

# La liberté d'expression sur Internet en recul

**Les politiques sécuritaires conduisent à réduire les libertés en ligne. En matière de répression de la liberté d'expression, le triple mouvement de pénalisation des discours, de développement d'un arsenal administratif répressif et de surveillance massive des réseaux fait craindre le retour de la censure sur Internet.**

Jean-Philippe FOEGLE, doctorant en droit public au Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux (Credof), université Paris Ouest-Nanterre-La Défense,  
Robin MÉDARD, doctorant en droit public au Credof, doctorant associé au Cerium (université de Montréal)\*

**M**oins permissif que la conception étatsunienne du « marché des idées »<sup>(1)</sup>, le cadre juridique européen s'inscrit davantage dans une optique de régulation de la liberté d'expression, y compris en ligne, et plusieurs motifs sont susceptibles de justifier son altération. La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme prévoit notamment que cette liberté s'évanouit en cas d'« abus de droit » (article 17), lorsqu'elle est utilisée aux fins de destruction des droits et libertés. Elle peut encore être restreinte au nom de divers motifs tels que la sécurité nationale, l'intégrité territoriale, la sûreté publique, l'ordre, la morale, les droits d'autrui ou encore la prévention du crime (article 10, alinéa 2). Néanmoins, la restriction n'est envisageable qu'à condition d'être prévue par une loi et justifiée par des considérations de nécessité<sup>(2)</sup> et de proportionnalité. Dans sa décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, le Conseil constitutionnel a précisé que « la liberté d'expression et de communication est d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de

\* Auteurs de « De l'art du funambulisme : La CNCDH se saisit des "discours de haine" sur Internet », in *La Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, Credof, mai 2015. Voir <http://revdh.revues.org/1088>.

(1) Gregory Brazeal, « How Much Does a Belief Cost? Revisiting the Marketplace of Ideas », *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, vol. 21 n° 1, 2011, p. 2-10.

(2) Pour illustration voir « Jersild c. Danemark », 23 novembre 1994, n° 15890/89, § 35 ; « Lehideux et Isorni c. France », 23 septembre 1998, n° 24662/94, § 53 ; « Sürek c. Turquie (n° 1) », 8 juillet 1999, n° 26682/95, § 65 ; « Leroy c. France », 2 août 2008, n° 36109/03, § 48 ; « Féret c. Belgique », 16 juillet 2009, n° 15615/07, § 81 ; « Vejdeland et autres c. Suède », 9 février 2012, n° 1813/07, § 60 ; etc.

(3) Voir Premier ministre (Dilcra), « La République mobilisée contre le racisme et l'antisémitisme. Plan national 2015-2017 », p. 9.

la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés ». Par conséquent, « les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi ». Quid, dès lors, du contrôle juridictionnel de la nécessité, de l'adaptation et de la proportionnalité de l'atteinte ? Celui-ci, hélas, tend à opérer un glissement de la sphère judiciaire à la sphère administrative, emportant avec lui bon nombre de garanties pour les individus.

## L'ineffectivité du régime pénal de régulation

Au niveau national, c'est la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse qui définit les restrictions principales à la liberté d'expression publique, y compris lorsque celle-ci se manifeste par le biais numérique. Pour les pouvoirs publics, Internet n'est pas, en effet, une zone de non-droit mais un espace de souveraineté<sup>(3)</sup>, sujet au principe de territorialité des lois. Si elle demeure libre, l'expression numérique ne peut en revanche se soustraire à l'application des lois nationales. Ainsi, lorsqu'ils sont commis par « tout moyen de communication

au public par voie électronique », les crimes et délits d'expression publique sont également répréhensibles et les internautes peuvent être poursuivis pour des propos juridiquement qualifiables, entre autres choses :

- apologie ou incitation à l'agression sexuelle, à l'atteinte volontaire à la vie, à l'intégrité physique, aux vols, extorsions, dégradations, etc. ;
- provocation à la commission de crimes et délits portant atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation (voir les articles 411-1 à 414-9 du Code pénal) ;
- apologie des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité, des délits de collaboration avec l'ennemi ;
- provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence ;
- contestation de l'existence des crimes contre l'humanité mentionnés à l'article 6 du Tribunal militaire international dit « tribunal de Nuremberg » ;
- diffamation ou injures ;
- diffusion illégale des informations spécifiées aux articles 35 *ter*, *quater*, 38 et 39 de la loi de 1881. Pour autant, la loi de 1881 souffre d'une ineffectivité manifeste lorsqu'est envisagée son appli-



cation à Internet, notamment sur les réseaux sociaux. D'une part, l'anonymat qui y règne fragilise l'imputation des propos aux individus juridiquement responsables, et, d'autre part, la somme extrêmement importante d'informations à traiter ne permet pas une appréhension efficace des délits par les autorités d'application du droit. Par conséquent, si la menace d'entrave excessive à la liberté d'expression est réelle, celle-ci résulte moins de l'application des restrictions envisagées par le droit – qui sont globalement légitimes – que des modalités envisagées afin de répondre à leur ineffectivité numérique, qu'il s'agisse d'appréhension des délits ou de réponse pénale.

