

ALEXIS FITZJEAN Ó COBHTHAIGH
Avocat au Barreau de Paris
5, rue Daunou - 75002 PARIS
Tél. 01.53.63.33.10 - Fax 01.45.48.90.09
<https://afocavocat.eu>

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

CONTRIBUTION EXTÉRIEURE

N° 2021-823 DC

POUR : L'association « Wikimedia France »

CONTRE : L'article 42 de la loi « confortant le respect des principes de la République »

FAITS

1. L'association « Wikimedia France », exposante, créée le 24 janvier 2005, œuvre pour le libre partage de la connaissance au travers des projets « Wikimedia », tel que l'encyclopédie libre Wikipédia. Elle constitue un « chapitre »¹ de la *Wikimedia Foundation*, organisation à but non lucratif gouvernée par les lois de l'Etat de Floride aux Etats-Unis d'Amérique².

2. Wikipédia est une encyclopédie collaborative libre³, gratuite, universelle, multilingue, en ligne, sans publicité et sans exploitation des données personnelles de ses utilisateurs. Elle a été créée par MM. Jimmy Wales et Larry Sanger en 2001⁴. Elle existe en plus de 300 langues différentes. A l'heure où ces lignes sont écrites, Wikipédia dénombre 2 349 899 articles en français⁵. Son modèle de modération, dont l'efficacité est largement éprouvée, repose sur la très forte implication de ses contributeurs, tous bénévoles⁶. A titre d'exemple, pour le premier semestre de l'année 2020, la *Wikimedia Foundation* n'a reçu, au niveau mondial, qu'une trentaine de demandes d'informations relatives à l'auteur d'un contenu présent sur l'encyclopédie, toutes langues confondues, dont une seule était légitime⁷.

3. Le 23 juillet 2021, l'Assemblée nationale a définitivement adopté le projet de loi « confortant le respect des principes de la République », dont l'article 42⁸ vient profondément altérer le droit positif, notamment la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, d'une part, et la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN), d'autre part.

4. Cette loi a été déférée, sur le fondement du deuxième alinéa de l'article 61 de la Constitution, au Conseil constitutionnel par au moins 60

¹ « Un « chapitre » est une organisation indépendante créée pour soutenir et promouvoir les projets Wikimedia dans une région géographique donnée » (cf. https://fr.wikipedia.org/wiki/Wikim%C3%A9dia_France#cite_note-4). Wikimedia France n'héberge, ni n'édite Wikipédia, ni aucun projet de la *Wikimedia Foundation*.

² https://fr.wikipedia.org/wiki/Wikim%C3%A9dia_France ; <https://www.wikimedia.fr/lassociation/>

³ <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/>

⁴ <https://fr.wikipedia.org/wiki/Wikip%C3%A9dia>

⁵ https://fr.wikipedia.org/wiki/Wikip%C3%A9dia:Accueil_principal

⁶ A l'heure où ces lignes sont écrites, on dénombre 16 652 contributeurs actifs pour les pages françaises de Wikipédia : https://fr.wikipedia.org/wiki/Wikip%C3%A9dia:Accueil_principal

⁷ <https://wikimediafoundation.org/about/transparency/2020-2/requests-for-user-information/#section-3>

⁸ Cette loi contient un Titre I^{er} intitulé « Garantir le respect des principes de la République et des exigences minimales de la vie en société ». Au sein de ce Titre I^{er}, est notamment inséré un Chapitre IV dénommé « Dispositions relatives à la lutte contre les discours de haine et les contenus illicites en ligne ». L'article 42 est inséré dans ce chapitre.

députés et 60 sénateurs. Elle a été enregistrée le 26 juillet 2021 par le Conseil constitutionnel, sous le n° 2021-823 DC.

5. C'est la loi dont la constitutionnalité est contestée par les présentes observations.

DISCUSSION

6. **En premier lieu**, l'article 42 de la loi déferée méconnaît la liberté d'entreprendre qui découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789.

7. La liberté d'entreprendre s'entend de ses deux composantes traditionnelles, à savoir, d'une part, la liberté d'accéder tant à une profession qu'à une activité économique⁹ et, d'autre part, la liberté dans l'exercice de cette profession ou de cette activité économique¹⁰.

8. Ainsi qu'a pu le faire remarquer un auteur, la liberté d'entreprendre « *ne se limite pas au domaine économique* » et s'exerce généralement « *par une action collective* »¹¹.

9. S'il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre, qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, c'est à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi¹².

