

La loi Avia, un désastre annoncé

Le contenu de la loi « Avia » du 24 juin 2020, visant à lutter contre les contenus haineux sur Internet, a été en grande partie censuré par le Conseil constitutionnel au motif d'une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression. Le texte ayant cristallisé les critiques, l'étonnement n'est pas de mise*.

Roseline LETTERON, professeure de droit public, Sorbonne Université

La décision rendue par le Conseil constitutionnel le 18 juin dernier n'a pas été une surprise. En censurant une large partie de la loi Avia visant à lutter contre les contenus haineux sur Internet, il n'a fait qu'appliquer l'article 11 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, selon lequel « *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* ». En d'autres termes, la liberté d'expression relève du régime répressif: chacun est libre de s'exprimer, sauf à rendre compte d'une éventuelle infraction a posteriori, devant le juge pénal. La censure préventive, sans intervention d'un juge, n'est pas conforme à la Constitution.

Le plus triste est qu'il ait été nécessaire de rappeler ce principe dans un Etat de droit. Or la catastrophe aurait sans doute pu être évitée. Rappelons qu'il s'agissait d'une proposition de loi en principe portée par Laëtitia Avia, mais ayant bénéficié d'un fort soutien du gouvernement et du président de la République. Le choix d'une proposition de loi permettait surtout d'éviter l'étude d'impact, qui aurait peut-être révélé les problèmes juridiques posés par le texte. Le débat, quant à lui,

« Le choix d'une proposition de loi a permis au gouvernement d'éviter l'étude d'impact, qui aurait peut-être révélé les problèmes juridiques posés par le texte. Le débat, quant à lui, a été précipité, la procédure accélérée ayant été imposée. »

a été précipité, le gouvernement ayant imposé la procédure accélérée, le texte ne faisant l'objet que d'une seule lecture dans chaque assemblée, et les amendements écartés sans réel débat.

Enfin, il faut reconnaître que l'avis du Conseil d'Etat était complaisant à l'égard du texte, se bornant à constater que la lutte contre les contenus haineux sur Internet serait sans doute plus efficace si elle trouvait son fondement juridique dans le droit européen. A part cela, il n'y voyait rien de choquant. Sans doute ne l'avait-il pas bien lu, contrairement à la Commission européenne qui, elle, a fait savoir que le

texte violait plusieurs dispositions de la directive du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques de la société de l'information, et notamment au commerce électronique. Mais l'avertissement a été ignoré. La loi a finalement été votée à l'Assemblée par une écrasante majorité de 434 voix, avec seulement 33 voix contre et 69 abstentions. Il ne s'est pas trouvé soixante députés pour saisir le Conseil constitutionnel, les intéressés imaginant sans doute que leurs électeurs les accuseraient d'être favorables aux discours de haine. Heureusement, le Sénat a témoigné d'une opposition d'autant plus résolue qu'il n'avait obtenu aucune concession lors de la commission mixte paritaire; soixante sénateurs n'ont donc pas hésité à le saisir.

L'exercice du contrôle de proportionnalité

Le Conseil constitutionnel rappelle que la liberté d'expression s'exerce dans le cadre des lois qui la réglementent. Le législateur peut certes voter des dispositions destinées à « faire cesser des abus de l'exercice de la liberté d'expression et de communication », mais seulement si ces « abus » portent atteinte à l'ordre public et aux droits des tiers. Pour la première fois, le Conseil précise que ces « *abus de la liberté d'expression* » se réduisent à la diffusion d'images pédopornographiques et à la provocation à des actes de terrorisme ou à l'apologie de tels actes. Dans cette définition très étroite ne saurait rentrer la simple référence à un « discours de

* Le présent article est tiré d'un texte de l'autrice sur son blog (<http://libertescherries.blogspot.com>), écrit avant le changement de gouvernement de juillet 2020.

haine», dont la loi Avia ne donne aucune définition juridique.

