



French-American Bar Association, 34-35 76<sup>th</sup> st., # 1-O, Jackson Heights, NY 11372

Thomas Vandenaabeele  
President  
French-American Bar Association  
34-35, 76<sup>th</sup> street  
Jackson Heights, NY 11372  
[tv@khgflaw.com](mailto:tv@khgflaw.com)

Le 1<sup>er</sup> juin 2020

A l'attention des Membres du Conseil Constitutionnel  
c/o Secrétariat Général du Conseil Constitutionnel  
Service du Greffe  
Conseil Constitutionnel  
2, rue de Montpensier  
75001 Paris  
France  
Téléphone : (+33) 1.40.15.30.00  
Télécopie : (+33) 1.40.20.93.27  
Par Courriel : [secretariat-greffe@conseil-constitutionnel.fr](mailto:secretariat-greffe@conseil-constitutionnel.fr), [greffe@conseil-constitutionnel.fr](mailto:greffe@conseil-constitutionnel.fr),  
[info@conseil-constitutionnel.fr](mailto:info@conseil-constitutionnel.fr)

**TRANSMISSION PAR COURRIEL, FAX & FEDEX**

**RE : Observations de la French American Bar Association Concernant l'Affaire Enregistrée Sous le n° 2020-801 DC « loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet »**

Mesdames et Messieurs les Membres du Conseil Constitutionnel,

Nous soussignés, Thomas Vandenaabeele et Pierre Ciric, sommes respectivement Président et Vice-Président de la French American Bar Association, Inc. (ci-après « FABA »), association d'avocats et juristes franco-américains de premier plan réunissant aux Etats-Unis un grand nombre d'adhérents. Notre association est incorporée dans l'Etat de New York, et nos adhérents sont admis, soit au barreau français, soit à l'un des 50 barreaux américains, soit à la fois en France et aux Etats-Unis. Nous sommes tous deux membres du barreau de l'Etat de New York.

Nous avons l'honneur de vous soumettre les observations en pièce jointe sous forme de contribution extérieure (dite « porte étroite ») concernant l'affaire en instance enregistrée sous le n° 2020-801 DC qui concerne la loi dite « loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet ».

Ces observations sont signées par la French American Bar Association, Nadine Strossen, Professeur de Droit Constitutionnel « John Marshall Harlan II », Emerita à l'Université New York Law School, et ancienne directrice de l'American Civil Liberties Union, ainsi que l'association Electronic Frontier Foundation.



French-American Bar Association, 34-35 76<sup>th</sup> st., # 1-O, Jackson Heights, NY 11372

En vous remerciant par avance d'accuser réception de cette soumission, nous vous prions, Mesdames et Messieurs les membres du Conseil Constitutionnel, de bien vouloir agréer l'assurance de nos salutations respectueuses.

*Pierre Ciric*

---

Pierre Ciric  
Vice-Président  
French American Bar Association  
Inscrit au Barreau de New York

cc : Thomas Vandenaabeele  
Président  
French American Bar Association  
Inscrit au Barreau de New York  
E-mail : vandenaabeele@hotmail.com

Nadine Strossen  
John Marshall Harlan II Professor of Law, Emerita  
New York Law School  
185 West Broadway  
New York, NY 10013 USA  
E-mail: nadine.strossen@nyls.edu

Christoph Schmon  
International Policy Director  
Electronic Frontier Foundation  
815 Eddy Street  
San Francisco, CA 94109 USA  
E-mail: [christoph@eff.org](mailto:christoph@eff.org)

David Greene  
Senior Staff Attorney and Civil Liberties Director  
Electronic Frontier Foundation  
815 Eddy Street  
San Francisco, CA 94109 USA  
E-mail : davidg@eff.org



French-American Bar Association, 34-35 76<sup>th</sup> st., # 1-O, Jackson Heights, NY 11372

**Contribution extérieure  
(dite « porte étroite »)  
auprès du  
CONSEIL CONSTITUTIONNEL  
sur la saisine n° 2020-801 DC  
du 18 mai 2020  
PAGE DE SIGNATURES**

Date: Le 1er juin 2020

\_\_\_\_\_  
Thomas Vandenabeele, Président  
The French American Bar Association, Inc.

Date: Le 1er juin, 2020

\_\_\_\_\_  
Pierre Ciric, Vice-Président  
The French American Bar Association, Inc.

Date: Le 1<sup>er</sup> juin 2020

\_\_\_\_\_  
Nadine Strossen, John Marshall Harlan II Professor of  
Law, Emerita, New York Law School

Date: Le 1er juin 2020

\_\_\_\_\_  
Christoph Schmon, International Policy Director  
Electronic Frontier Foundation

Date: Le 1er juin 2020

\_\_\_\_\_  
David Greene, Senior Staff Attorney and Civil  
Liberties Director, Electronic Frontier Foundation



French-American Bar Association, 34-35 76<sup>th</sup> st., # 1-O, Jackson Heights, NY 11372

**Contribution extérieure  
(dite « porte étroite »)  
auprès du  
CONSEIL CONSTITUTIONNEL  
sur la saisine n° 2020-801 DC  
du 18 mai 2020  
PAGE DE SIGNATURES**

Date: Le 1er juin 2020

\_\_\_\_\_  
Thomas Vandenaabee, Président  
The French American Bar Association, Inc.

Date: Le 1er juin, 2020

\_\_\_\_\_  
Pierre Ciric, Vice-Président  
The French American Bar Association, Inc.

Date: Le 1<sup>er</sup> juin 2020

\_\_\_\_\_  
Nadine Strossen, John Marshall Harlan II Professor of  
Law, Emerita, New York Law School

Date: Le 1er juin 2020

\_\_\_\_\_  
Christoph Schmon, International Policy Director  
Electronic Frontier Foundation

Date: Le 1er juin 2020

\_\_\_\_\_  
David Greene, Senior Staff Attorney and Civil  
Liberties Director, Electronic Frontier Foundation



French-American Bar Association, 34-35 76<sup>th</sup> st., # 1-O, Jackson Heights, NY 11372

**Contribution extérieure  
(dite « porte étroite »)  
auprès du  
CONSEIL CONSTITUTIONNEL  
sur la saisine n° 2020-801 DC  
du 18 mai 2020  
PAGE DE SIGNATURES**

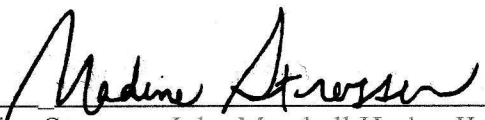
Date: Le 1er juin 2020

\_\_\_\_\_  
Thomas Vandenaabee, Président  
The French American Bar Association, Inc.

Date: Le 1er juin, 2020

\_\_\_\_\_  
Pierre Ciric, Vice-Président  
The French American Bar Association, Inc.

Date: Le 1<sup>er</sup> juin 2020

  
\_\_\_\_\_  
Nadine Strossen, John Marshall Harlan II Professor of  
Law, Emerita, New York Law School

Date: Le 1er juin 2020

\_\_\_\_\_  
Christoph Schmon, International Policy Director  
Electronic Frontier Foundation

Date: Le 1er juin 2020

\_\_\_\_\_  
David Greene, Senior Staff Attorney and Civil  
Liberties Director, Electronic Frontier Foundation



French-American Bar Association, 34-35 76<sup>th</sup> st., # 1-O, Jackson Heights, NY 11372

**Contribution extérieure  
(dite « porte étroite »)  
auprès du  
CONSEIL CONSTITUTIONNEL  
sur la saisine n° 2020-801 DC  
du 18 mai 2020  
PAGE DE SIGNATURES**

Date: Le 1er juin 2020

---

Thomas Vandenaabee, Président  
The French American Bar Association, Inc.

Date: Le 1er juin, 2020

---

Pierre Ciric, Vice-Président  
The French American Bar Association, Inc.

Date: Le 1<sup>er</sup> juin 2020

---

Nadine Strossen, John Marshall Harlan II Professor of  
Law, Emerita, New York Law School

Date: Le 1er juin 2020

---

Christoph Schmon, International Policy Director  
Electronic Frontier Foundation

Date: Le 1er juin 2020

---

David Greene, Senior Staff Attorney and Civil  
Liberties Director, Electronic Frontier Foundation

**Contribution  
extérieure (dite «  
porte étroite »)  
auprès du  
CONSEIL CONSTITUTIONNEL**

**sur la saisine n° 2020-801 DC  
du 18 mai 2020**

**Produite par**

**La French American Bar Association (« FAB A USA »), Mme Nadine Strossen, Professeur de Droit Constitutionnel « John Marshall Harlan II », Emerita à l'Université New York Law School, et l'Electronic Frontier Foundation (« EFF ») (ci-après « les Auteurs »)**

Monsieur le Président, Mesdames, Messieurs les membres du Conseil,

Par la présente contribution extérieure, selon les modalités définies par vos communiqués de presse du 23 février 2017 et du 24 mai 2019, les Auteurs entendent faire valoir les observations suivantes à l'encontre des dispositions de la loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet (n° 388 en dernière lecture à l'Assemblée Nationale).

## **I. Contexte Procédural**

L'Assemblée Nationale a adopté, le 13 mai 2020, en dernière lecture, la loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet , n° 388, suite à l'échec de la Commission Mixte Paritaire en date du 18 décembre 2019 (« loi déferée »). Cette Commission Mixte Paritaire avait tenté de réconcilier le texte initial de la proposition de loi visant à lutter contre la haine sur internet , n° 1785, déposée le mercredi 20 mars 2019, avec un texte plus modéré en provenance du sénat qui préservait les principes de la Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, JO L 178 du 17.7.2000, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32000L0031&from=FR> (« DCE » ou « directive sur le commerce électronique »)

1. La démarche législative précédant votre saisine a violé la Directive 98/34/CE prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information

En application de la Directive 98/34/CE du Parlement Européen et du Conseil du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information (« Directive 98/34/CE »), la France avait l'obligation de notifier ces projets ou propositions de loi, telle que la loi déferée, à la Commission Européenne.

Si la proposition de loi visant à lutter contre la haine sur internet , n° 1785, fut déposée à l'Assemblée nationale le 21 mars 2019, elle ne fut soumise à l'examen de la Commission Européenne que le 21 août 2019.

Après avoir conclu à l'absence d'urgence en septembre 2019, la Commission Européenne soumettait, le 22 novembre 2019, d'importantes critiques contre ce texte. <https://cdn2.nextinpact.com/medias/observations-commission-europeenne-proposition-de-loi-avia.pdf>, suivi d'un « avis circonstancié ». Ces deux avis estimaient que la loi déferée « *va au-delà de la directive [1] et peut constituer un obstacle à la libre circulation des services électroniques et ainsi affecter fondamentalement les droits des fournisseurs de services numériques.* » Lettre de Timo Pesonen, Directeur général, Direction générale du marché intérieur, de l'industrie, de l'entrepreneuriat et des PME, Commission Européenne, à son excellence, M. Jean-Yves Le Drian, ministre français de l'Europe et des affaires étrangères, 22 novembre 2019, <https://cdn2.nextinpact.com/medias/observations-commission-europeenne-proposition-de-loi-avia.pdf>.

De plus, le 21 janvier 2020, l'Assemblée Nationale adoptait, en deuxième lecture, un amendement du gouvernement au texte de la loi déferée, modifiant l'article 6-1 de la loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (« LCEN »), en faisant passer le délai que peut imposer les forces de police à exiger de tout site ou hébergeur le retrait d'un contenu rattaché à la pédopornocriminalité ou incitant au terrorisme de 24 heures à une heure. Amendement n°161 présenté par le Gouvernement, *Contenus Haineux sur Internet (n°2583)*, <http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/amendements/2583/AN/161>. En ne

---

<sup>1</sup> directive sur le commerce électronique.



transmettant pas cette modification à la Commission Européenne, le Gouvernement a failli à l'obligation de notification qui s'imposait à toute mesure plus contraignante adoptée après la première soumission à la Commission Européenne en date du 21 août 2019, et ce au regard de la Directive 98/34/CE.

## 2. La loi déferée modifie considérablement le régime existant des obligations des opérateurs de plateformes sur internet

La LCEN est venue transposer la directive sur le commerce électronique, encadrant les obligations des opérateurs sur internet (« hébergeurs », ou « plateformes »).

Sur la base du principe que la communication au public par voie électronique est libre (Article 1), la LCEN prévoit que la responsabilité des hébergeurs ne peut être engagée à raison des contenus qu'ils stockent que si, après avoir été dûment informés de leur caractère illicite, ils n'ont pas « promptement » agi pour les retirer ou en interdire l'accès. (Article 6).

En particulier, les hébergeurs ne sont pas soumis à

*« une obligation générale de surveiller les informations qu'(ils) transmettent ou stockent, ni à une obligation générale de rechercher des faits ou des circonstances révélant des activités illicites. »*  
(Article 6, I 7°, LCEN).

Seule une surveillance ciblée et temporaire peut être demandée par l'autorité judiciaire dans des situations très précises.

Ces hébergeurs sont soumis à l'obligation de coopérer à la lutte contre certains contenus constitutifs d'infractions (article 6, I 7°, LCEN par référence aux dispositions de l'article 24 (alinéa 5, 7 et 8) de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse), notamment l'apologie des crimes contre l'humanité, la provocation au terrorisme, l'incitation à la haine raciale, à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle ou identité de genre ou de leur handicap.