10. Il s'infère de la jurisprudence du Conseil constitutionnel que toute limitation de la liberté d'entreprendre doit être non seulement justifiée par

⁹ Cons. const., 24 juin 2011, *Association pour le droit à l'initiative économique [Conditions d'exercice de certaines activités artisanales]*, n° 2011-139 QPC.

¹⁰ Cons. const., 30 novembre 2012, *Christian Storms [Obligation d'affiliation à une corporation d'artisans en Alsace Moselle]*, n° 2011-285 QPC, pt. 7.

¹¹ Pierre Delvolvé, « Conclusion » in « Dossier : La liberté d'enseignement à la croisée des chemins ? Fondements théoriques et valeur juridique », RFDA 2021, p. 271

¹² Cons. const., 16 janvier 2001, *Loi relative à l'archéologie préventive*, n° 2000-439 DC, pt. 13 ; Cons. const., 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, n° 2010-605 DC, pt. 24 ; Cons. const., 18 octobre 2010, *Rachid M. e.a. [Prohibition des machines à sous]*, n° 2010-55 QPC ; Cons. const., 13 mai 2011, *Société Système U Centrale Nationale e.a. [Action du ministre contre des pratiques restrictives de concurrence]*, n° 2011-126 QPC, pt. 4.

une exigence constitutionnelle ou par un motif d'intérêt général, mais encore proportionnée à l'objectif poursuivi.

11. Si le Conseil constitutionnel a pu juger que des obligations imposées aux opérateurs de plateforme en ligne en matière de lutte contre la manipulation de l'information ne portaient pas une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre, c'était compte tenu de l'objectif d'intérêt général poursuivi et du caractère limité notamment au temps de la campagne électorale de l'obligation imposée aux opérateurs de plateforme en ligne¹³.

12. **En l'espèce**, le 2° de l'article 42 de la loi déferée insère un nouvel article 6-4 dans la LCEN créant de nouvelles obligations à la charge des opérateurs de plateforme en ligne, définis à l'article L. 111-7 du code de la consommation, proposant un service de communication au public en ligne reposant sur le classement, le référencement ou le partage de contenus mis en ligne par des tiers et dont l'activité sur le territoire français dépasse un seuil de nombre de connexions déterminé par décret, qu'ils soient ou non établis sur le territoire français.

13. Ces dispositions prévoient ainsi que l'ensemble de ces opérateurs doit concourir à la lutte contre la diffusion publique des contenus contrevenant aux dispositions mentionnées au 3^{ème} alinéa du 7 du I de l'article 6 de la LCEN, ainsi qu'aux 3^{ème} et 4^{ème} alinéas de l'article 33 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

14. A ce titre, sans distinguer entre la nature des opérateurs concernés ou le caractère lucratif de leur activité, l'article 42 de la loi met à leur charge de multiples obligations, potentiellement très contraignantes pour des acteurs agissant à but non lucratif, supposant une remise en cause structurelle de leur organisation, et leur impose ainsi de :

- mettre en œuvre des procédures et des moyens humains et technologiques proportionnés permettant d'informer, dans les meilleurs délais, les autorités judiciaires ou administratives des actions qu'ils ont mises en œuvre à la suite des injonctions émises par ces autorités relatives aux contenus susmentionnés ; d'accuser réception sans délai des demandes des autorités judiciaires ou administratives tendant à la communication des données dont ils disposent, de nature à permettre l'identification des utilisateurs qui

¹³ Cons. const., 20 décembre 2018, *Loi relative à la lutte contre la manipulation de l'information*, n° 2018-773 DC.

ont mis en ligne des contenus mentionnés au même premier alinéa, et d'informer ces autorités dans les meilleurs délais des suites données à ces demandes ; lorsqu'ils ont une activité de stockage de contenus, de conserver temporairement les contenus qui leur ont été signalés comme contraires aux dispositions susmentionnées et qu'ils ont retirés ou rendus inaccessibles, aux fins de les mettre à la disposition de l'autorité judiciaire pour les besoins de la recherche, de la constatation et de la poursuite des infractions pénales ;

- désigner un point de contact unique, personne physique chargée de la communication avec les autorités publiques pour la mise en œuvre de ces nouvelles obligations, auquel peuvent notamment être adressées par voie électronique les demandes présentées par le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) ; ce point de contact unique étant notamment chargé de recevoir les requêtes adressées à l'opérateur par l'autorité judiciaire en vue d'en assurer un traitement rapide ;