Le Conseil exerce donc un contrôle de proportionnalité. Selon une formule qui figure déjà dans la décision du 8 septembre 2017⁽¹⁾, «*La liberté d'expression et de communication est d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés. Il s'ensuit que les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi*». On pourrait évidemment s'interroger sur ce

que signifie une procédure «*adaptée*» à son objectif. Sans doute le Conseil renvoie-t-il au principe déjà affirmé, selon lequel une mesure restreignant une liberté doit être a priori susceptible de permettre ou de faciliter la réalisation du but recherché par le législateur.

Exerçant ce contrôle de proportionnalité, le Conseil a censuré deux dispositions essentielles de la loi.

Il déclare d'abord non conformes à la Constitution les dispositions du paragraphe I de l'article premier, permettant à l'autorité de police de demander aux

hébergeurs ou aux fournisseurs d'accès Internet de retirer certains contenus à caractère terroriste ou pédopornographique dans un délai d'une heure après la demande. Le non-respect de ce délai était passible d'une peine d'emprisonnement d'un an, et de deux-cent-cinquante-mille euros d'amende.

La cessation de tels abus constitue à l'évidence une finalité licite. Mais, en l'occurrence, l'appréciation du caractère illicite des contenus repose exclusivement sur l'appréciation de la police. En effet l'exigence de l'administration doit immédiatement être satisfaite, ce qui signifie qu'un éventuel recours de la part de l'hébergeur n'est pas suspensif. Le juge n'intervient pas immédiatement dans la procédure, et la censure repose donc sur une simple décision administrative. Dans sa «*porte étroite*»⁽²⁾, la Quadrature du Net fait d'ailleurs observer que les hébergeurs et fournisseurs d'accès n'emploient pas nécessairement des webmasters disponibles vingt-quatre heures sur vingt-quatre, sept jours sur sept, pour répondre aux éventuelles demandes de retrait dans l'heure.

Une loi vidée de sa substance par le Conseil

Le Conseil censure également le paragraphe II de ce même article premier, imposant cette fois aux hébergeurs et fournisseurs d'accès de retirer ou de rendre inaccessibles, dans un délai de vingt-quatre heures, les contenus illicites en raison de leur caractère haineux ou sexuel, ou répondant à une qualification pénale. L'absence d'intervention préalable d'un juge est sanctionnée, dans les mêmes termes que pour le paragraphe I, mais le Conseil se montre cette fois encore plus sévère. Il souligne en effet les «*difficultés d'appréciation du caractère manifestement illicite des contenus signalés dans le délai imparti*». Sans être mentionné, le principe de légalité des délits et des peines est directement en cause. La notion de «*contenu haineux*» est dépourvue de sens juridique, car le droit a vocation à encadrer, voire à

Les libertés fondamentales, une question négligeable ?

En mars dernier, nous publions dans le numéro 189 de notre revue un article de Marc Rees, rédacteur en chef de Next INpact, consacré au projet de loi Avia, alors en cours d'adoption au Parlement⁽¹⁾. Son titre était on ne peut plus explicite : «*La loi Avia, risquée pour la liberté d'expression*». Ce n'était qu'une parmi les nombreuses alertes venant de multiples organisations, de la Quadrature du Net à la LDH. Déjà, dans un avis de janvier 2017⁽²⁾, le Conseil économique, social et environnemental (Cese) avait mis en garde contre toute tentative d'une législation remettant en cause les fondements de la liberté d'expression : «*Il ne s'agit en aucun cas de faire en sorte que des entreprises privées se substituent au rôle du juge qui est garant à la fois de la liberté d'expression et de ses limites.*»

Il ne s'agissait pas et il ne s'agit toujours pas de nier que sur le Web 2.0, depuis l'apparition des blogs et plus spécifiquement des réseaux sociaux, aux possibilités accrues de diffusion d'idées fausses ou de fausses informations s'ajoutent les «*propos de haine*», racistes, sexistes, homophobes etc., le phénomène des «*trolls*», le harcèlement. D'autant que ces phénomènes touchent souvent ceux qui affichent leurs

engagements ou défendent des opinions. Il ne s'agit pas non plus de le tolérer, même si ce sont des phénomènes minoritaires dans la masse des messages échangés. Mais il s'agit de ne pas oublier qu'Internet est aussi et d'abord un lieu où s'exerce la liberté d'expression, et que les mesures à prendre pour lutter contre ces phénomènes ne doivent pas porter une atteinte disproportionnée à cette liberté. Un équilibre est possible, qui nécessite qu'on en débattenne avec toutes les parties prenantes. C'est ce qu'ont négligé le gouvernement et les parlementaires qui ont voté ce texte, préférant passer en force, comme si les libertés fondamentales n'étaient qu'une question négligeable face à un danger supposé et sans doute mal analysé. C'est peut-être là une réponse à la question que pose Roseline Letteron à la fin de son texte...