Ces hébergeurs sont ainsi tenus (i) de disposer d'un mécanisme de signalement aisément accessible de ces contenus, (ii) d'informer les autorités publiques de leurs signalements, et (iii) de rendre publics les moyens qu'ils consacrent à la prévention de leur diffusion. Le manquement à l'ensemble de ces obligations est pénalement réprimé.

De plus, les hébergeurs ne sont tenus à ces obligations que si le demandeur suit une procédure précise et limitée de notification des contenus litigieux, qui doit notamment inclure non seulement la « *description des faits litigieux, mais également les motifs pour lesquels le contenu doit être retiré, comprenant la mention des dispositions légales et des justifications de faits.* » (Article 6 I 5°, LCEN).

Enfin, la LCEN contient deux mécanismes pour contraindre à un retrait de contenu ou un blocage d'accès au service de communication au public en ligne : a) via l'autorité judiciaire qui peut prescrire en référé ou sur requête, à tout hébergeur, toute mesure propre à prévenir un dommage ou à faire cesser un dommage occasionné par le contenu d'un service de communication au public en ligne ; b) via l'autorité administrative en matière de contenus relatifs

à la provocation ou à l'apologie du terrorisme ou à la pédopornographie. L'autorité administrative peut alors demander à l'hébergeur ou au fournisseur de contenu de retirer les contenus. En l'absence de retrait de ces contenus dans un délai de vingt-quatre heures, l'autorité administrative peut enjoindre les fournisseurs d'accès à Internet de couper l'accès à ces sites. La méconnaissance de cette injonction entraîne des sanctions pénales.

Même si la LCEN prévoit que les responsabilités pénale et civiles des hébergeurs ne sont engagées qu'en cas de connaissance effective « *de l'activité ou de l'information illicites* », elles ne le sont pas si l'hébergeur refuse de retirer des contenus qu'il juge comme n'étant pas manifestement illicites, notamment si « *les motifs pour lesquels le contenu doit être retiré* » ne lui apparaissent pas suffisamment précis et probants. Vous avez d'ores et déjà confirmé ce pouvoir d'appréciation spécifique de l'hébergeur. Cons. const., 1<sup>er</sup> juillet 2004, *Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle*, n° 2004-497 DC.

Enfin, l'intégralité des procédures pénales générées par ces mécanismes (articles 222-33, 225-4-1, 225-5, 225-6, 227-23, 227-24, 421-2-5, 132-76 et 132-77 du code pénal) est soumise au contrôle du juge judiciaire. De même, les procédures de référé et les procédures sur requête pour intervenir en urgence sur le plan civil (article 50-1 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, article 809 du code de procédure civile) sont également sous le contrôle du juge des référés.

Dans tous les cas, si l'hébergeur choisit de se soumettre à une ou des procédures contradictoires aux fins d'aboutir à une décision de retrait du contenu incriminé, l'intégralité de ces procédures sont soumises au contrôle du juge. Ce dernier ne peut adopter des mesures de retrait que si celles-ci sont justifiées et proportionnées au regard de l'atteinte portée à la liberté d'expression et à la liberté d'entreprendre pour les hébergeurs.

Enfin, concernant le délai dans lequel l'hébergeur doit réagir à une notification qui lui est adressée, l'appréciation de la promptitude de la réaction de l'hébergeur se fait au cas par cas, et ce, à la discrétion entière du juge, seul en position d'évaluer le contexte dans lequel une atteinte portée à la liberté d'expression est en jeu.

Cet équilibre est rompu par la loi déferée.

En premier lieu, là où la LCEN prévoit une obligation de coopération pour lutter contre les contenus odieux à travers un dispositif de signalement, la loi déferée, dans son article 1, impose aux plateformes qu'ils soient retirés, rendus inaccessibles ou déréférencés dans un délai de 24h, ou d'une heure, sous peine d'une qualification pénale du non-retrait de ce contenu, assorti d'une amende significative.

En second lieu, la loi déferée élargit la liste des contenus haineux au-delà du champ initialement établi par la LCEN. En particulier, il étend une nouvelle infraction à la liste des contenus odieux par une référence aux alinéas 3 et 4 de l'article 33 de la loi du 29 juillet 1881 traitant de l'injure sur la base d'une discrimination de certains groupes.

## II. L'article 1 de la loi déferée doit être déclaré contraire à la Constitution en ce qu'il constitue une atteinte portée à l'exercice de la liberté d'expression qui est inutile, inadaptée et disproportionnée à l'objectif poursuivi

1. Les restrictions que le législateur peut être amené à apporter à la liberté d'expression sont soumises à des contraintes constitutionnelles strictes et proportionnées, et doivent suivre des contrôles établis à posteriori

En France, la liberté d'expression est garantie par l'article 11 de la déclaration de 1789 qui prévoit que

« [1]a 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 ».

Il s'agit d'une liberté fondamentale dont l'exercice « est l'une des garanties essentielles du respect des autres droits et libertés et de la souveraineté nationale ». Cons. const., 10 et 11 octobre 1984, <sup>er</sup> juillet 2004, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*, n° 84/181 DC.

Or, « la liberté d'expression et de communication, dont découle le droit d'expression collective des idées et des opinions, 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 ». Par suite, « les atteintes portées à l'exercice de cette liberté et de ce droit doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi. » Cons. const., 4 avril 2019, *Loi visant à renforcer et garantir le maintien de l'ordre public lors des manifestations*, n° 2019-780 DC. Cons. const., 15 décembre 2017, *Délit de consultation habituelle des sites internet terroristes II*, n° 2017-682 QPC. Cons. const., 18 mai 2018, *Délit d'apologie d'actes de terrorisme*, n° 2018-706 QPC.

En outre, il appartient, dans le cadre de l'article 34 de la Constitution, au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public – et d'autre part, l'exercice des droits et libertés constitutionnellement garantis, le droit d'expression collective des idées et des opinions. Toutefois, des dispositions législatives ne sauraient conférer à l'administration « le pouvoir **de priver** une personne de son droit d'expression collective des idées et des opinions » Cons. const., 4 avril 2019, *Loi visant à renforcer et garantir le maintien de l'ordre public lors des manifestations*, n° 2019-780 DC.

Si son statut de liberté essentielle pour l'existence et le fonctionnement du régime démocratique n'empêche pas l'édiction de limites par le législateur, la liberté d'expression ne peut faire l'objet d'un régime d'autorisation préalable, ni des « effets équivalant à ceux d'un régime d'autorisation préalable ». Cons. const., 17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, n° 88-248 DC.

L'édiction de limites a donc pour objectif un encadrement à *posteriori* contre les abus.

2. La loi déferée prive le citoyen de son droit d'expression en violation de la Constitution, car les restrictions imposées aux opérateurs par l'article 1 sont inutiles, inadaptées et disproportionnées par rapport à l'objectif poursuivi

En imposant une obligation de retrait de 24h ou d'une heure suite à une notification suivant les types de contenus, couplée à un dispositif de signalement allégé par rapport au dispositif initial de la LCEN, trois conséquences sont établies par une multitude de preuves concordantes.

En premier lieu, l'obligation de retrait de 24h ou d'une heure suivant la notification entrainera mécaniquement une sur-censure de contenus parfaitement licites, dans la mesure où les délais de retrait sont impraticables pour la plupart des hébergeurs, en particulier ceux pour lesquels les ressources à investir seraient disproportionnées par rapport à la taille de leurs activités. La contribution extérieure qui vous a été soumise par l'entreprise Wikimedia France est, à cet égard, un élément probant.

Par conséquent, l'article 1 constitue une obligation disproportionnée par rapport à l'objectif de lutte contre certains contenus considérés comme illicites par la loi française, et viole ainsi votre jurisprudence.

Cette réelle menace avait déjà été pointée par le sénat au moment de la première lecture de la loi déferée :

*« En exigeant des opérateurs de plateformes qu'ils apprécient le caractère manifestement illicite des messages haineux signalés dans un délai particulièrement bref, alors, d'une part, que cet exercice de qualification juridique est difficile pour certaines infractions contextuelles, et alors, d'autre part, qu'ils sont sous la menace de sanctions pénales explicites et dissuasives en cas d'erreur, ce dispositif encouragera mécaniquement les plateformes à retirer - par excès de prudence - des contenus pourtant licites. Un trop grand zèle dans la suppression de contenus et un **comportement de « sur-censure »** n'engageront d'ailleurs pas, eux, la responsabilité pénale des plateformes, quand celle des personnes notifiant à tort restera quasiment impossible à rechercher en pratique. Votre rapporteur ne doute dès lors pas que les grands opérateurs de plateformes auront vite fait le bilan des risques économiques et réputationnels encourus par eux entre, d'une part, les retraits insuffisants pénalement sanctionnés par la puissance publique et, d'autre part, les cas de retraits excessifs où ils s'exposent seulement au mécontentement d'utilisateurs individuels... »*

Rapport n° 197 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration

générale sur la proposition de loi, adoptée par l'Assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée, visant à lutter contre les contenus haineux sur internet, Par M. Christophe-André FRASSA, Sénateur, Enregistré à la Présidence du Sénat le 11 décembre 2019, Page 26, <https://www.senat.fr/rap/119-197/119-1971.pdf>

La Commission Européenne a également exprimé ses inquiétudes concernant le risque de sur-censure lorsqu'elle avait soumis ses observations concernant la loi déferée le 22 novembre 2019 :

*« Sans remettre en cause l'objectif poursuivi par le projet notifié, la Commission constate que l'obligation pour les plateformes de supprimer tout contenu illicite notifié dans un délai de 24 heures, combinée à la lourde sanction prévue à l'article 4 du projet notifié, à la grande variété d'infractions soumises à une telle obligation (pouvant nécessiter une évaluation contextuelle plus ou moins approfondie) et à la réduction des exigences de notification susmentionnée, pourraient avoir des conséquences néfastes. En ce sens, ceci pourrait notamment créer une charge disproportionnée sur les plateformes en ligne et dans certaines circonstances, un risque de suppression excessive de contenus, ce qui porterait ainsi atteinte à la liberté d'expression. »*

Lettre de Timo Pesonen, Directeur général,  
Direction générale du marché intérieur, de  
l'industrie, de l'entrepreneuriat et des PME,  
Commission Européenne, à son excellence, M.  
Jean-Yves Le Drian, ministre français de l'Europe et  
des affaires étrangères, 22 novembre 2019,  
<https://cdn2.nextinpact.com/medias/observations-commission-europeenne-proposition-de-loi-avia.pdf>

Enfin, le seul exemple d'une loi similaire en Europe à la loi déferée est la loi allemande, votée en 2018, qui a mis en place une législation très stricte sur les « contenus haineux » sur internet, et dénommée « NetzDG » (« *Netzwerkdurchsetzungsgesetz* » ou « Loi sur la mise en vigueur des réseaux »). Ses dispositions peuvent infliger aux hébergeurs en ligne des amendes pouvant atteindre 50 millions d'euros s'ils ne suppriment pas, dans les 24 heures suivant un signalement, une expression qui serait « manifestement illégale » en vertu de la législation allemande.

Les exemples de sur-censure générés directement par cette loi sont nombreux et largement détaillés en section 3 du présent mémoire. De plus, le sénat avait, au moment de l'examen en première lecture de la loi déferée, fait une référence explicite à ces résultats, d'ailleurs prévisibles :

*« Il semble que la principale faiblesse de cette loi [la loi allemande NetzDG] soit l'effet de « sur-censure » qu'elle induit. Les observateurs font état d'un niveau élevé de contenus licites supprimés en Allemagne et de nombreux contentieux contestant des retraits injustifiés. Les autorités allemandes semblent même décidées à réviser ce dispositif de façon anticipée. »*

Rapport n° 197 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur la proposition de loi, adoptée par l'Assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée, visant à lutter contre les contenus haineux sur internet, Par M. Christophe-André FRASSA, Sénateur, Enregistré à la Présidence du Sénat le 11 décembre 2019, Page 60, <https://www.senat.fr/rap/19-197/19-1971.pdf>

En second lieu, l'obligation de retrait de 24h ou d'une heure suivant la notification généralisera le recours à des filtres automatisés et algorithmes de détection automatiques aux fins de permettre aux hébergeurs de tenter de satisfaire des délais, non seulement impraticables, mais surtout, déclencheurs d'une infraction pénale dès leur violation.

Le sénat s'était également inquiété de ce second effet pervers généré par l'article 1 de la loi déferée :

*« Mais d'autres effets pervers sont également à redouter : - la multiplication du recours à des filtres automatisés de reconnaissance, d'analyse et de retrait des contenus par les plateformes, sans intervention humaine, alors qu'il s'agit de prendre des décisions touchant aux droits fondamentaux des utilisateurs. »*

Id. à 26.

Le sénat, concernant la généralisation de l'utilisation de ces algorithmes aux fins de tenter, pour les hébergeurs, de détecter ces infractions pénales, déclarait :

*« Déjà largement déployés pour lutter contre des infractions qui ont un caractère d'évidence ou peuvent bénéficier de recoupements avec des bases de données d'images (terrorisme, pédopornographie), l'utilisation d'algorithmes ou de techniques automatisées de filtrage pourrait s'étendre indument, sans garantir une intervention humaine pour qualifier certaines infractions. »*

Id.