- mettre à la disposition du public, de façon facilement accessible, les conditions générales d'utilisation du service qu'ils proposent ; y intégrer des stipulations¹⁴ prévoyant l'interdiction de mettre en ligne les contenus illicites susmentionnés ; y décrire en termes clairs et précis leur dispositif de modération visant à détecter, le cas échéant, à identifier et à traiter ces contenus, en détaillant les procédures et les moyens humains ou automatisés employés à cet effet ainsi que les mesures qu'ils mettent en œuvre affectant la disponibilité, la visibilité et l'accessibilité de ces contenus ; y indiquer les mesures qu'ils mettent en œuvre à l'égard des utilisateurs qui ont mis en ligne ces contenus ainsi que les recours internes et judiciaires dont disposent ces utilisateurs ;

- rendre compte au public des moyens mis en œuvre et des mesures adoptées pour lutter contre la diffusion, auprès des utilisateurs situés sur le territoire français, des contenus illicites susmentionnés, par la

¹⁴ Le texte recourant improprement au terme de « dispositions ».

publication, selon des modalités et une périodicité fixées par le CSA, d'informations et d'indicateurs chiffrés, définis par celui-ci, portant notamment sur le traitement des injonctions ou demandes d'informations des autorités judiciaires ou administratives, des notifications reçues et des recours internes des utilisateurs ainsi que, le cas échéant, les critères de sélection des tiers de confiance dont les notifications font l'objet d'un traitement prioritaire et les modalités de coopération avec ces tiers ;

- mettre en place un dispositif, aisément accessible et facile d'utilisateur, permettant à toute personne de porter à leur connaissance, par voie électronique, un contenu qu'elle considère comme contraire aux dispositions susmentionnées ;

- s'assurer que les notifications soumises par les entités qu'ils reconnaissent comme « tiers de confiance » et concernant des contenus illicites de la nature de ceux susmentionnés font l'objet d'un traitement prioritaire ;

- mettre en œuvre des procédures et des moyens humains et technologiques proportionnés permettant d'accuser réception sans délai des notifications relatives aux contenus illicites susmentionnés, sous réserve de disposer des informations nécessaires pour contacter leur auteur ; de garantir l'examen approprié de ces notifications dans un prompt délai ; d'informer leur auteur des suites qui y sont données ainsi que des voies de recours internes et judiciaires dont il dispose, sous réserve de disposer des informations nécessaires pour le contacter ; lorsqu'ils décident de retirer ou de rendre inaccessible un contenu pour un motif tiré de la méconnaissance des dispositions susmentionnées, d'en informer l'utilisateur à l'origine de sa publication, sous réserve de disposer des informations nécessaires pour le contacter, en indiquant les raisons qui ont motivé cette décision, en précisant si cette décision a été prise au moyen d'un outil automatisé, en l'informant des voies de recours internes et judiciaires dont il dispose et en l'informant que des sanctions civiles et pénales sont encourues pour la publication de contenus

illicites ; étant précisé que ces obligations de notification à la personne à l'origine du contenu ne s'applique pas lorsqu'une autorité publique le demande pour des raisons d'ordre public ou à des fins de prévention et de détection des infractions pénales ainsi qu'à des fins d'enquêtes et de poursuites en la matière ;

- mettre en œuvre un dispositif de recours internes permettant à l'auteur d'une notification relative à un contenu illicite de la nature de ceux susmentionnés de contester la décision adoptée par l'opérateur en réponse à cette notification ; à l'utilisateur à l'origine de la publication d'un contenu ayant fait l'objet d'une décision de retrait ou d'inaccessibilité de contester cette décision ; à l'utilisateur ayant fait l'objet d'une décision de suspension ou de résiliation de son compte ou de suspension de son accès au dispositif de notification, de contester cette décision ;

- veiller à ce que ces dispositifs soient aisément accessibles et faciles d'utilisation et à ce qu'ils permettent un traitement approprié des recours dans les meilleurs délais, qui ne soit pas uniquement fondé sur l'utilisation de moyens automatisés, une information sans délai de l'utilisateur sur la décision adoptée et l'annulation sans délai des mesures relatives au contenu en cause ou à l'utilisateur mises en œuvre par l'opérateur lorsque le recours le conduit à considérer que la décision contestée n'était pas justifiée ;