### Vers une surveillance de masse ?

Premièrement, face à l'inefficacité de l'appréhension des délits commis en ligne, le risque est que la réaction se manifeste par le biais d'une surveillance de masse

instaurée à des fins répressives. A cette surveillance de masse doit être préférée la responsabilisation des hébergeurs, des internautes, ainsi que la mise en place systématique de dispositifs fonctionnels de signalement. La plateforme Pharos (Plateforme d'harmonisation, d'analyse, de recoupement et d'orientation des signalements) a ainsi été mise en place en 2009 afin d'assurer le traitement des propos délictueux par les services d'enquête et les autorités de poursuite. Cependant, elle demeure dépendante des signalements des internautes et, en matière de discours « de haine », la Commission nationale consultative des droits de l'Homme insistait récemment sur le fait que « le nombre annuel des signalements faits aux autorités à partir de la plateforme Pharos apparaît d'emblée bien dérisoire »<sup>(4)</sup>. Certes, l'application du droit aux comportements numériques constitue un défi manifeste qui repose tant sur la

**L'application du droit aux comportements numériques constitue un défi manifeste qui repose tant sur la responsabilisation des acteurs que sur la modernisation des pratiques des autorités d'application du droit.**

(4) CNCDH, « La lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie. Année 2015 », 2016, p. 151. Voir aussi p. 184.

(5) Voir E. Daoud et C. Godeberge, « La loi du 13 novembre 2014 constitue-t-elle une atteinte à la liberté d'expression ? De la nouvelle définition de la provocation aux actes de terrorisme et de l'apologie de ces actes », *AI Pénal*, 2014, p. 563.

responsabilisation des acteurs que sur la modernisation des pratiques des autorités d'application du droit. Néanmoins, cette difficulté ne doit pas, sous prétexte d'efficacité et de simplicité, justifier que lui soit préférée une surveillance généralisée dont la dimension liberticide serait présentée comme un moindre mal.

### Le traitement des délits d'expression publique

Un second risque repose ensuite sur la croyance que l'inefficacité de la réponse pénale pourrait être corrigée en soumettant les délits d'expression publique – jusqu'alors envisagés par la loi de 1881 – au régime général prévu par le Code pénal. L'expérience s'est d'ores et déjà révélée désastreuse dans le cadre du délit d'apologie du terrorisme, préalablement envisagé par la loi sur la liberté de la presse et déplacé en novembre 2014 au sein d'un nouvel article 421-2-5 du Code pénal<sup>(5)</sup>. Ce faisant, l'article 397-6 du Code de

procédure pénale – qui exclut les jugements en comparution immédiate pour les délits prévus par la loi de 1881 – ne trouvait plus à s'appliquer. L'alchimie explosive de ce verrou levé et du contexte social tendu déboucha sur une salve de condamnations et une désastreuse justice largement décriée<sup>(6)</sup>. En avril 2015, le Plan national d'action contre le racisme et l'antisémitisme proposait à son tour d'intégrer la répression des discours de haine au droit pénal général. Là encore, était invoquée la nécessité de remédier aux « lourdeurs procédurales » et aux « importants obstacles à un jugement effectif des personnes poursuivies »<sup>(7)</sup>. Après avoir suscité de nombreuses et virulentes oppositions, cette démarche semble opportunément avoir été délaissée par l'exécutif. Pour autant, le défi persiste et consiste à permettre un traitement juridictionnel des délits d'expression qui, à l'ère du 2.0, forment un contentieux de masse, sans préjudicier pour autant au droit à un procès équitable et à des procédures équilibrées permettant de garantir la proportionnalité de l'entrave à la liberté d'expression.

Le piège étant ici, naturellement, la mise à l'écart de l'autorité judiciaire, « gardienne de la liberté individuelle » selon l'article 66 de la Constitution du 4 octobre 1958, et le glissement vers un régime de sanction administrative...