Or, les exemples de sur-censure pour certains algorithmes déjà mis en place par les plateformes les plus importantes, et donc censées être les plus sophistiquées, et pour des algorithmes traitant de simples violations de conditions d'utilisation, sont, hélas, bien connues et génèrent des résultats hasardeux (Facebook censurant une photo d'un chef-d'œuvre de l'art paléolithique représentant Venus résultant d'un algorithme censurant les images pornographiques dans des images publicitaires, Perrine Signoret, *Facebook présente ses excuses après la censure d'une Vénus paléolithique*, LE MONDE, 1<sup>er</sup> mars 2018, disponible sur [https://www.lemonde.fr/pixels/article/2018/03/01/une-venus-paleolithique-censuree-sur-facebook\\_5264174\\_4408996.html](https://www.lemonde.fr/pixels/article/2018/03/01/une-venus-paleolithique-censuree-sur-facebook_5264174_4408996.html); Facebook censurant une photo de « l'Origine du Monde » de Gustave Courbet ET éliminant définitivement le compte de l'utilisateur, Perrine Signoret, *Censure de « L'Origine du monde » : une faute de Facebook reconnue, mais pas sur le fond*, LE MONDE, 15 mars 2018, disponible sur [https://www.lemonde.fr/pixels/article/2018/03/15/censure-de-l-origine-du-monde-une-faute-de-facebook-reconnue-mais-pas-sur-le-fond\\_5271666\\_4408996.html](https://www.lemonde.fr/pixels/article/2018/03/15/censure-de-l-origine-du-monde-une-faute-de-facebook-reconnue-mais-pas-sur-le-fond_5271666_4408996.html); Facebook censurant une série de photos mises en ligne par le Centre Pompidou durant une exposition du peintre Gerhard Richter, Marc Rees, *Pour Facebook, Richter, c'est du cochon, pas de l'art*, NEXTINPACT, 23 juillet 2012, disponible sur <https://www.nextinpact.com/archive/72617-pour-facebook-richter-c-est-cochon-pas-l-art.htm>; Facebook censurant des photos de mères en groupe allaitant leurs enfants, Jean Zeid, *#brelfies : quand les mamans postent des selfies d'allaitement contre la censure Facebook*, FRANCE INFO, 25 février 2015, disponible sur [https://www.francetvinfo.fr/replay-radio/le-17-20-numerique/brelfies-quand-les-mamans-postent-des-selfies-d-allaitement-contre-la-censure-facebook\\_1772801.html](https://www.francetvinfo.fr/replay-radio/le-17-20-numerique/brelfies-quand-les-mamans-postent-des-selfies-d-allaitement-contre-la-censure-facebook_1772801.html)).

En troisième lieu, la proportionnalité d'une obligation contraignant une liberté fondamentale s'évalue en fonction de l'existence ou de l'absence d'une alternative moins restrictive aux fins d'aboutir à un résultat similaire, comme par exemple la législation existante, la LCEN. Sur ce point, la Commission Européenne avait exprimé de sérieux doutes sur la validité du mécanisme imposé par l'article 1 de la loi déferée, car la France, contrairement ces obligations, n'avait pas démontré l'existence de mesures moins restrictives aux fins de satisfaire à l'objectif de la loi :

*« La Commission a également des doutes en ce qui concerne la proportionnalité de cette mesure. En particulier, il convient d'évaluer si des moyens moins restrictifs pourraient être envisagés afin d'obtenir un résultat similaire. Toutefois, jusqu'à présent, les autorités françaises n'ont pas fourni d'évaluation concernant la proportionnalité des obligations imposées aux plateformes en ligne (en particulier celles établies dans d'autres États membres, y compris les plus petits) et l'existence de mesures potentiellement moins restrictives qui pourraient permettre d'atteindre l'objectif déclaré. »*

Lettre de Timo Pesonen, Directeur général,  
Direction générale du marché intérieur, de  
l'industrie, de l'entrepreneuriat et des PME,  
Commission Européenne, à son excellence, M.  
Jean-Yves Le Drian, ministre français de l'Europe et  
des affaires étrangères, 22 novembre 2019,

Il était donc à la charge du législateur de s'assurer que sa solution était l'option la moins restrictive aux fins de satisfaire à l'objectif de la loi, à savoir la lutte contre certains contenus odieux au-delà des résultats obtenus par le LCEN. Le fait que le législateur ait choisi de contourner sournoisement son obligation d'effectuer cette vérification en choisissant la voie de la proposition de loi, au lieu d'un projet de loi, aux fins d'éviter l'obligation d'une étude d'impact, ne retire rien à l'obligation constitutionnelle de satisfaire à la nécessité de choisir la solution la moins restrictive.

3. L'article 1 de la loi déferée, en ce qu'il impose des obligations générant des effets équivalents à un régime d'autorisation préalable, doit être déclaré contraire à la Constitution

La liberté d'expression ne peut faire l'objet d'un régime d'autorisation préalable, ni d'« effets équivalant à ceux d'un régime d'autorisation préalable ». Cons. const., 17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, n° 88-248 DC. Dans cette dernière décision, vous avez sanctionné un système permettant à une autorité administrative indépendante (la Commission pour la transparence et le pluralisme de la presse) d'adresser aux personnes intéressées des mises en demeure et de prescrire les mesures nécessaires, sans pour autant l'autoriser à rechercher si le pluralisme est effectivement menacé. La loi prévoyait que, lorsque la décision de l'autorité n'était pas exécutée dans le délai que celle-ci avait fixé, les publications en cause étaient immédiatement et automatiquement privées d'avantages fiscaux et postaux, et ce, avant même que le ministère public ait pu commencer l'instruction du dossier qui lui était transmis. Vous avez estimé que ces dispositions produisaient des effets équivalant à ceux d'un régime d'autorisation préalable et qu'elles étaient, de ce chef, contraires à l'article 11 de la Déclaration de 1789.

Dans le cas présent, les hébergeurs concernés sont immédiatement sujets à des dispositions pénales dès qu'ils enfreignent la contrainte de retrait en 24 heures ou en une heure, avant même que le juge judiciaire ait eu la possibilité d'instruire un quelconque aspect du contentieux impliqué. Le fait d'imposer un délai fixe, au lieu et place d'une obligation de prompt retrait dans le cadre d'une procédure judiciaire, force le régime de notification à générer des effets équivalents à un régime d'autorisation préalable, et doit être par conséquent rejeté.

De plus, le risque de généralisation du recours à des filtres automatisés et à des algorithmes de détection automatiques, tels que décrits au paragraphe précédent, transforme l'hébergeur en contrôleur et organisateur d'un système d'autorisation préalable des contenus, et ce, à tout moment, et à chaque fois qu'un contenu est mis en ligne sur la plateforme de l'hébergeur. Il doit donc être déclaré contraire à la Constitution pour les mêmes raisons.

4. L'article 1 de la loi déferée, en ce qu'il sous-traite aux hébergeurs privés l'exercice de missions de police judiciaire ou administrative, est contraire à la Constitution

En bouleversant l'équilibre créée par la LCEN, la loi déferée, en transformant l'obligation de coopération pour lutter contre les contenus odieux à travers un dispositif de signalement en obligation absolue de retirer, rendre inaccessibles ou déréférencer dans un délai de 24h ou d'une heure certains contenus odieux, sous peine d'une qualification pénale, met en place une véritable sous-traitance de missions, soit de police judiciaire, soit de police



administrative aux hébergeurs.

En 2011, vous avez confirmé que les modalités de l'exercice des missions de police judiciaire « *ne sauraient toutefois être soumises à la volonté de personnes privées* » et qu'« *il ne peut y avoir de privatisation (...) des missions de police judiciaire* » Cons. const., 10 mars 2011, *Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure*, n° 2011-625 DC.

Il s'agissait alors de déclarer contraire à la Constitution une disposition de la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure (« loi LOPPSI ») qui crée un fonds de soutien à la police technique et scientifique, chargé de contribuer au financement, dans la limite de ses ressources, de l'ensemble des opérations liées à l'alimentation et à l'utilisation du fichier automatisé des empreintes digitales et du fichier automatisé des empreintes génétiques. Les dispositions législatives créant ce fonds de soutien à la police technique et scientifique étaient déclarées contraires à la Constitution au motif que « *les modalités de l'exercice des missions de police judiciaire ne sauraient toutefois être soumises à la volonté de personnes privées.* » *Id.*

Dans le cas présent, l'Article 1 de la loi déferée, dans la mesure où il force, par une disposition pénale, les hébergeurs à se soumettre à une obligation systématique de retrait ou de référencement de contenus illicites, les transforme donc en agents des forces judiciaires. Or, l'article 1 de la loi déferée va bien au-delà du simple soutien financier apporté à la mission de police mandaté par loi LOPPSI.

De plus, la généralisation du recours à des filtres automatisés et algorithmes de détection automatiques, tels que décrits au paragraphe précédent, renforce le rôle de l'hébergeur en tant qu'agent de la force de police, car il est mis en position de détecter à l'avance tout contenu répondant à un certain nombre de critères préprogrammés, et ce, en application de l'article 1 de la loi déferée.

Par conséquent, cet article transfère de façon directe et systématique l'exercice de missions de police à des personnes privées, ce qui ne saurait être toléré par cette jurisprudence.

Même en admettant que, concernant les dispositions de l'article 1 qui implique une obligation de retrait en 24 heures ou en une heure suivant le type de contenu odieux, ces dispositions s'assimilent à une mission de police administrative et non judiciaire, la décision suscitée interdit de la même façon une telle sous-traitance. En effet, votre jurisprudence interdit également de confier à des personnes privées des missions de surveillance générale de la voie publique via l'exploitation des systèmes de vidéoprotection sur la voie publique et le visionnage des images pour le compte des personnes publiques. Cons. const., 10 mars 2011, *Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure*, n° 2011-625 DC.

En effet, les termes de l'article 12 de la Déclaration du 26 août 1789 (« *la garantie des droits de l'Homme et du citoyen nécessite une force publique : cette force est donc instituée pour l'avantage de tous, et non pour l'utilité particulière de ceux auxquels elle est confiée* ») interdisent au législateur de rendre « *possible la délégation à une personne privée des compétences de police administrative générale inhérentes à l'exercice de la "force publique" nécessaire à la garantie des droits* » . *Id.*

Par conséquent, en systématisant une obligation par les hébergeurs, personnes privées, de retrait de contenus odieux définis par le code pénal, le législateur, en adoptant l'Article 1, a outrepassé les limites constitutionnelles que vous avez établies et confirmées.

### III. La loi déferée est incompatible avec la directive sur le commerce électronique de l'Union Européenne

La directive sur le commerce électronique vise à atteindre un juste équilibre entre plusieurs intérêts. La clause relative au marché intérieur (article 3) crée une sécurité juridique pour que les plateformes (dénommées services de la société de l'information) puissent offrir leurs services dans toute l'Union Européenne. Les dispositions sur la responsabilité des intermédiaires (en particulier l'article 14) tentent de favoriser l'adoption du commerce électronique, la prévention de la diffusion de contenus illégaux et la liberté d'expression des utilisateurs. L'interdiction de la surveillance généralisée (article 15) garantit que les fonctions régaliennes sont exercées par les États plutôt que par les plates-formes et garantit la liberté d'accès à l'information et la liberté d'expression des utilisateurs.

Les lois nationales qui incorporent la directive sur le commerce électronique doivent respecter les normes définies par l'Union Européenne et doivent être interprétées à la lumière des principes définis par la DCE. Or, la loi déferée ne respecte ni les dispositions, ni l'esprit de la DCE, et n'établit aucunement un juste équilibre entre les intérêts et les droits définis dans celle-ci.

#### 1. La loi déferée est incompatible avec l'article 3 de la DCE

Le principe du pays d'origine est un principe essentiel de la DCE. L'article 3 prévoit que :

*« 1. [c]haque État membre veille à ce que les services de la société de l'information fournis par un prestataire établi sur son territoire respectent les dispositions nationales applicables dans cet État membre relevant du domaine coordonné.  
2. Les États membres ne peuvent, pour des raisons relevant du domaine coordonné, restreindre la libre circulation des services de la société de l'information en provenance d'un autre État membre. »*

Dans une large mesure, la DCE n'avait pas été créée pour réaliser une harmonisation complète des réglementations. Au lieu de cela, la DCE définit un «domaine coordonné» dans le cadre duquel le mécanisme de l'article 3 doit permettre que les plateformes soient, en principe, soumis au droit de l'État membre dans lequel le prestataire de services est établi (et non soumis au droit de l'État membre où le service est accessible) (considérant 22).<sup>2</sup> Par conséquent, sauf exceptions, les États membres ne peuvent restreindre la liberté de fournir des services de la société de l'information à partir d'un autre État membre. Le domaine coordonné comprend « l'exercice de l'activité d'un service de la société de l'information, telles que les exigences portant sur le comportement du prestataire, la qualité ou le contenu du service, y compris en matière de publicité et de contrat, ou sur la responsabilité du prestataire. » » (article 2) i), deuxième tiret).