- exposer, lorsqu'ils décident de mettre en œuvre de telles procédures, dans leurs conditions d'utilisation, en des termes clairs et précis, les procédures conduisant à suspendre ou, dans les cas les plus graves, à résilier le compte des utilisateurs qui ont mis en ligne de manière répétée des contenus contraires aux dispositions susmentionnées, ou à suspendre l'accès au dispositif de notification des utilisateurs qui ont soumise, de manière répétée, des notifications manifestement infondées relatives aux contenus susmentionnés ; lorsque de telles procédures sont mises en œuvre, elles doivent prévoir un examen au cas par cas visant à caractériser de façon objective

l'existence d'un de ces comportements, en tenant compte notamment du nombre de contenus illicites mentionnés ou de notifications manifestement infondées dont l'utilisateur a été à l'origine au cours de l'année écoulée, à la fois en valeur absolue et en proportion du nombre total de contenus ou de notifications dont il a été à l'origine et de la gravité et des conséquences de ces abus ; lorsqu'elles sont mises en œuvre, ces procédures doivent également prévoir que les mesures de sanction susmentionnées sont proportionnées, dans leur nature, à la gravité des agissements en cause et, dans le cas d'une suspension, que celle-ci est prononcée pour une durée raisonnable ; elles prévoient l'avertissement préalable de l'utilisateur et son information sur les voies de recours internes et juridictionnelles dont il dispose ;

- procéder à une évaluation des risques systémiques liés au fonctionnement et à l'utilisation de leurs services en matière de diffusion des contenus susmentionnés et d'atteinte aux droits fondamentaux, notamment à la liberté d'expression ; cette évaluation tient compte des caractéristiques de ces services, notamment de leurs effets sur la propagation virale ou la diffusion massive des contenus susvisés ;
- mettre en œuvre des mesures raisonnables, efficaces et proportionnées, notamment au regard des caractéristiques de leurs services et de l'ampleur et de la gravité des risques identifiés au terme de l'évaluation susmentionnée, visant à atténuer les risques de diffusion de ces contenus, qui peuvent notamment porter sur les procédures et les moyens humains et technologiques mis en œuvre pour détecter, identifier et traiter ces contenus, tout en veillant à prévenir les risques de retrait non justifié au regard du droit applicable et de leurs conditions générales d'utilisation ;
- rendre compte au public, selon des modalités et une périodicité fixées par le CSA, de l'évaluation de ces risques systémiques et des mesures d'atténuation des risques mises en œuvre ;

- rendre compte au CSA des procédures et moyens mis en œuvre pour l'application de l'ensemble de ces obligations ;
- donner accès au CSA aux principes de fonctionnement des outils automatisés auxquels ils ont recours pour répondre à ces obligations, aux paramètres utilisés par ces outils, aux méthodes et aux données utilisées pour l'évaluation et l'amélioration de leur performance ainsi qu'à toute autre information ou donnée lui permettant d'évaluer leur efficacité, dans le respect des dispositions relatives à la protection des données personnelles et mettre en place des interfaces de programmation dédiées.

15. En cas de non-respect de ces obligations, le CSA peut mettre un opérateur en demeure de s'y conformer, dans le délai qu'il fixe et de répondre aux demandes d'informations qu'il lui a adressées. Lorsque l'opérateur ne se conforme pas à la mise en demeure qui lui est adressée, le CSA peut alors prononcer une sanction pécuniaire, dont le montant peut s'élever jusqu'à 20 millions d'euros ou 6 % du chiffre d'affaires annuel mondial total de l'exercice précédent, le montant le plus élevé étant retenu. Par dérogation, le montant de la sanction prononcée en cas de refus de communiquer les informations demandées par le CSA ou en cas de communication d'informations fausses ou trompeuses ne peut excéder 1 % du chiffre d'affaires annuel mondial total de l'exercice précédent.

16. On le voit, il ressort de cette très longue liste que l'article 42 de la loi déferée engendre de nombreuses et substantielles obligations nouvelles à la charge des opérateurs relevant de son champ d'application. L'objectif poursuivi par le législateur étant de lutter contre la diffusion publique des contenus contrevenant aux dispositions mentionnées au 3^{ème} alinéa du 7 du I de l'article 6 de la LCEN, ainsi qu'aux 3^{ème} et 4^{ème} alinéas de l'article 33 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

17. Tel qu'il est actuellement défini par la loi litigieuse, son champ d'application personnel englobe, **au-delà des plateformes géantes à but lucratif**, des sites Web dépourvus de tout but lucratif, à l'instar de l'encyclopédie en ligne Wikipédia. Or, le modèle de modération de Wikipédia, reposant sur une communauté de bénévoles très mobilisés, a su

démontrer son efficacité pour lutter contre la diffusion des contenus haineux. Toutefois, dépourvu de tout modérateur professionnel, Wikipédia sera difficilement capable de respecter l'ensemble des nouvelles obligations fixées par la loi litigieuse et encourra ainsi potentiellement des sanctions massives.