### L'émergence d'un régime administratif répressif

En matière de liberté d'expression sur Internet, le développement des discours sécuritaires a conduit à une atteinte sans précédent aux libertés en ligne, si bien que Freedom House a classé la France parmi les pays où cette liberté a le plus reculé<sup>(8)</sup>. L'aspect le plus préoccupant et le plus visible de ce processus tient au développement d'un arsenal administratif de blocage des contenus jugés inopportuns

ou dangereux qui participe d'un glissement d'un traitement pénal vers un traitement administratif, impliquant de moindres garanties pour les individus. Cet arsenal permet notamment aux autorités administratives de bloquer l'accès à une page Web sans que les créateurs ou hébergeurs de ces contenus ne bénéficient des garanties procédurales existantes dans le régime pénal, et notamment celle de l'intervention préalable d'un magistrat judiciaire indépendant. Une telle possibilité a été introduite dès 2011 en droit français, l'article 4 de la loi du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure (dite Loppsi 2) ayant habilité l'autorité administrative à inciter les hébergeurs de sites Internet à empêcher « sans délai » l'accès à des contenus de nature pédopornographique. Initialement limitée à la pornographie infantile, cette faculté ouverte à l'administration a été étendue et renforcée dans son « efficacité » (sic) par la

**Le blocage de sites Internet est par nature imprécis, faisant courir le risque de « censure collatérale » ou de sur-blocage de sites parfaitement légitimes et, partant, de dissuader les personnes de faire usage de leur liberté d'expression sur Internet.**

loi du 13 novembre 2015 modifiant l'article 6-I de la loi pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN).

### Un arsenal contre les discours « de haine »

Dans le cadre de ce nouveau dispositif, plusieurs problèmes essentiels se posent. D'une part, la possibilité de faire procéder au blocage de l'accès aux contenus est élargie à l'apologie des crimes contre l'humanité, la provocation à la commission d'actes de terrorisme et leur apologie, l'incitation à la haine raciale, à celle à l'égard de personnes à raison de leur sexe, de leur orientation ou identité sexuelle ou de leur handicap, la pornographie infantile, l'incitation à la violence, notamment l'incitation aux violences faites aux femmes, ainsi que les atteintes à la dignité humaine. D'autre part, l'autorité administrative dispose désormais de la possibilité de forcer les fournisseurs d'accès Internet à bloquer l'accès aux sites sup-



© DR

(6) Syndicat de la magistrature, « Apologie du terrorisme : résister à l'injonction de la répression immédiate ! », 20 janvier 2015. Voir encore « Le juge et la guêpe », *Dalloz Actualités*, 11 mars 2015.

(7) Premier ministre (Dilcra), *op. cit.*, p. 8. À noter que la comparution immédiate ne concerne que les délits passibles de plus de deux ans d'emprisonnement ou de six mois en cas de flagrance (art. 395 du Code pénal).

(8) Freedom House, « Freedom on the Net 2015 - France », 2015.

posés porteurs de discours « de haine » lorsque l'hébergeur du contenu en cause n'a pas retiré celui-ci dans un délai de vingt-quatre heures. En outre, est prévue une possibilité de faire procéder au déréférencement des sites litigieux, l'administration pouvant exiger des moteurs de recherche et annuaires que ceux-ci prennent « toute mesure utile » afin de faire cesser le référencement des sites. Enfin, le non-respect de ces obligations de retrait des contenus est sanctionné sur le plan pénal par une peine d'emprisonnement et de soixante-quinze mille euros d'amende applicable aux fournisseurs d'accès Internet et hébergeurs – souvent plus accessibles, pour l'autorité judiciaire, que les internautes.

Longtemps privé d'efficacité concrète, ce dispositif a été remis au goût du jour par le décret n° 2015-125 du 5 février 2015 qui se contente de préciser les conditions dans lesquelles un site peut redevenir accessible, ainsi que les modalités de la compensation financière allouée par l'Etat aux fournisseurs d'accès. Les conséquences de la mise en place de ce nouvel arsenal de lutte contre les discours « de haine » ne se sont pas fait attendre puisqu'en février 2016, la personnalité qualifiée de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, chargée du contrôle de la mise en œuvre de ce dispositif, faisait état de mille deux cent quatre-vingt-six demandes de blocage de contenus dont mille quatre-vingt avaient été suivies d'effet immédiat<sup>(9)</sup>, ce qui constitue une atteinte sans précédent à la liberté de communication sur le Web.