Il est très improbable que la loi déferée soit conforme au principe du pays d'origine en raison de son large champ d'application territoriale. En effet, la loi déferée s'applique aux

---

<sup>2</sup> Affaires jointes C-509/09 et C-161/10, *eDate Advertising v Martinez*, ECLI:EU:C:2011:685, [57].

hébergeurs dont l'activité sur le territoire français dépasse un certain seuil. Non seulement il s'applique aux hébergeurs établis dans d'autres États membres, mais il semble que la majorité des hébergeurs ciblés seront établis hors du territoire français. La loi déferée impose une charge particulièrement lourde à ces plateformes et restreint la clause d'accès transfrontalier des services de la société de l'information au sein de l'Union Européenne.

Bien que les États membres puissent déroger au principe du pays d'origine pour certaines raisons précises d'ordre public (article 3(4)), ces mesures doivent être ciblées et proportionnées. Cependant, il n'existe aucun critère de proportionnalité dans la loi déferée. Par exemple, l'article 1 de la loi déferée qui concerne la suppression de certains contenus dans un délai de 24 heures suivant une notification, ne fait l'objet d'aucune exception ou d'aucune analyse au cas par cas. La loi déferée n'est pas non plus ciblée sur certains prestataires, car elle s'applique à toutes sortes de plateformes en ligne. Par conséquent, la loi déferée viole le principe du pays d'origine et ne satisfait pas au test de proportionnalité prévu par la DCE. Cet état de fait créera donc des entraves indues à la libre circulation des services de la société de l'information dans l'Union Européenne.

## 2. La loi déferée est incompatible avec l'article 14 de la DCE

L'article 14 de la DCE prévoit que les États membres :

*« veillent à ce que [l'hébergeur] ne soit pas responsable des informations stockées à la demande d'un destinataire du service à condition que :*

*a) le prestataire n'ait pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicites et, en ce qui concerne une demande en dommages et intérêts, n'ait pas connaissance de faits ou de circonstances selon lesquels l'activité ou l'information illicite est apparente ; ou*

*b) le prestataire, dès le moment où il a de telles connaissances, agisse promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible. »*

Les limitations pleinement harmonisées de la responsabilité des intermédiaires décrites dans la directive ont été jugées *« indispensables pour garantir à la fois la fourniture de services de base qui garantissent la libre circulation continue des informations dans le réseau et la mise en place d'un cadre permettant à Internet et au commerce électronique de se développer. »*<sup>3</sup> Plus précisément, les exonérations de responsabilité et les procédures de notification ont été adoptées pour remédier aux divergences observées dans les décisions de justice et les législations nationales qui ont entraîné une insécurité juridique et des obstacles à la libre circulation dans le marché intérieur. Ces règles établissent un équilibre entre les différents intérêts en jeu, la prévention des activités illégales en ligne et le respect des droits fondamentaux dans l'Union

---

<sup>3</sup> Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil et Comité Économique et Social européen - Premier rapport sur l'application de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur ("directive sur le commerce électronique") /\* COM/2003/0702 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52003DC0702&from=EN>.

Européenne.

Afin d'assurer une flexibilité suffisante, la DCE s'est abstenue d'introduire un délai fixe pour qu'un hébergeur agisse après avoir pris connaissance d'un contenu potentiellement illicite. Au lieu de cela, la directive utilise le terme « promptement ». Le considérant 46 de la DCE explique que la suppression d'un contenu ou la désactivation de l'accès doivent être effectuées dans le « respect du principe de la liberté d'expression ».

En revanche, la loi déferée oblige les hébergeurs à supprimer les contenus « manifestement illicites » dans les 24 heures suivant une notification, faute de quoi ils sont passibles de dispositions pénales et d'amendes élevées. De telles contraintes automatiques portent atteinte à l'objectif protecteur et à l'équilibre interne de la DCE. En outre, il n'est pas établi comment une évaluation d'une demande de retrait d'un contenu doit être effectuée à bref délai, d'autant plus qu'une telle évaluation nécessite une analyse contextuelle. Contrairement à la DCE, la loi déferée abandonne toute analyse contextuelle d'un contenu potentiellement illicite et ignore également la nécessité d'éviter de faire peser une charge sur les hébergeurs aux fins d'identifier le contenu notifié. En outre, la loi déferée n'offre pas une conception suffisamment flexible pouvant donner aux hébergeurs la possibilité d'établir des priorités en fonction du type de contenu en question et d'agir en fonction de leurs ressources. De fait, de nombreux hébergeurs ne pourront avoir de système en place qui leur permette de réagir suffisamment rapidement, et même les hébergeurs les plus importants ne seront pas en mesure de traiter un nombre élevé de demandes de suppression.

### 3. La loi déferée est incompatible avec l'article 15 de la DCE

L'article 15 de la DCE prévoit que

*« [l]es États membres ne doivent pas imposer aux prestataires, pour la fourniture des services visés aux articles 12, 13 et 14, une obligation générale de surveiller les informations qu'ils transmettent ou stockent, ou une obligation générale de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illicites. »*

Dans le champ d'application de la DCE, les États membres ne sont pas autorisés à imposer des obligations générales de surveillance aux hébergeurs et aux prestataires de services. Les hébergeurs ne sont pas non plus tenus de rechercher activement des faits ou des circonstances qui indiquent un contenu potentiellement illicite. Cependant, en raison des délais extrêmement courts prévus par la loi déferée (24 heures ou une heure) pour répondre aux demandes de suppression sans aucune possibilité de dérogation ou d'extension, de nombreuses plateformes n'auront d'autre choix que de recourir à une surveillance généralisée des contenus ou d'utiliser des systèmes de filtrage automatisés pour supprimer les contenus potentiellement illicites. Cependant, ces procédures de filtrage automatiques sont notoirement imprécises et erronées, sujettes à la sur-censure de contenus parfaitement légitimes et dépourvues de quelconques contre-pouvoirs.

### 4. La loi déferée est incompatible avec l'article 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

Le risque de sur-censure de contenus parfaitement légitimes doit également être évalué à

la lumière du droit à la liberté d'expression. Dans le contexte de la limitation de la responsabilité des hébergeurs, le préambule de la DCE explique que le principe de la liberté d'expression doit être scrupuleusement respecté. De plus, la liberté d'expression et d'information est un droit fondamental en vertu de la Charte des droits fondamentaux de l'UE (« Charte ») (article 11) et les mesures éventuelles des états membres visant à protéger un autre objectif public, telles que la prévention de la diffusion de contenus potentiellement illicites, doivent trouver un juste équilibre entre ces objectifs. Toute restriction à la liberté d'expression doit être nécessaire et proportionnée, ce qui signifie que ces mesures ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs fixés.

Cependant, la loi déferée échoue à garantir un tel équilibre car aucune analyse d'impact n'a été fournie pour évaluer si d'autres mesures, moins restrictives, pouvaient avoir l'effet escompté. Les obligations de retrait de contenus sont disproportionnées - en particulier pour les hébergeurs de moindre taille - et inflexibles. Associés à de graves conséquences pénales en cas de non-conformité, ces obligations auront probablement un effet dissuasif sur la liberté d'expression des utilisateurs. Elles pourront même entraîner une censure collective.

En outre, les délais très courts imposent pour retirer les contenus incriminés augmentent les risques de suppression abusive de contenus légitimes, ce qui entraînera un préjudice pour l'utilisateur. En l'espèce, le législateur français n'a pas réalisé d'étude d'impact qui ait analysé le préjudice de ces mesures sur les utilisateurs.

#### 5. La Commission Européenne a d'ores et déjà exprimé des vives inquiétudes sur la loi déferée

En 2019, les autorités françaises ont notifié, avant sa première lecture, la loi déferée à la Commission Européenne.<sup>4</sup> La Commission a indiqué que le projet notifié modifie la LCEN, qui transpose la DCE en droit français. La Commission a également déclaré que les dispositions pertinentes de la loi déferée relèvent du champ d'application de la DCE, ainsi que des autres dispositions du droit européen mentionnées ci-dessus, et implémentent également le droit européen aux fins d'appliquer la Charte.

Dans sa réponse en date du 22 novembre 2019, la Commission Européenne conclut qu'il existe un risque que la loi déferée viole la DCE à plusieurs égards. À la lumière des préoccupations exprimées dans cette réponse, il est probable que la Commission Européenne engagera une procédure d'infraction contre la France si le Conseil Constitutionnel valide cette loi en l'état.

#### 6. La loi déferée fait entrave au projet de loi sur les Services Numériques de la Commission Européenne

La Commission Européenne a annoncé un projet de nouveau cadre réglementaire pour tous les services numériques dans le marché unique, qui couvrira en particulier les plateformes en ligne. L'initiative, actuellement connue sous le nom de « Digital Services Act » (ou « Loi sur les Services Numériques »), couvrira les domaines identiques à ceux relevés par la loi déferée, y compris les problématiques liées aux contenus haineux, ainsi que d'autres formes de préjudices

---

<sup>4</sup> Communication de la Commission - TRIS/(2019) 02303, Directive (UE) 2015/1535, disponible sur <https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/tris/en/search/?trisaction=search.detail&year=2019&num=412>.

en ligne. L'initiative de la Commission Européenne vise également à combler certaines lacunes réglementaires existant dans la DCE qui, selon une analyse de la Commission, ne reflète plus la réalité technique, sociale et économique des services en ligne actuels. Ce nouveau cadre établira un ensemble de règles entièrement harmonisées qui devront être mises en œuvre par tous les États membres, y compris la France.

En anticipant ce processus, la loi déferée entravera donc le nécessaire débat public qui devra avoir lieu au niveau européen sur les normes et processus de modération de contenu communs qui s'appliqueront aux plateformes transnationales et nationales.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> Chloé Berthélémy, *France's law on hate speech gets a thumbs down*, EUROPEAN DIGITAL RIGHTS (EDRI), 4 décembre 2019, disponible sur <https://edri.org/frances-law-on-hate-speech-gets-thumbs-down/>.

#### IV. La loi déferée représente le choix d'une politique publique de censure qui n'a jamais pu remédier aux conséquences soi-disant négatives associées à des contenus haineux

##### 1. Les lois sur les contenus haineux sont tout au plus inefficaces et, au pire, contre-productives

À bien des égards, les lois sur les contenus haineux sont contre-productives, accroissant plutôt que réduisant les « préjudices redoutés » (les préjudices qui, selon les partisans de ces lois, sont générés par les contenus haineux, tels que la diffamation, le préjudice moral, la discrimination et la violence). Indépendamment des conflits potentiels avec des principes juridiques constitutionnels, les lois sur les contenus haineux représentent une politique publique inadaptée et inefficace.<sup>6</sup>

De nombreux pays dotés de lois sur les contenus haineux n'ont connu aucun impact positif en termes de réduction de la discrimination. En réalité, les recherches existantes montrent que certains gouvernements ayant adopté des lois pénales portant sur les contenus haineux ont pratiqué une discrimination croissante fondée sur la race, l'ethnicité et la religion. Par exemple, les professeurs Louis Greenspan et Cyril Levitt ont noté que « *[l] a montée du parti du Front National français, qui sous la direction de Jean-Marie Le Pen était ouvertement raciste. . . a eu lieu dans un pays qui s'était soi-disant immunisé* » par le biais de lois portant sur les « discours haineux ». Louis Greenspan & Cyril Levitt, *UNDER THE SHADOW OF WEIMAR: DEMOCRACY, LAW, AND RACIAL INCITEMENT IN SIX COUNTRIES* (Praeger, 1993). Ils ont en outre conclu que des « *racistes' respectables* » ont acquis un pouvoir politique en Allemagne, même si ce pays « *possède l'une des législations anti-haine les plus strictes au monde* ». En 2017, un journaliste allemand a observé que « *les Allemands débattent depuis longtemps pour savoir si* » la législation portant sur les « *contenus haineux . . . a été efficace* », citant le « *grave problème de la violence extrémiste de droite* » en Allemagne et la force du parti d'extrême droite « *Alternative Pour l'Allemagne* » dont les « *idées. . . pourraient être interprétées comme racistes* », et qui a recueilli 12,6% des voix lors des élections nationales de septembre 2017. Anna Sauerbrey, *How Germany Deals With Neo-Nazis*, N.Y. TIMES, 23 août 2017, <https://www.nytimes.com/2017/08/23/opinion/germany-neo-nazis-charlottesville.html>.

Les partisans des lois sur les contenus haineux présument que l'application de ces lois aurait pu empêcher la propagation de l'idéologie nazie en Allemagne, mais la réalité historique contredit cette théorie. Durant la montée au pouvoir des nazis en Allemagne, il existait déjà des lois criminalisant les discours haineux et discriminatoires, qui étaient similaires aux lois contemporaines sur les contenus haineux. Comme l'a fait remarquer Alan Borovoy, avocat général de l'Association canadienne des libertés civiles (« *Canadian Civil Liberties Association* »), lorsqu'il s'était opposé à la loi canadienne actuelle sur les contenus haineux :

*« Il est tout à fait remarquable que l'Allemagne d'avant Hitler avait des lois très semblables à la loi canadienne contre la haine. De plus, ces lois ont été appliquées avec une certaine vigueur. Au cours des*

---

<sup>6</sup> Avec la permission explicite de Mme Nadine Strossen, Professeur à la faculté de Droit New York Law School, cette section est largement adaptée de son livre *HATE : Why We Should Resist It with Free Speech, Not Censorship* (2018, Oxford University Press) et de l'épilogue de l'édition de poche du livre 2020.



