisonnée de cette appréciation ; de l'autre, les juges du fond n'ont pas voulu permettre à la requérante d'établir que le prix convenu entre les parties correspondait à la valeur vénale réelle du bien.*

« Il y a donc eu violation de l'article 6 par. 1 (art. 6-1) sur ce point. »

En l'espèce,

L'article 1 du décret attaqué dispose que :

« L'autorité mentionnée à l'article 1^{er} du décret du 5 février 2015 susvisé peut, sans préjudice des demandes de retrait ou de blocage effectuées en application de l'article 6-1 de la loi du 21 juin 2004 susvisée, notifier aux exploitants de moteurs de recherche ou d'annuaires les adresses électroniques dont les contenus contreviennent aux articles 421-2-5 et 227-23 du code pénal selon un mode de transmission sécurisé, qui en garantit la confidentialité et l'intégrité. »

La mesure de déréférencement requise par l'administration auprès des exploitants de moteurs de recherche ou d'annuaires est constitutive d'une accusation en matière pénale dirigée notamment contre l'éditeur du service bloqué. En effet, en ordonnant le blocage

l'administration qualifie le service en cause comme étant constitutif des faits matériels incriminés par les articles 227-23 et 421-2-5 du code pénal.

L'article 6, paragraphe 1, de la Convention EDH est donc bien applicable et l'éditeur est en droit de bénéficier des droits émanant de cet article.

Or, il s'avère qu'en l'espèce ce droit au procès équitable est ineffectif.

Dans le dispositif de déréférencement institué par l'article 6-1 de la LCEN et le décret attaqué, la liste des adresses électroniques concernées est secrète. Aucune mesure de publication ni de notification n'est prévue. La décision de déréférencement ne consiste en fait qu'en l'ajout d'une adresse électronique sur une liste secrète transmise aux exploitants des moteurs de recherche et des annuaires.

Les recours contentieux qui peuvent être envisagés contre cette décision, constitutive d'une accusation en matière pénale ne peuvent être initiés que dans la méconnaissance des motifs qui ont conduit à l'adoption de cette décision. Il en va de même du recours contre le refus de l'administration d'abroger la mesure de blocage, cette décision de refus pouvant très bien être implicite, puisqu'en la matière le silence de l'administration vaut rejet.

Ainsi, les éditeurs de services ayant fait l'objet d'une mesure de déréférencement ne disposent d'aucune information relative aux motifs propres à leur situation ayant conduit l'administration à prendre cette décision.

Les éditeurs de services doivent donc initier une action juridictionnelle contre une décision dont ils ignorent tant les motifs que la portée, puisqu'il s'avère que l'ensemble d'un site peut être déréférencé alors que seulement certaines de ses pages ou contenus seraient en cause.

Cette situation crée *ab initio* une inéquité entre les parties au procès puisque le demandeur ne peut motiver sa demande d'annulation de la décision administrative attaquée.

Cette situation diffère de toutes celles connues en droit. Jusqu'à ce jour, concernant les services de communication au public en ligne, n'étaient connues que des mesures de déréférencement judiciaires. Lorsqu'une mesure de déréférencement est demandée auprès d'une juridiction, la partie demanderesse est nécessairement tenue de justifier sa demande. Cela vaut tant dans les cas où, par exemple un ayant-droit ou l'administration demandent le déréférencement d'un site.

Aussi, en droit de la presse où en vertu de l'article 53 de la loi du 29 juillet 1881, les faits incriminés doivent être précisés et qualifiés dès la citation tout autant que la loi applicable doit y être indiquée.

Ces cas témoignent du fait qu'avant l'adoption du décret attaqué, le principe de l'égalité des armes était, en principe, préservé à travers le procès.

En conclusion,

L'absence de décision motivée de l'administration viole l'article 6, paragraphe 1, de la Convention EDH en ce qu'elle entrave le principe de l'égalité des armes entre les parties au procès, rendant le droit au procès équitable ineffectif.

Dès lors, le décret attaqué doit être annulé.