### Des portes ouvertes à l'arbitraire ?

Une telle évolution n'est pas sans susciter des inquiétudes quant aux atteintes aux droits fondamentaux. D'une part, si le Conseil d'Etat a considéré que cette disposition et son décret d'appli-

**Le développement  
des logiques  
sécuritaires  
conduit,  
doucement  
mais sûrement,  
à marginaliser  
les voix  
s'élevant pour  
que la liberté  
d'expression ne  
soit pas sacrifiée  
sur l'autel  
de la lutte contre  
le terrorisme  
et les discours  
de haine.**

tion instaurent un système « de nature à permettre une mise en œuvre des dispositifs de blocage et de déréférencement contestés sans atteinte disproportionnée à la liberté d'expression »<sup>(10)</sup>, il n'en reste pas moins que l'absence d'intervention préalable d'un juge indépendant avant la mise en œuvre d'un blocage est particulièrement préoccupante. En effet, comme le rappelle la Cour européenne des droits de l'Homme, « les sites Internet contribuent grandement à améliorer l'accès du public à l'actualité »<sup>(11)</sup> et favorisent l'effectivité du droit à la liberté d'expression, de sorte qu'en principe, l'appréciation du caractère licite ou non d'une opinion devrait reposer sur l'intervention d'un juge capable de soupeser en toute indépendance les droits fondamentaux en présence.

Or, c'est précisément la mise à l'écart du juge judiciaire qui, comme dans le cadre de l'état d'urgence<sup>(12)</sup>, génère des risques de décisions arbitraires. Pour cette raison, la Commission nationale consultative des droits de l'Homme avait sévèrement critiqué ce dispositif. Rappelant que la plus grande victoire du terrorisme serait « de mettre en péril l'Etat de droit », celle-ci avait considéré qu'une telle possibilité d'atteinte au droit à la liberté d'expression devrait être dévolue au juge des libertés et de la détention, qui statuerait dans un délai de quarante-huit ou soixante-douze heures<sup>(13)</sup>. Par ailleurs, comme le souligne la Quadrature du Net, le blocage de sites Internet est par nature imprécis, faisant courir le risque de « censure collatérale » ou de sur-blocage de sites parfaitement légitimes et, partant, de dissuader les personnes de faire usage de leur liberté d'expression sur Internet<sup>(14)</sup>. Un tel état du droit est d'autant plus navrant que, s'il viole directement le principe de séparation des pouvoirs placé au cœur de l'idéal

démocratique, l'arsenal administratif ainsi décrit est aisément – et fort heureusement – contournable par l'utilisation de techniques d'anonymisation tels que les Virtual Private Networks (VPN) ou le navigateur Tor. *Much ado about nothing*<sup>(15)</sup> ?

### Le défi de concilier sécurité avec liberté

Une étude sommaire démontre une fois de plus qu'Etat de droit et lutte contre le terrorisme font rarement bon ménage. Mis en cause de manière régulière, le libéralisme de la loi de 1881 subit un détricotage lent dont témoigne la migration du délit d'apologie du terrorisme vers le Code pénal. Justifiée par des impératifs d'efficacité, la mise en place du blocage administratif des sites Internet porte atteinte à la séparation des pouvoirs. Preuve s'il en fallait encore de la nécessité de faire émerger, dans l'espace public, un discours sur la sécurité faisant de ladite sécurité et de la liberté l'avers et le revers d'une même médaille.

Trouver un équilibre en la matière reste néanmoins un exercice particulièrement périlleux de funambulisme où le développement des logiques sécuritaires conduit, doucement mais sûrement, à marginaliser les voix s'élevant pour que la liberté d'expression ne soit pas sacrifiée sur l'autel de la lutte contre le terrorisme et les discours de haine. Il appartient alors à la société civile de jouer plus encore son rôle de gardien vigilant des libertés fondamentales afin que, pour reprendre la belle formule du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale (Cerd), la relation entre l'interdiction des discours de haine raciale et le développement de la liberté d'expression ne soit pas « [...] un jeu à somme nulle dans lequel si l'un des éléments gagne en poids, c'est nécessairement au détriment de l'autre »<sup>(16)</sup>. ●

(9) Voir Cnil, « Rapport 2015 de la personne qualifiée prévue par l'article 6-1 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 », mars-avril 2015.

(10) Conseil d'Etat, 2<sup>e</sup> et 7<sup>e</sup> SSR, 15 février 2016, « Association FDN et autres », n° 389140.

(11) CEDH, Grande Chambre, 16 juin 2015, « Delfi AS c. Estonie », n° 64569/09, § 133.

(12) Rapport « L'urgence d'en sortir ! Analyse approfondie du régime juridique de l'état d'urgence et des enjeux de sa constitutionnalisation dans le projet de loi dit "de protection de la nation" », janvier 2016.

(13) CNCDH, « Avis sur le projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme », Assemblée plénière, 25 septembre 2014.

(14) Quadrature du Net, « La France persiste et signe la censure administrative du Net », 6 février 2016.

(15) *Beaucoup de bruit pour rien*. En référence à la comédie de W. Shakespeare.

(16) Cerd, 26 septembre 2013, Recommandation générale n° 5 sur la lutte contre la haine raciale, CERD/C/GC/35, p. 2.