*quinze années qui ont précédé l'arrivée au pouvoir d'Hitler, il y a eu plus de deux cents poursuites fondées sur des discours antisémites. Et, de l'avis de la principale organisation juive de cette époque, près de 10% des cas ont été mal gérés par les autorités. »*

A. Alan Borovoy, WHEN FREEDOMS COLLIDE:  
THE CASE FOR OUR CIVIL LIBERTIES 50  
(Lester & Orpen Dennys, 1st ed., 1988).

Les lois allemandes sur les contenus haineux ont été appliquées y compris contre les principaux officiels nazis, dont certains ont purgé de lourdes peines de prison. Mais plutôt que de supprimer l'idéologie antisémite des nazis, ces poursuites ont aidé les nazis à attirer l'attention sur eux et à agréger des soutiens en leur faveur. Par exemple, le journaliste Flemming Rose rapporte qu'entre 1923 et 1933, le journal antisémite *Der Stürmer*, publié par Julius Streicher, « a été soit confisqué soit [ses] rédacteurs en chef [ont été] traduits en justice. . . trente-six fois ». Pourtant, « plus les chefs d'accusation s'accumulaient contre Streicher, plus l'admiration de ses partisans augmentait. Les tribunaux devinrent une plate-forme importante de la campagne de Streicher contre les Juifs. » “Copenhagen, Speech, and Violence, NEW YORKER, Feb. 15, 2015, <https://www.newyorker.com/news/news-desk/copenhagen-speech-violence>.

Sur la base d'une vaste expérience acquise dans des pays du monde entier, Human Rights Watch a conclu à plusieurs reprises que la suppression des contenus haineux ne luttait pas efficacement contre les discriminations. En 1992, en réponse à la pression pour la création de codes de conduite bannissant les contenus haineux sur les campus universitaires, afin de remédier à la discrimination, Human Rights Watch a publié un rapport qui s'opposait aux lois sur les contenus haineux, expliquant :

*« [Un] examen attentif de l'expérience de nombreux autres pays. . . a clairement indiqué qu'il y a peu de lien dans la pratique entre les lois draconiennes sur le « discours de haine » et la diminution de la violence ou des tensions ethniques et raciales. »*

“HATE SPEECH” AND FREEDOM OF  
EXPRESSION: A HUMAN RIGHTS POLICY  
PAPER 4 (Fund for Free Expression, 1992).

En 2013, le Parlement européen a admis que les contenus haineux et les crimes fondés sur les préjugés discriminatoires augmentaient dans les pays de l'Union européenne malgré la rigueur de leurs lois sur les contenus haineux. *European Parliament Resolution on Strengthening the Fight against Racism, Xenophobia, and Hate Crime*, EUR. PARLIAMENT, June 3, 2013, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=MOTION&reference=B7-2013-0123&language=EN>.

Une étude de 2011 portant sur les lois luttant contre les contenus haineux, préparée pour le Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, a conclu que « les massives. . . réglementations pénales » en matière de propos haineux « ne semblent pas avoir contribué de manière significative à réduire le racisme ou. . . les comportements discriminatoires. » Eduardo Bertoni, *A Study on the Prohibition of Incitement to Hatred in the Americas*, OHCHR (Sept. 2011),

[http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Expression/ICCPR/Santiago/SantiagoStudy\\_en.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Expression/ICCPR/Santiago/SantiagoStudy_en.pdf).

De même, dans son livre publié en 2016, analysant l'expérience de nombreux régimes démocratiques qui avaient adopté des lois portant sur les contenus haineux, le professeur de l'Université d'Oxford, Timothy Garton Ash a conclu qu'il n'y avait aucune corrélation entre l'existence de telles lois et la réduction du nombre de propos haineux ou de comportements discriminatoires. La France, par exemple, « *qui a un niveau relativement élevé de poursuites fondées sur les discours haineux* », a néanmoins connu « *une discrimination endémique sur son marché du travail [et] raciste. . . [des chants] dans ses stades de football.* » Timothy Garton Ash, *FREE SPEECH: TEN PRINCIPLES FOR A CONNECTED WORLD* 219 (Atlantic Books, 2017). Ces conclusions furent reprises par Joel Dreyfuss, ancien directeur de la rédaction de « The Root », un site Web axé sur la communauté noire : « *En termes de progrès raciaux, la France ressemble plus aux États-Unis dans les années 1950 - moins la ségrégation forcée - qu'à l'Amérique aujourd'hui.* » Joel Dreyfuss, *After the Charlie Hebdo Attack, Can a Divided France Achieve Egalité, Fraternité and Diversité?*, ROOT, January 17, 2015, <https://www.theroot.com/after-the-charlie-hebdo-attack-can-a-divided-france-ac-1790858516>.

Un contraste instructif concerne les propos et les violences antisémites. En 2013, l'Agence pour les droits fondamentaux de l'Union européenne (« European Union Fundamental Rights Agency ») a mené une enquête auprès des communautés juives en Europe. Soixante-seize pour cent des sondés ont déclaré que l'antisémitisme s'était aggravé dans leur pays au cours des cinq dernières années, malgré la multitude de lois européennes sur les « contenus haineux ». *Discrimination and Hate Crime against Jews in EU Member States: Experiences and Perceptions of Antisemitism*, EUR. UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS. 12 (2013), <http://fra.europa.eu/en/publication/2013/discrimination-and-hate-crime-against-jews-eu-member-states-experiences-and>.

De même, des enquêtes récentes menées par l'organisation « Anti-Defamation League » (ou « ADL ») ont montré que la France avait deux fois plus d'antisémitisme que les États-Unis, malgré l'application rigoureuse par la France de ses lois strictes sur les contenus haineux contre les propos antisémites. *ADL Global 100: A Survey of Attitudes Toward Jews in Over 100 Countries Around the World*, ANTI-DEFAMATION LEAGUE 16–17 (2014), <http://global100.adl.org/public/ADL-Global-100-Executive-Summary.pdf>.

Les leçons à tirer de cette expérience ont été résumées par Jacob Mchangama, fondateur et directeur de Justitia, un groupe de réflexion juridique basé à Copenhague :

« [I]l est même illégal de préconiser le boycott d'Israël [en France]. Pourtant, la confluence de lois de plus en plus draconiennes sur les « contenus haineux » et de l'augmentation des attitudes antisémites devraient faire réfléchir les législateurs [européens]. . . . [De telles] législations. . . peuvent avoir en fait augmenté [l'antisémitisme]. De même, des lois contre le déni de l'Holocauste. . . peuvent même avoir encouragé la négation de l'Holocauste en la renforçant d'un vernis de. . . martyre intellectuel. »

Jacob Mchangama, *How (Not) to Fight Racism and Anti-Semitism*, DAILY BEAST, Feb. 2, 2014,

<https://www.thedailybeast.com/how-not-to-fight-racism-and-anti-semitism>.

Il n'existe aucune preuve que les pays qui adoptent des lois sur les contenus haineux connaissent une baisse du nombre de discours haineux ou de comportements discriminatoires. Parmi les nombreuses illustrations de cette non-corrélation, les exemples sont légion.

Le Royaume-Uni a adopté sa première législation contre les contenus haineux en 1965. *Race Relations Act 1965*, PARLIAMENT, <https://www.parliament.uk/about/living-heritage/transformingsociety/private-lives/relationships/collections/1/race-relations-act-1965/race-relations-act-1965/>. Se remémorant sa propre expérience d'attaques racistes, en tant que personne née en Inde, l'écrivain britannique Kenan Malik a observé que la décennie suivante « *était probablement la plus raciste de l'histoire britannique* », comprenant non seulement des « *actes anti-pakistanaïses* » lorsque des voyous racistes étaient à la recherche d'asiatiques à battre », mais aussi des institutions publiques « *ouvertement racistes* », y compris « *des policiers [et] des agents d'immigration* ». Kenan Malik, *How Did the Left Radicalism of My Manchester Youth Give Way to Islamism?*, THE GUARDIAN, May, 28 2017, <https://www.theguardian.com/commentisfree/2017/may/28/islamism-separation-other-peoples-even-muslims>.

Se concentrant sur la situation européenne actuelle, Agnès Callamard, directrice de Columbia Global Freedom of Expression, a noté en 2015 que bien que « *les gouvernements européens aient produit davantage de lois. . . interdisant les 'contenus haineux' que toute autre région du monde, à l'exception peut-être du Moyen-Orient, les 'pays européens' sont submergés par l'intolérance et. . . les inégalités croissantes* », citant « *la montée du niveau de violence et de haine, la rhétorique anti-immigrés, anti-Roms et antisémite* » dans toute l'Europe. Agnès Callamard, *Comments and Recommendations on ECRI General Policy Recommendation No. 15 on Combating Hate Speech*, GLOBAL FREEDOM OF EXPRESSION @ COLUM. UNIV. 3 (May 20, 2015), <https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/wp-content/uploads/2015/06/ECRI-CONSULTATION-A-Callamard.pdf>.

Une autre étude a été menée par deux professeurs australiens, qui ont examiné l'impact de multiples lois australiennes sur les contenus haineux de 1989, lorsque la première de ces lois a été promulguée, à 2010. Les auteurs ont conclu qu'après l'adoption de ces lois, les communautés minoritaires en Australie ont continué à subir des « *niveaux élevés de violence verbale* » et, dans certains cas, une augmentation de ces abus. Katherine Gelber & Luke J. McNamara, *The Effects of Civil Hate Speech Laws: Lessons from Australia*, 49 L. & SOC. REV. 631 (2015).

L'absence de corrélation entre les lois sur les contenus haineux et la réduction des discriminations ou des violences n'est pas surprenante à la lumière de plusieurs caractéristiques de ces lois, qui les rendent inefficaces pour soi-disant réduire les propos haineux et le préjudice que ces propos sont censés causer.

Les réglementations propres aux contenus haineux sont invariablement trop vagues juridiquement, de sorte que les juges chargés de les faire appliquer doivent rendre des jugements arbitraires. Certains de ces jugements sont inévitablement trop inclusifs, mais, tout aussi inévitablement, beaucoup sont trop peu inclusifs. Le problème de la sous-application est particulièrement aigu dans les pays où des personnalités politiques puissantes se livrent régulièrement à des discours qui violent les lois sur les contenus haineux de leur pays mais ne sont pas tenus légalement responsables de leurs actes. C'est le cas, par exemple, en Pologne, où

les politiciens populistes ciblent les homosexuels, les juifs, les roms et d'autres minorités ethniques, et en Hongrie, où de puissants groupes politiques ciblent les minorités roms et tsiganes. Leonid Bershidsky, *Why Polish Jews Are Growing Uneasy*, BLOOMBERG, Feb. 27, 2018, <https://www.bloomberg.com/view/articles/2018-02-27/polish-jews-are-growing-worried-about-anti-semitism>. Barbora Černušáková, *The Roma People's Hungarian Hell*, POLITICO, Jan. 25, 2017, <https://www.politico.eu/article/the-roma-peoples-hungarian-hell/>; Chuck Sudetic, *Roma in Political Life: Hungary-From Transition to Hate Politics*, OPEN SOCIETY FOUNDATIONS, Sept. 10, 2013, <https://www.opensocietyfoundations.org/voices/roma-political-life-hungary-transition-hate-politics>.

Dans ces pays où il y a plus de discrimination et de propos haineux, les autorités sont moins susceptibles d'appliquer ces lois, conçues pour prévenir ou réparer de telles discriminations. Ce constat a été souligné dans une étude portant sur ce type de lois en Amérique latine par le professeur de la faculté de droit de Fordham Law School, Tanya Hernandez, qui concluait :

*« Confier l'exécution d'. . . [une] loi pénale [sur les « contenus haineux »] aux autorités publiques risque de saper la loi de par l'inaction complaisante des fonctionnaires qui peuvent entretenir les mêmes préjugés raciaux que les auteurs des discours haineux. Il s'agit d'un danger tout particulièrement réel en Amérique latine où les policiers découragent systématiquement les Afro-descendants de porter plainte pour discrimination raciale et sont souvent eux-mêmes les auteurs de discrimination et de violence. »*

Tanya Katerí Hernández, *Hate Speech And The Language Of Racism In Latin America: A Lens For Reconsidering Global Hate Speech Restrictions And Legislation Models*, 32 U. PA. J. INT'L L. 805, 829 (2011).