4.4.3. Le contrôle des mesures par une personne qualifiée de la CNIL est ineffectif

L'article 6-1, alinéas 3 et 4, de la LCEN dispose que :

« L'autorité administrative transmet les demandes de retrait et la liste mentionnées, respectivement, aux premier et deuxième alinéas à une personnalité qualifiée, désignée en son sein par la Commission nationale de l'informatique et des libertés pour la durée de son mandat dans cette commission. Elle ne peut être désignée parmi les personnes mentionnées au 1^o du I de l'article 13 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. La personnalité qualifiée s'assure de la régularité des demandes de retrait et des conditions d'établissement, de mise à jour, de communication et d'utilisation de la liste. Si elle constate une irrégularité, elle peut à tout moment recommander à l'autorité administrative d'y mettre fin. Si l'autorité administrative ne suit pas cette recommandation, la personnalité qualifiée peut saisir la juridiction administrative compétente, en référé ou sur requête.

*« L'autorité administrative peut également notifier les adresses électroniques dont les contenus contreviennent aux articles 421-2-5 et 227-23 du code pénal aux moteurs de recherche ou aux annuaires, lesquels prennent toute mesure utile destinée à faire cesser le référencement du service de communication au public en ligne. **La procédure prévue au troisième alinéa du présent article est applicable.** »*

La personnalité qualifiée a été nommée par une délibération de la CNIL du 29 janvier 2015 en la personne de M. Alexandre Linden (Délibération n° 2015-056 du 29 janvier 2015 portant désignation par la Commission nationale de l'informatique et des libertés de la personnalité qualifiée prévue par l'article 6-1 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique).

Cette personne devra pouvoir bénéficier de l'appui des services de l'autorité.

Or, s'il s'agit de contrôler la mise en œuvre et la pertinence du déréférencement d'adresses électroniques préalablement identifiées ainsi que leur transfert, il s'agit là d'une fonction qui ne peut être cumulée avec celles de membre de la CNIL sans qu'il soit prévu un encadrement approprié. Comme la CNIL a pu l'observer dans son avis, si le contrôle opéré par la personnalité qualifiée doit être effectif alors elle doit disposer de moyens à la mesure de sa mission.

Qui plus est, comme la CNIL a là encore pu le relever, compte tenu de la nature sensible des données en cause, il convenait d'introduire un mécanisme assurant la protection de l'ensemble des données qu'il aura à traiter. Or il n'en est rien.

De ce fait, la décision attaquée porte une atteinte disproportionnée aux droits fondamentaux mis en cause et devra être annulée.

Par ces motifs, les exposantes concluent à ce que le Conseil d'État :

1. Annule le décret attaqué avec toutes conséquences de droit ;
2. Mette à la charge de l'État le versement de la somme de 1024 € sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Le 27 avril, à Paris

Pour l'association
French Data Network,
le Président,
Fabien SIRJEAN

Pour l'association
La Quadrature du Net,
le Président,
Philippe AIGRAIN

Pour la
Fédération des fournisseurs d'accès à Internet associatifs,
le Président,
Benjamin BAYART

Pièces produites

1. Décret n° 2015-253 du 4 mars 2015 relatif au déréférencement des 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, publié au JORF n° 54 du 4 mars 2015, page 4168.
2. Statuts de l'association French Data Network.
3. Extrait du compte rendu de la réunion du bureau de FDN du 7 mars 2015 donnant pouvoir au président.
4. Statuts de l'association La Quadrature du Net.
5. Extrait du compte rendu de la consultation du Bureau de La Quadrature du Net du 29 mars 2015, donnant pouvoir au président.
6. Statuts de la Fédération des fournisseurs d'accès à Internet associatifs, dite Fédération FDN.
7. Charte de la Fédération FDN.
8. Compte rendu de la réunion du bureau de la Fédération FDN du 16 mars 2015 donnant pouvoir au président.
9. La présente requête.

L'ensemble étant produit en 6 exemplaires.