(1) www.ldh-france.org/wp-content/uploads/2020/04/HL189-Dossier-6-La-loi-Avia-risque-C3%Ag-pour-la-libert%C3%Ag-dexpression.pdf.

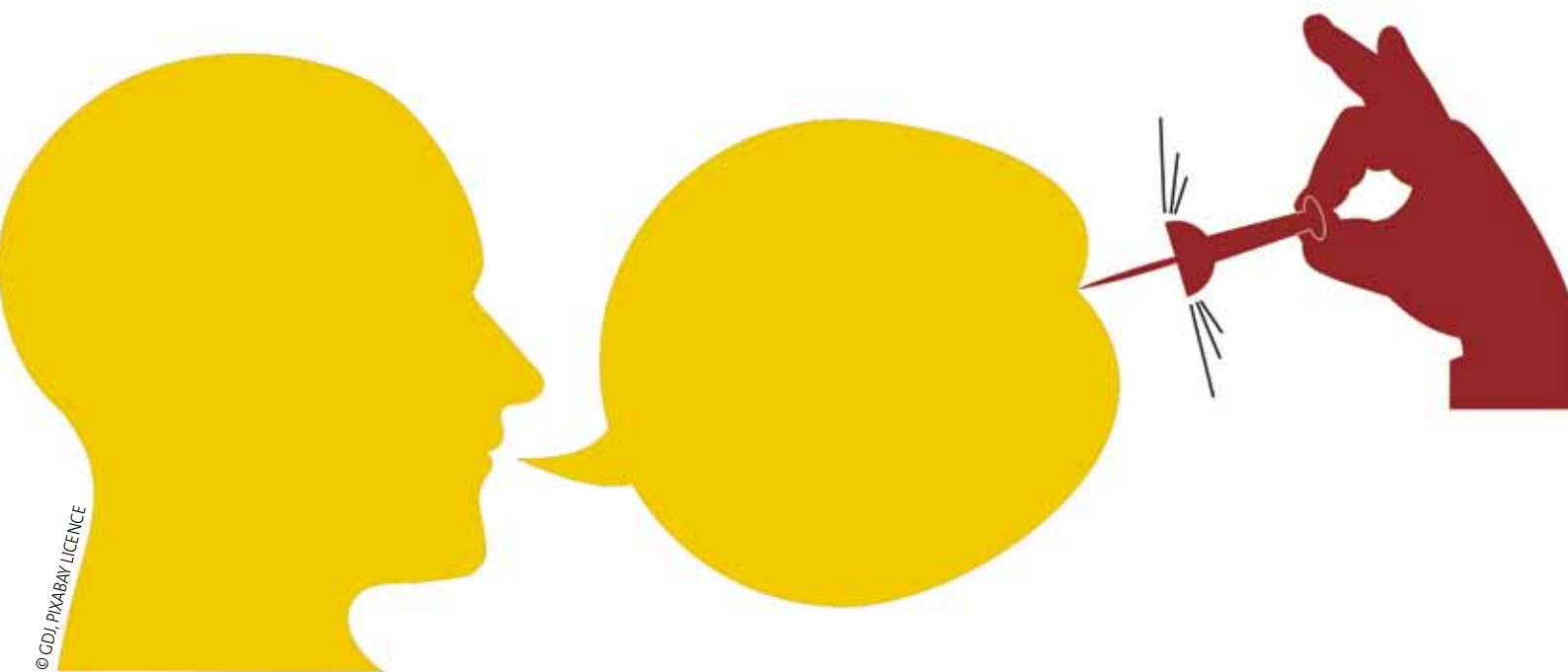
(2) «*Réseaux sociaux numériques : comment favoriser l'engagement citoyen ?*», 10 janvier 2017 (www.lecese.fr/sites/default/files/pdf/Avis/2017/2017_01_r%C3%Agseauxsociaux.pdf).