De plus, la censure génère de la parole discriminatoire clandestine, avec des conséquences négatives importantes. Premièrement, les personnes qui nourrissent des idées haineuses et discriminatoires sont dissuadées de les exprimer, et leur identité n'est donc pas connue. Nous perdons donc la possibilité de les dissuader et de surveiller leur comportement pour nous assurer que celui-ci n'est pas discriminatoire. Deuxièmement, nous sommes privés de la possibilité que le public écoute ces idées et réalisent ainsi leurs failles. Troisièmement, ceux d'entre nous qui déplorons de telles idées sont privés de la possibilité de formuler et de communiquer des réponses, et l'ensemble de la société est privée de la possibilité d'entendre de tels échanges. À long terme, une diffusion ouverte d'idées discriminatoires suivi d'un débat peut être bien plus efficaces pour les freiner que ne le serait la censure initiale. Quatrièmement, comme le faisait remarquer un rapport de l'UNESCO datant de 2015 : « *Les propos haineux constituent... une fenêtre sur des tensions et des inégalités profondément enracinées qui. . . doivent être abordées.* » Iginio Gagliardone et al., *Countering Online Hate Speech*, U.N. EDUC. SCI. & CULTURAL ORG 16 (2015), <http://unesdoc.unesco.org/images/0023/002332/233231e.pdf>.

Les discours haineux ont donc pour effet positif d'inciter les citoyens à s'engager dans un

activisme en faveur de la justice sociale dans le but de lutter contre la discrimination et la haine qui affligent notre société. En d'autres termes, tout prétendu avantage à court terme qui pourrait résulter de la suppression d'un contenu propos haineux peut être supplanté par l'avantage à long terme de l'exposer et de le combattre. Comme le dit le vieil adage, « *la lumière du soleil est le meilleur désinfectant* ». Louis D. Brandeis, OTHER PEOPLE'S MONEY AND HOW BANKERS USE IT 62 (CreateSpace, 2009).

Les lois propres aux contenus haineux incitent certains orateurs aux idées haineuses à adoucir leurs propos, avec pour résultat pervers que ces derniers sont plus largement diffusés et acceptés. Sur la base d'une étude portant sur les lois propres aux contenus haineux dans six pays européens, les professeurs Louis Greenspan et Cyril Levitt ont conclu que ces lois avaient forcé les politiciens aux programmes racistes à adopter des « *programmes racistes soigneusement rédigés* », les rendant « *plus efficaces*. » Louis Greenspan & Cyril Levitt, UNDER THE SHADOW OF WEIMAR: DEMOCRACY, LAW, AND RACIAL INCITEMENT IN SIX COUNTRIES 10–11 (Praeger, 1993).

La censure de tout contenu suscite un accroissement du désir du public de l'obtenir et rend le public plus réceptif à celui-ci. Ce phénomène est si répandu que plusieurs termes largement utilisés ont été inventés pour le décrire, y compris « *l'effet boomerang* », « *l'effet fruits défendus* » et « *l'effet Streisand* ». Ce dernier fait référence à la chanteuse Barbra Streisand, dont la tentative de suppression de photographies de sa maison à Malibu, en Californie, a par inadvertance considérablement accru l'attention du public. William F. Eadie, 21ST CENTURY COMMUNICATION : A REFERENCE HANDBOOK 163 (Sage Publications, Inc., 2009)  
<https://danielciurel.files.wordpress.com/2011/10/21stcenturycommunication2.pdf>.

De plus, en présentant l'orateur réduit au silence en martyr de la liberté d'expression, la censure empêche également les critiques de donner des leçons de morale sur le contenu interdit. Il n'est donc pas surprenant que de nombreux auteurs propageant des propos haineux soient favorables aux lois sur les contenus haineux et aux poursuites qui en résultent.

C'est en partie pour ces raisons que la loi fédérale canadienne sur les contenus haineux a rarement été appliquée, et qu'elle a été fortement critiquée comme inefficace et même contre-productive. Par exemple, une poursuite pénale en vertu de cette loi contre James Keegstra, enseignant dans une école publique et antisémite notoire, fut largement médiatisée. Il fut inculpé en vertu d'une loi de 1984 contre les contenus haineux, deux ans après avoir été renvoyé de son poste d'enseignant en raison de l'endoctrinement antisémite de ses étudiants. R. c. Keegstra, 3 R.C.S. 697, 698 (1990). La longue procédure judiciaire qui a suivi a finalement abouti, en 1996, à une peine d'un an avec sursis, d'une peine de probation d'un an et à 200 heures de travaux d'intérêt général. Comme l'a résumé Peter Bowal, professeur de droit à l'Université de Calgary :

*« [Quatorze] ans à compter du moment où Keegstra a été licencié de son poste d'enseignant, après deux longs procès, trois sentences, trois audiences devant la Cour suprême du Canada et six procès et appels. . . coûtant environ un million de dollars, un Keegstra impénitent a été condamné à l'équivalent d'une tape sur le poignet. . . Ironiquement, cette scène publique lui a accordé 14 ans de plus pour faire connaître ses opinions. La*



*couverture médiatique étendue de la lourde saga juridique a peut-être même suscité plus de sympathie pour Keegstra. »*

Peter Bowal, *What Ever Happened to... Jim*

*Keegstra*, LAW NOW, July 1, 2012,

<https://www.lawnow.org/what-ever-happened-to-jim-keegstra>.

Le manque de « *valeur sociale. . . générée* » par le procès et la condamnation de Keegstra, a commenté Bowal, « *peut expliquer pourquoi il y a eu si peu de poursuites victorieuses sur le fondement de la loi pénale portant sur les contenus haineux* » au Canada depuis. Peter Bowal, *What Ever Happened to... Jim Keegstra*, LAW NOW, July 1, 2012, <https://www.lawnow.org/what-ever-happened-to-jim-keegstra>.

Un autre exemple célèbre de cette problématique est la controverse dite de Skokie, IL, aux États-Unis en 1977. Les responsables locaux, soutenus par les dirigeants juifs locaux, ont initialement accepté la demande de militants nazis de procéder à une marche précisément pour éviter de leur donner la publicité dont ils rêvaient. Lorsque cette décision a été annulée, la bataille juridique qui en a résulté a donné aux militants nazis, de manière prévisible, une attention médiatique nationale - et même internationale - qui leur était probablement encore plus précieuse que leur victoire juridique. Ces militants nazis auraient reçu beaucoup moins d'attention s'ils avaient simplement été autorisés à poursuivre leur marche prévue de courte durée (20 à 30 minutes), avec peu de participants (leur estimation probablement exagérée était de 30 à 50). *Village of Skokie v. Nat'l Socialist Party of America*, 69 Ill. 2d 605, 610 (1978).

Compte tenu de l'explosion récente des technologies de communication décentralisées, notamment sur internet ainsi que et les téléphones portables, il est aujourd'hui pratiquement impossible de bloquer complètement tout type d'expression. En 2010, lorsque le président américain, Mr. Obama, a expliqué à l'Assemblée générale des Nations Unies pourquoi les États-Unis s'opposaient à la censure même de discours haineux susceptibles de conduire à la violence, il soulignait, entre autres, que « *lorsque n'importe qui avec un téléphone portable peut diffuser des vues offensantes à travers le monde en un seul clic, la notion selon laquelle nous pouvons contrôler le flux d'informations est obsolète* ». *Remarks by the President to the UN General Assembly*, WHITE HOUSE, Sept. 25, 2012, <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2012/09/25/remarks-president-un-general-assembly>.

Loin de réduire la violence, l'hostilité et les tensions entre groupes, les lois sur les contenus haineux ont souvent tendance à les alimenter. Ce problème est si répandu que le spécialiste en communication Cherian George, qui a étudié ces lois dans divers pays, a inventé un terme pour le décrire : « *hate spin* » [« *étiquetage de haine* »]. Les politiciens « *collant une étiquette* » de contenus haineux sur les propos de groupes rivaux, engagent des poursuites sur le fondement de ces lois, provoquant ainsi des hostilités leur conférant un avantage politique. Cherian George, *HATE SPIN: THE MANUFACTURE OF RELIGIOUS OFFENSE AND ITS THREAT TO DEMOCRACY* xiv (MIT Press, 2016).

Même dans les démocraties développées, l'application des lois sur les contenus haineux risque d'augmenter, et non de diminuer, les tensions entre les différents groupes sociaux ou religieux. L'expérience enseigne que le moyen le plus efficace de réduire ou de résoudre les conflits entre ces groupes consiste à recourir à des approches coopératives et conciliantes plutôt qu'à une batterie de mesures législatives. Un accroissement d'accusations de propos haineux a

pour conséquence l'intensification des conflits sociaux, et non l'inverse. Les personnes qui portent de telles accusations expriment des sentiments négatifs vigoureux à l'égard des opinions de l'orateur, en lui disant essentiellement que « je déteste vos idées », et elles accusent simultanément l'orateur d'être animé par des sentiments discriminatoires. Cependant, de tels propos ne reflètent qu'une ignorance ou une insensibilité qui peut se révéler contre-productive. Comme le confirment de multiples experts en psychologie, assaillir des orateurs qui n'ont pas nécessairement de motivations malveillantes en les blâmant pour des propos haineux n'est guère le moyen le plus constructif de les persuader d'utiliser un langage plus compréhensif ou logique à l'avenir. Même pour les orateurs qui entretiennent de réelles attitudes haineuses, les études suscitées démontrent que les soumettre à des procédures judiciaires ne constitue pas une stratégie optimale pour induire des changements positifs dans les attitudes ou les comportements, non seulement de leurs soutiens, mais de la société au sens large.

## 2. Les méthodes ne faisant pas appel à la censure sont plus efficaces contre les préjudices potentiels des contenus haineux

En 2015, la *Commission Européenne contre le racisme et l'intolérance* (« ECRI ») a publié un rapport demandant instamment aux pays européens de rechercher des réponses aux contenus haineux, réponses qui ne feraient pas appel à la censure. Or, depuis quelques dizaines d'années, de nombreux pays de l'Union ont promulgué des lois réprimant les contenus haineux avec l'encouragement d'organismes de l'Union Européenne, dont l'ECRI. Mais, après une analyse des initiatives des pays de l'Union pour lutter contre les contenus haineux et les discriminations, l'ECRI a conclu que des mesures ne faisant pas appel à la censure ont « *une probabilité bien supérieure* » aux lois interdisant les contenus haineux aux fins de se révéler efficaces pour supprimer ces contenus haineux et ses conséquences. Commission Européenne contre le racisme et l'intolérance ECRI, *Recommandation de politique générale n°15 sur la lutte contre le discours de haine* - adoptée le 8 décembre 2015, <https://rm.coe.int/recommandation-de-politique-generale-n-15-de-l-ecri-sur-la-lutte-contr/16808b5b03>.

Le terme « contre-discours » englobe tout discours qui contredit un message avec lequel on exprime un désaccord. Une opinion dans ce sens du juge Brandeis (Cour Suprême des États-Unis), dans l'affaire *Whitney c. Californie*, qui avait célébré le contre-discours comme l'alternative appropriée à la censure, est considérée comme historique :

*« Le recours approprié pour les donneurs de conseils malveillants, ce sont les donneurs de conseils bienveillants. . . . S'il y a assez de temps pour exposer, par la discussion, le mensonge et les contre-vérités, afin d'éviter ces maux grâce à l'éducation, la solution est davantage de paroles, et non pas l'obligation de rester silencieux. »*  
*Whitney v. California*, 274 U.S. 357, 375 (1927).

Au cours du demi-siècle écoulé depuis l'adoption par la Cour suprême des États-Unis, à l'unanimité, de cette approche, la Cour a appliqué avec vigueur ce « remède » basé sur « *davantage de discours* » vis-à-vis d'une gamme de discours de plus en plus diverse, et dont les messages sont mal vus, dérangeants ou redoutés.

Dans le contexte de contenus haineux, le contre-discours recouvre un éventail

potentiellement vaste de propos, parmi lesquelles un discours réfutant directement les idées véhiculées par les contenus haineux, des initiatives éducatives volontaristes et plus larges, et l'expression de remords par des personnes ayant renoncé à leurs déclarations discriminatoires.

La contribution sans précédent apportée par internet à la communication instantanée dans le monde est une arme à double tranchant concernant les contenus haineux. Internet permet non seulement de transmettre plus facilement que jamais des messages haineux, mais il rend également la réfutation de ceux-ci plus facile également. De plus, internet permet de mesurer plus facilement l'étendue et l'incidence du contre-discours. Bien que ce domaine soit encore récent, il existe des études sur l'efficacité prometteuse de diverses initiatives de contre-discours en ligne.

Facebook a engagé l'ONG américaine Demos pour étudier la production et le partage du contre-discours sur Facebook. Le rapport initial de Demos, publié en 2015, révèle que les propos haineux sur internet sont « *souvent confrontés à des désaccords, à de la dérision et à des contre-campagnes* », et que cette « *réponse participative* » présente des avantages importants par rapport à l'interdiction : « *elle est plus rapide, plus souple et plus réactive, [et] capable de faire face à une [expression problématique] à partir de n'importe où et en n'importe quelle langue.* » Certains utilisateurs de Facebook recherchent activement les contenus haineux dans le but exprès de les contester. Certains contre-discours sont partagés publiquement, et d'autres sont transmis en privé à la personne ayant fait la déclaration haineuse. Le rapport conclut que certains types de contenus et de formats sont particulièrement efficaces pour lutter contre les contenus haineux, en particulier les photos et les vidéos, les commentaires « *constructifs* » et ceux portant sur des sujets politiques spécifiques. Jamie Bartlett & Alex Krasodomski-Jones, *Counterspeech on Facebook*, DEMOS (Sept. 2016), <https://www.demos.co.uk/wp-content/uploads/2016/09/Counter-speech-on-facebook-report.pdf>.