Gérard Aschieri,
rédacteur en chef d'H&L

(1) Portant sur la loi pour la confiance dans la vie politique.

(2) On dénomme «*porte étroite*» le texte d'une contribution déposée au Conseil constitutionnel par les acteurs de la société civile lors du contrôle «*a priori*» de la loi, pour défendre ou critiquer celle-ci.

(3) Discrimination, contestation de crime contre l'humanité, incitation ou apologie de crimes, injure, harcèlement, etc.



Le délai de vingt-quatre heures était bien trop court pour s'assurer du caractère licite ou illicite d'un contenu sur Internet. Selon le Conseil constitutionnel, cela « ne [pouvait] qu'inciter les opérateurs de plateforme en ligne à retirer les contenus, [...] qu'ils soient ou non manifestement illicites », conduisant à un régime de censure exercé par n'importe qui...

sanctionner des comportements, pas des sentiments. Quant à la liste des infractions, elle est fort longue⁽³⁾ et donne lieu à des jurisprudences souvent subtiles. Il est donc matériellement impossible que les opérateurs puissent déterminer en vingt-quatre heures si le contenu dont on demande le retrait est licite ou illicite. Or cette fois, la demande peut émaner non pas des autorités de police, mais de n'importe quelle personne qui s'estime victime d'un discours de haine, à la seule condition qu'elle fasse connaître son identité. Cette fois, la censure est donc initiée par une personne privée, l'internaute, et exercée par une autre personne privée, l'hébergeur ou le fournisseur d'accès. Ce sont eux, et eux seuls, qui sont chargés de constater l'existence d'une infraction

pénale et d'en tirer les conséquences. Dès lors que le délai de vingt-quatre heures est beaucoup trop court pour s'assurer du caractère licite ou illicite d'un contenu, le Conseil observe que de telles dispositions « ne peuvent qu'inciter les opérateurs de plateforme en ligne à retirer les contenus qui leur sont signalés, qu'ils soient ou non manifestement illicites ». On arrivait ainsi à un régime de censure exercé par n'importe qui. Et il appartenait à la malheureuse victime de la censure de contester ensuite la mesure dont elle était victime. Mais le mal était fait, car son propos avait déjà disparu du Net.

De ces deux annulations en ont découlé d'autres, par une sorte d'effet domino. Les dispositions qui mettaient en œuvre cette procédure de retrait, six articles en tout, ont donc été annulées, car devenues inutiles. Et la loi Avia s'est effondrée comme un château de cartes. Il n'en subsiste que deux éléments, d'une part la création d'un

parquet spécialisé dans la répression de la haine en ligne, d'autre part celle d'un Observatoire de la haine en ligne, placé auprès du Conseil supérieur de l'audiovisuel. Autant dire rien.

Après une telle défaite, il est clair que les propos de Laëtitia Avia et de Nicole Belloubet, qui ont annoncé en chœur vouloir « retravailler le dispositif », relèvent de la pure rhétorique. La loi Avia tombera bientôt dans un oubli mérité, et ne sera plus citée que dans les facultés de droit comme un magnifique exemple de crétinisme juridique. Pourtant la question essentielle n'est pas celle de la loi, mais celle de son adoption. Comment un texte bafouant les principes les plus élémentaires du droit pénal peut-il être voté par les députés à une écrasante majorité, avec la bénédiction du Conseil d'Etat et le soutien sans faille du gouvernement ? Ceux qui sont attachés à l'Etat de droit vont devoir chercher des réponses à cette question. ●

« Comment un texte bafouant les principes les plus élémentaires du droit pénal a-t-il pu être voté par les députés à une écrasante majorité, avec la bénédiction du Conseil d'Etat et le soutien sans faille du gouvernement ? »