En 2016, un rapport sur le contre-discours sur Twitter, corédigé par un groupe de chercheurs des États-Unis et du Canada, fut publié. Ce rapport, qui comprend la première analyse du « *petit corpus* » de recherches existantes sur le contre-discours en ligne, conclut que les contenus haineux et « *extrémistes* » sont plus efficacement « *affaiblis* » par des contre-discours que par leur suppression. L'une des raisons de cette conclusion est que « *le contenu est susceptible de réapparaître ailleurs sur Internet après sa suppression* ». Faisant écho au rapport Demos sur Facebook, le rapport sur Twitter conclut que les images sont plus convaincantes que le seul texte, et que l'humour, y compris la satire, est particulièrement puissant. Susan Benesch et. al., *Counterspeech on Twitter: A Field Study*, DANGEROUS SPEECH PROJECT 5–6, Oct. 14, 2016, <https://dangerousspeech.org/counterspeech-on-twitter-a-field-study/>.

Le rapport indique qu'en combinant ces deux approches, l'humour et les images, « *des personnes qui ne partagent pas la même langue* » peuvent « *apporter la contradiction, ensemble, souvent en grand nombre et au-delà des frontières culturelles et nationales* » avec efficacité. Susan Benesch et. al., *Counterspeech on Twitter: A Field Study*, DANGEROUS SPEECH PROJECT 27, Oct. 14, 2016, <https://dangerousspeech.org/counterspeech-on-twitter-a-field-study/>.

Parmi les exemples proposés par le rapport, celui-ci est révélateur :

*« Dani Alves, un footballeur brésilien [noir], a été soumis à un geste raciste humiliant lorsqu'un spectateur lui a jeté une banane sur le terrain. . . . »*



*Un autre joueur. . . a rapidement posté une image de lui-même en train de manger une banane, sur le hashtag #Somostodosmacacos, ce qui signifie « nous sommes tous des singes ». Ce hashtag. . . se propagea rapidement. . . des milliers de personnes ont publié des selfies de mangeurs de bananes en soutien spontané ».*

Susan Benesch et. al., *Counterspeech on Twitter: A Field Study*, DANGEROUS SPEECH PROJECT  
27, Oct. 14, 2016,  
<https://dangerousspeech.org/counterspeech-on-twitter-a-field-study/>.

Chose incroyable, ce rapport fait état de situations dans lesquelles le contre-discours a réussi à produire un « *changement durable de conviction* » même lorsque la personne en cause semblait « *bien accrochée ... à une idéologie haineuse* » et « *à soutenir celle-ci publiquement* ». *Id.*

Le rapport identifie des stratégies efficaces dans ces situations, parmi lesquelles l'utilisation d'un ton empathique ou sympathique en réponse à l'auteur de propos haineux plutôt que de traiter celui-ci de haineux ou de raciste, tout en identifiant son discours comme tel. *Id.*

Voici la description, d'un exemple de contre-discours, lui aussi révélateur :

*« Megan Phelps-Roper. . . était pleinement convaincue des principes homophobes extrêmes de l'église baptiste de Westboro, que son grand-père Fred Phelps avait fondé et dans laquelle elle avait été élevée - jusqu'à ce qu'elle ouvre un compte Twitter pour diffuser les opinions de son église. Sur Twitter, elle a rencontré des personnes qui contestaient ses opinions. . . . Conversations prolongées avec deux d'entre eux. . . qui ont complètement changé les vues de Phelps-Roper, par son propre compte. Elle a fini par quitter l'église. »*  
*Id.*

Le *Southern Poverty Law Center* (« *SPLC* »), par exemple, qui « *se consacre à la lutte contre la haine et le fanatisme* », s'oppose fermement à des approches de censure, et ce pour des raisons stratégiques. En 2017, SPLC a publié un guide, destiné aux étudiants, sur la façon de freiner les efforts croissants de recrutement de l'extrême-droite américaine sur les campus universitaires.

*« L'extrême droite se nourrit d'hostilité et la haine se nourrit des foules. Les séquences vidéo d'une altercation ne protégeront que l'orateur, qui peut se prétendre victime. Aussi difficile que cela puisse être de résister à invectiver les orateurs de l'extrême droite, ne les affrontez pas. Ne débâtez pas avec eux. . . . Comme le montre clairement cette publication, il*

*existe de nombreuses autres façons de remettre en question [leurs] croyances. »*  
Southern Poverty Law Center, *The Alt-Right on Campus: What Students Need to Know*, SPLC ON CAMPUS 5–6 (2017)  
[https://www.splcenter.org/sites/default/files/soc\\_alt-right\\_campus\\_guide\\_2017\\_web.pdf](https://www.splcenter.org/sites/default/files/soc_alt-right_campus_guide_2017_web.pdf).

Au lieu de confronter agressivement, par des contre-manifestations, les personnes faisant des déclarations haineuses, le SPLC recommande d'organiser « *un événement alternatif – à l'écart de l'événement 'extrême droite' – pour souligner l'engagement de votre campus envers l'inclusion et les valeurs démocratiques de notre pays* ». On peut ainsi envisager, parmi d'autres exemples d'événements non conflictuels, « *un festival de la diversité et de la tolérance* » avec de la musique et autres divertissements, ainsi que des conférenciers, ou « *l'organisation d'une conférence, d'une veillée ou d'un forum* ». Southern Poverty Law Center, *L'Alt-Right sur les campus : Ce que les étudiants doivent savoir*, SPLC ON CAMPUS 5–6 (2017)  
[https://www.splcenter.org/sites/default/files/soc\\_alt-right\\_campus\\_guide\\_2017\\_web.pdf](https://www.splcenter.org/sites/default/files/soc_alt-right_campus_guide_2017_web.pdf).

Une variante de ces approches est ce que le *New York Times* a qualifié de « *subversion humoristique* », dans un article de 2017 décrivant comment des antinazis Allemands ont transformé un défilé néo-nazi annuel en une « *levée de fonds involontaire* » :

*« Pour chaque mètre parcouru par les néonazis, les résidents locaux et les entreprises se sont engagés à donner 10 euros. . . à un programme qui aide les gens à quitter les groupes extrémistes de droite. Ils ont transformé la marche en un événement sportif simulé. Quelqu'un peignit sur la rue « Start » . . . et une ligne d'arrivée, comme s'il s'agissait d'une course. . . . Un panneau en fin de parcours remercia les manifestants pour leur contribution à la cause antinazie - 10 000 €. »*

Moises Velasquez-Manoff, *How to Make Fun of Nazis*, N.Y. TIMES, august 17, 2017,  
<https://www.nytimes.com/2017/08/17/opinion/how-to-make-fun-of-nazis.html>.

Cette stratégie basée sur l'humour subversif a également été déployée ailleurs, y compris à Charlotte (Caroline du Nord) où, lors d'une marche du « *pouvoir blanc [white power]* » en 2012, les contre-manifestants étaient déguisés en clowns, arboraient des pancartes indiquant « *le pouvoir de l'épouse [wife power]* » et jetaient de la « *farine blanche* ». Nick Wing, *White Supremacist Rally In North Carolina Met By Clown Counter-Protest, 'Wife Power' Signs*, HUFFINGTON POST, Nov. 12, 2012, [https://www.huffingtonpost.com/2012/11/12/white-supremacist-rally-clowns\\_n\\_2118890.html](https://www.huffingtonpost.com/2012/11/12/white-supremacist-rally-clowns_n_2118890.html). Le *New York Times* commentait cette stratégie dans les termes suivants : « *En sapant le sérieux sous lequel les tenants de la suprématie de la race blanche essaient de se montrer, les contre-manifestations humoristiques peuvent affaiblir l'utilité de ces événements en termes de recrutement.* ». Alors que « *se battre avec des antifas portant des bandanas peut sembler romantique à certains jeunes gens déçus du système* », être en but au ridicule ne va sans doute pas attirer grand monde. Moises Velasquez-Manoff, *How to Make Fun of Nazis*, N.Y. TIMES, Aug. 17, 2017, <https://mobile.nytimes.com/2017/08/17/opinion/how-to->

make-fun-of-nazis.html.

Les lois sur le contenu haineux, qui visent à promouvoir l'égalité des droits ont, en réalité, un résultat opposé, par le biais d'une approche trop paternaliste, voire protectionniste. Au lieu de se reposer sur les lois contre le contenu haineux pour les supprimer, ces militants qui privilégient le contre-discours exhortent ceux qui sont victimes du discours haineux à y faire face directement. Certes, cela est souvent « plus facile à dire qu'à faire » car, comme le soutiennent les partisans de la répression des contenus haineux, un tel discours peut avoir à la fois comme but et comme résultat de réduire ses cibles au silence. Cet effet peut être particulièrement aigu dans le cas d'un contenu haineux ciblé individuellement.

Ces dernières années, nous avons assisté, dans tous les États-Unis, à une augmentation de la promotion de la justice sociale, avec la participation active, et sous la direction, de membres de groupes minoritaires. Les sondages indiquent que cette tendance va se poursuivre. Il est essentiel, pour le bien-être, tant des personnes que de la société tout entière, d'encourager et de faciliter ce contre-discours plutôt que d'adopter une censure anti-démocratique et déresponsabilisante.

Un des problèmes causés par l'encouragement à faire effectuer un contre-discours par les personnes en butte à des contenus haineux est qu'il est peut-être abusif de s'attendre à ce que celles-ci assument ce fardeau ; en effet, cela fait reposer sur les victimes du discours, la responsabilité, au moins partielle, de la correction des préjudices potentiels. Il existe aussi des considérations opposées. Tout d'abord, les personnes ciblées par le contenu haineux n'ont, bien évidemment, aucune *obligation* de formuler du contre-discours. De plus, d'autres membres de notre société, attachés à l'égalité et à la dignité individuelle, ont la responsabilité morale de condamner les contenus haineux et d'exprimer leur soutien aux cibles de celui-ci. Enfin, le temps, les efforts et l'énergie mis en œuvre par les personnes attaquées pour s'engager dans le contre-discours peuvent être considérés comme un investissement judicieux, qui leur sera gratifiant personnellement, ainsi qu'à toutes les parties concernées.

Enfin, il est important de souligner que l'éducation est une forme vitale de contre-discours. Une stratégie éducative essentielle consiste à transmettre des informations précises et positives sur les groupes traditionnellement marginalisés. Cette approche volontariste doit servir de complément à d'autres réponses à des cas spécifiques de contenu haineux. Elle peut s'effectuer de diverses manières, notamment par le biais du système scolaire, des médias et des réseaux sociaux. Des études de sciences sociales ont montré que les représentations positives dans les médias réduisent les préjugés et favorisent la promotion d'une société plus tolérante et plus intégrée. Adam Rutland & Melanie Killen, *A Developmental Science Approach to Reducing Prejudice and Social Exclusion: Intergroup Processes, Social-Cognitive Development, and Moral Reasoning*, 9 SOC. ISSUES AND POL'Y REV. 121 (2015).

### 3. La récente et très stricte législation allemande sur internet (« NetzDG »), n'atteint pas ses objectifs.

Des développements récents en Allemagne illustrent les problèmes persistants avec les restrictions apportées aux contenus haineux : ils étouffent excessivement des expressions précieuses, y compris celles qui critiquent et font la satire du contenu haineux. *L'Allemagne fait taire les contenus haineux mais ne sait pas les définir*, THE ECONOMIST, 13 janvier 2018, <https://www.economist.com/europe/2018/01/13/germany-is-silencing-hate-speech-but-cannot-define-it>. Mais ils sont insuffisants pour supprimer les discours et les comportements haineux

contre lesquels ils étaient censés avoir de l'effet. *Id.*

En janvier 2018, l'Allemagne a mis en place une législation très stricte sur les « contenus haineux » sur Internet, dans le cadre de sa nouvelle législation « NetzDG » (« *Netzwerkdurchsetzungsgesetz* » ou « Loi sur la mise en vigueur des réseaux »), qui peut infliger aux hébergeurs en ligne des amendes pouvant atteindre 50 millions d'euros s'ils ne suppriment pas, dans les 24 heures suivant un signalement, une expression qui serait « manifestement illégale » en vertu de la législation allemande. *L'Allemagne commence à appliquer la loi sur le contenu haineux*, BBC NEWS, 1<sup>er</sup> janvier 2018, <https://www.bbc.com/news/technology-42510868>. En bref, NetzDG délègue aux sociétés en ligne le soin de faire appliquer les lois allemandes préexistantes sur les contenus haineux. *Id.*

Après l'entrée en vigueur de la loi NetzDG, des tweets de la codirigeante du parti d'extrême-droite « Alternative pour l'Allemagne » (« AfD ») et de son adjoint en ont été les premières victimes, ainsi qu'une série de tweets du magazine satirique *Titanic*, qui avait parodié les commentaires supprimés de l'AfD. Linda Kinstler, *Germany's Attempt to Fix Facebook is Backfiring*, THE ATLANTIC, 18 mai 2018, <https://www.theatlantic.com/international/archive/2018/05/germany-facebook-afd/560435/>. Jörg Rupp, travailleur social et militant politique, a également vu son compte Twitter interdit, en janvier 2018, après avoir invoqué le langage des groupes de droite pour souligner leur « cruauté » envers les demandeurs d'asile. Adam Satariano, *L'Europe mets les géants de la technologie au pas. Mais certains disent que ça va trop loin*, BOSTON BUSINESS JOURNAL, 6 mai 2019, <https://www.bizjournals.com/boston/news/2019/05/06/europe-is-reining-in-tech-giants-but-some-say-it.html>. Sa conclusion : « *Il est dangereux. . . d'être ironique.* » *Id.*

De même, l'une des artistes de rue les plus connues d'Allemagne (sous le pseudonyme « Barbara. » [*sic*]), dont les œuvres narguent fréquemment l'extrême-droite, s'est fait supprimer cinq messages dans les 15 jours suivant l'entrée en vigueur de la loi NetzDG. Linda Kinstler, *La tentative de l'Allemagne de corriger Facebook est contre-productive*, THE ATLANTIC, 18 mai 2018, <https://www.theatlantic.com/international/archive/2018/05/germany-facebook-afd/560435/>. Bien que les tweets de l'AfD qui avaient été ciblés contenaient des termes incendiaires vis-à-vis des musulmans et des immigrés, ils faisaient référence à d'importants débats d'idées en matière d'immigration et de justice pénale. En outre, quelque répugnante qu'on puisse considérer la phraséologie et les positions de l'AfD, celles-ci bénéficient d'un soutien important de la part du public allemand et constituent donc des éléments essentiels du débat public ; après les élections législatives nationales de 2017, l'AfD est devenue le troisième parti allemand et, en septembre 2019, s'est classée deuxième lors de scrutins dans deux « Länder » clefs. Sheena McKenzie, *L'extrême-droite allemande gagne beaucoup de voix dans des élections de Länder*, CNN, 2 septembre 2019, <https://www.cnn.com/2019/09/02/europe/saxony-brandenburg-germany-state-election-results-grm-intl/index.html>. Par conséquent, en supprimant à la fois le discours de l'AfD et le contre-discours satirique, la loi NetzDG a censuré les deux côtés de débats de politique publique.

Illustrant de plus belle l'atténuation de la diversité des opinions politiques, y compris les contre-discours contre les contenus haineux, une des deux dirigeantes censurées de l'AfD l'a invoquée pour forcer Facebook à supprimer un message qui la traitait de « truie nazie ». Andrea Shalal, Facebook obligé de retirer un commentaire qualifiant une dirigeante de l'AfD de « truie nazie », REUTERS, 30 avril 2018, <https://www.reuters.com/article/us-germany-politics-afd-facebook/facebook-must-block-commentary-calling-afd-leader-a-nazi-swine-court-idUSKBN111UZ>. De manière particulièrement ironique, la loi NetzDG a même supprimé un

tweet du ministre allemand des Affaires étrangères, Heiko Maas, qui avait été son principal promoteur quand il était ministre de la Justice ; son tweet retiré avait traité d'« idiot » un opposant à l'immigration. *Le ministre de la justice victime de sa propre loi sur la censure des médias sociaux*, THE LOCAL DE, 8 janvier 2018, <https://www.thelocal.de/20180108/justice-minister-falls-victim-to-own-social-media-censorship-law>.

Les politiciens de l'AfD ont appliqué des stratégies familières et bien connues pour contrecarrer les efforts visant à faire taire leurs propos et leur faire perdre des soutiens. Selon Mirko Hohmann, chercheur en politique technologique au Global Public Policy Institute de Berlin, les dirigeants de l'AfD arrivent parfois à contourner la loi NetzDG en camouflant leurs messages provocateurs avec des termes à la limite de celle-ci et, lorsque leurs propos sont supprimés, ils renforcent leur rôle de martyrs de la liberté d'expression. Linda Kinstler, *La tentative de l'Allemagne de rectifier Facebook est contre-productive*, THE ATLANTIC, 18 mai 2018, <https://www.theatlantic.com/international/archive/2018/05/germany-facebook-afd/560435/>. En référence à la censure sévère sous l'ancien régime communiste est-allemand de la République démocratique allemande (RDA), les partisans de l'AfD dénigrent la loi NetzDG en la traitant de « RDA 2.0 ». Dans *The Atlantic*, la journaliste Linda Kinstler fait remarquer que la loi NetzDG « semble avoir amplifié les voix qu'elle était censée réduire ». Linda Kinstler, *La tentative de l'Allemagne de rectifier Facebook est contre-productive*, THE ATLANTIC, 18 mai 2018, <https://www.theatlantic.com/international/archive/2018/05/germany-facebook-afd/560435/>.

Réciproquement, la loi a apparemment diminué d'autres voix, qui n'étaient pas celles prévues : celles des Allemands ordinaires. Linda Kinstler, *La tentative de l'Allemagne de rectifier Facebook est contre-productive*, THE ATLANTIC, 18 mai 2018, <https://www.theatlantic.com/international/archive/2018/05/germany-facebook-afd/560435/>. Selon Joerg Heidrich, un avocat allemand spécialiste d'internet, ceux-ci ont « peur de se faire supprimer leur compte » et deviennent donc « plus prudents vis-à-vis de ce qu'ils pensent et de ce qu'ils écrivent ». *Id.*

Les nombreuses critiques allemandes de la loi NetzDG notent également une autre conséquence négative de son régime de suppression de la parole : elle élimine les avantages qui découlent de diverses formes de contre-discours, y compris l'expression de soutien aux victimes de contenus haineux. Ole Tangen Jr., *La politique de suppression des contenus haineux sur Internet*, DW, 1<sup>er</sup> août 2018, <https://www.dw.com/en/the-politics-of-deleting-online-hate-speech/a-42030848>. Ce point a été souligné, par exemple, dans un article publié en 2018 par Ole Tangen, rédacteur en chef de la publication allemande. *Id.* Celui-ci décrivait comment Facebook avait, conformément à la loi NetzDG, supprimé une vidéo d'un Allemand « qui critiquait les Juifs en disant qu'ils devraient partir d'Allemagne », et faisait référence à la Shoah. *Id.* Cette vidéo avait été mise en ligne par Yorai Feinberg, un Israélien juif qui possède un restaurant à Berlin, et qui voulait signaler la persistance de l'antisémitisme en Allemagne. *Id.* Feinberg lui-même, ainsi que de nombreuses autres personnes, s'est plaint de l'action de Facebook, ce qui a conduit Facebook à s'excuser et à remettre la vidéo en ligne. *Id.* Cette vidéo has maintenant été visionnée presque 600 000 fois, et a reçu des milliers de commentaires, la grande majorité... ayant offert des mots de soutien à tous les Juifs vivant en Allemagne. Ainsi, une vidéo antisémite a fini par unir les gens contre cette conviction haineuse, ce qui n'aurait pas pu se produire si la vidéo avait été supprimée. *Id.*

En dépit de la loi NetzDG, et de ses restrictions rigoureuses contre les contenus haineux, les propos haineux et la violence, notamment antisémite, ont continué à augmenter en Allemagne. Linda Kinstler, *La tentative de l'Allemagne de rectifier Facebook est contre-*

*productive*, THE ATLANTIC, 18 mai 2018, <https://www.theatlantic.com/international/archive/2018/05/germany-facebook-afd/560435/>. Les partisans des restrictions réaffirment régulièrement que celles-ci sont étudiées pour empêcher les horreurs de la Shoah. Michael J. Bazylar, *Les lois sur la négation de la Shoah et autres lois faisant de la promotion du nazisme un délit*, Yad Vashem The World Holocaust Remembrance Center, <https://www.yadvashem.org/holocaust/holocaust-antisemitism/holocaust-denial-laws.html>.

Pourtant, de même que les restrictions strictement rédigées et strictement appliquées pendant la République de Weimar n'ont pas empêché le nazisme, ni la Shoah, la censure stricte en Allemagne n'évite pas non plus, ni l'antisémitisme virulent et violent, ni la discrimination et la violence contre d'autres minorités. Flemming Rose, *La guerre contre la liberté d'expression*, CATO INSTITUTE, 28 mai 2015, <https://www.cato.org/policy-report/mayjune-2015/war-free-expression>. Yascha Mounk, *Verboten*, NEW REPUBLIC, 3 avril 2018, <https://newrepublic.com/article/147364/verboten-germany-law-stopping-hate-speech-facebook-twitter>. La suppression des propos haineux — y compris ceux des dirigeants de l'AfD — ne freine pas non plus la montée du parti d'extrême-droite AfD, dont certains dirigeants ont utilisé une « *phraséologie ... teintée de connotations nazies* », selon la BBC. *Élections allemandes : le parti nationaliste AfD à l'extrême-droite*, BBC, 13 octobre 2017, <https://www.bbc.com/news/world-europe-37274201>.

Un rapport publié par le gouvernement allemand en mai 2019 démontre que les incidents antisémites en Allemagne ont augmenté de près de 20 % en 2018 par rapport à l'année précédente pour atteindre 1799, tandis que 69 crimes et délits antisémites violents ont été dénombrés, soit une augmentation de 86 %. Comité de rédaction, *L'antisémitisme, ce fléau, renaît en Europe*, NEW YORK TIMES, 26 mai 2019, <https://www.nytimes.com/2019/05/26/opinion/antisemitism-europe-germany.html>.

En 2018, la chancelière allemande Angela Merkel reconnaissait l'augmentation de l'antisémitisme en nommant, pour la première fois de l'histoire de l'Allemagne, un haut-commissaire fédéral à l'antisémitisme, Felix Klein. Andrea Shalal, *L'Allemagne de Merkel appelle à une "tolérance zéro" contre l'antisémitisme et la haine*, REUTERS, 26 janvier 2019, <https://www.reuters.com/article/us-germany-holocaust/germanys-merkel-calls-for-zero-tolerance-of-anti-semitism-hate-idUSKCN1PK0EG>. En mai 2019, le haut-commissaire informait les Juifs qu'il n'était sûr « *nulle part en Allemagne* » de porter la « kippa », cette calotte que de nombreux juifs pratiquants croient avoir un devoir religieux de porter. *Un haut fonctionnaire allemand déconseille aux juifs le port de la kippa en public*, DW, 25 mars 2019, <https://www.dw.com/en/german-official-warns-jews-against-wearing-kippahs-in-public/a-48874433>. Josef Schuster, qui préside la plus grande fédération d'organisations juives d'Allemagne, a également déconseillé aux Juifs de porter la kippa en public en ville. *On demande aux Juifs en Allemagne de ne pas porter de kippa, après les attaques*, BBC, 24 avril 2018, <https://www.bbc.com/news/world-europe-43884075>.

Près d'un an et demi après l'entrée en vigueur de la loi NetzDG, la violence haineuse et l'AfD sont encore plus répandus en Allemagne. On trouvera quelques exemples ci-dessous.

En février 2020, les deux principaux partis allemands – la CDU d'Angela Merkel et le Parti libéral-démocrate FDP – concluent une alliance de gouvernement avec l'AfD dans le Land de Thuringe (est de l'Allemagne) ; cette décision a été par ailleurs largement dénoncée, notamment par Merkel et le patron national du FDP. C'est la première fois depuis la Seconde Guerre mondiale qu'un parti politique traditionnel participe à une coalition avec un parti

d'extrême-droite.

Le même mois, un homme armé tue 10 personnes à Hanau, près de Francfort, dans deux bars à chicha fréquentés par des immigrants musulmans. Avant cette tuerie, il avait enregistré une vidéo faisant l'apologie du racisme et du complotisme.

Toujours en février 2020, la police allemande arrête 12 hommes et les met en examen pour la planification d'attaques contre des demandeurs d'asile et des musulmans, ainsi que des hommes politiques qui défendent leurs droits.

En octobre 2019, un tireur d'extrême-droite tente d'assassiner des Juifs dans une synagogue de Halle (est de l'Allemagne), le jour de Yom Kippour, qui est le plus saint pour les Juifs ; c'est uniquement parce que la porte de la synagogue était fermée à clef que ce massacre a pu être évité, mais le tireur a assassiné deux passants. Et, en juin 2019, le préfet Walter Lübcke, ancien élu CDU, est assassiné chez lui par un homme armé opposé à sa politique pro-réfugiés.

Même les partisans de la loi NetzDG sont bien obligés de reconnaître qu'elle n'a manifestement pas bloqué les idées, les contenus ni les actions haineuses. Nombre d'entre eux soutiennent désormais une autre loi, encore plus stricte, qui obligerait les médias sociaux à supprimer encore plus de contenus. Il n'est donc pas étonnant que de nombreux Allemands déplorent cette initiative comme étant la pire des situations : elle bâillonnerait l'expression importante de citoyens respectueux de la loi, sans pour autant supprimer les opinions ni la violence haineuse.

En date des présentes, la loi NetzDG a été fortement critiquée par une coalition de treize organisations non politiques allemandes, y compris des associations de journalistes, d'informaticiens et de partisans de l'économie numérique.

**Pour ces motifs**, les Auteurs estiment que le Conseil Constitutionnel ne peut que censurer, en tout ou en partie, les dispositions critiquées de la loi déferée et en particulier, l'Article 1, ainsi que d'apporter les nécessaires réserves d'interprétation afin d'assurer la protection des droits et libertés constitutionnels.