18. Par conséquent, dès lors qu'il risque de peser de manière très significative sur des plateformes, telle que Wikipédia, dont l'objectif est de permettre la libre diffusion de la connaissance, alors que son objet principal est de lutter contre la diffusion sur des plateformes lucratives des contenus contrevenant aux dispositions mentionnées au 3^{ème} alinéa du 7 du I de l'article 6 de la LCEN, ainsi qu'aux 3^{ème} et 4^{ème} alinéas de l'article 33 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, le dispositif contesté est radicalement inadapté et manifestement disproportionné au regard de l'objectif poursuivi par le législateur.

19. Il était pourtant aisément possible d'atteindre l'objectif poursuivi tout en préservant le modèle vertueux de ces acteurs. D'autres textes l'ont bien montré. Par exemple, la directive (UE) 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique a retenu une approche plus nuancée.

20. Le §. 6 de son article 2 exclut ainsi expressément « *les prestataires de services tels que les encyclopédies en ligne à but non lucratif, les répertoires éducatifs et scientifiques à but non lucratif, les plateformes de développement et de partage de logiciels libres, les fournisseurs de services de communication électroniques au sens de la directive (UE) 2018/1972, les places de marché en ligne, les services en nuage entre entreprises et les services en nuage qui permettent aux utilisateurs de téléverser des contenus pour leur propre usage* »¹⁵ du champ d'application de la notion de fournisseur de services de partage de contenus en ligne¹⁶, auquel s'appliquent des obligations spécifiques.

21. D'ailleurs, lors de la discussion parlementaire relative à la loi déferée, des députés¹⁷ et des sénateurs¹⁸ éclairés par ces enjeux, avaient proposé, malheureusement en vain, d'exclure tantôt les opérateurs agissant à

¹⁵ Soulignement ajouté.

¹⁶ Voir également 2nd paragraphe du considérant 62 de cette directive.

¹⁷ <https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/amendements/3797/AN/1139>

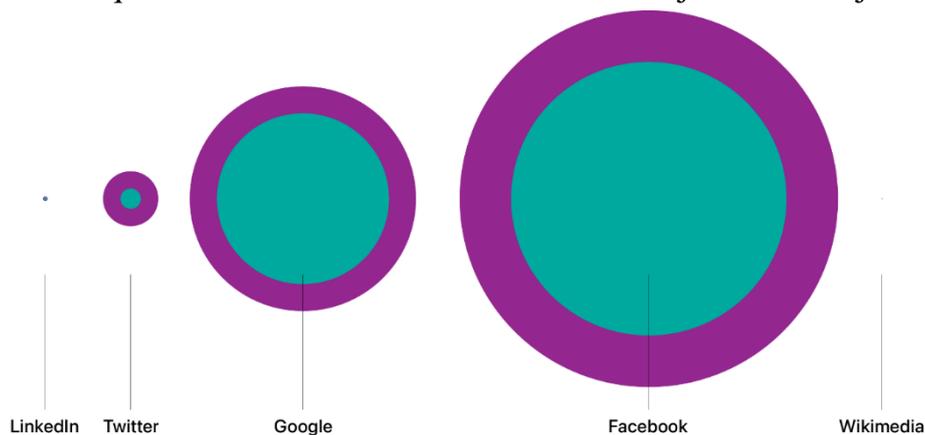
¹⁸ https://www.senat.fr/amendements/commissions/2020-2021/369/Amdt_COM-384.html

titre non lucratif¹⁹, tantôt les prestataires de services d'encyclopédies en ligne à but non lucratif²⁰.

22. La Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDDH) s'est également prononcée en faveur d'une telle différenciation, distinguant les plateformes à but non lucratif, « *dont le modèle ne repose pas sur la viralité des contenus* »²¹, du « *modèle économique de certains réseaux sociaux peut contribuer à la propagation massive des contenus haineux, dès lors que ceux-ci suscitent une forte audience et génèrent ainsi des revenus importants pour la plateforme.* »²²

23. Plus encore, la CNCDDH a souligné les risques inhérents à l'amalgame entre les plateformes à but lucratif, d'une part, et celles à but non lucratif, d'autre part, en relevant que « *les obligations très lourdes imposées aux plateformes pour la modération, en particulier en termes de ressources humaines, risquent de renforcer la position dominante des très gros acteurs, seuls en capacité de les mettre en place, au détriment de nouvelles plateformes émergentes ou d'acteurs à but non lucratif, et par là d'entraver la liberté d'entreprendre.* »²³

24. De fait, une encyclopédie collaborative à but non lucratif telle que Wikipédia est dans une position radicalement différentes d'autres opérateurs de plateforme. Le graphique et le tableau ci-dessous comparent les demandes d'information, relatives à des auteurs ayant publié du contenu problématique, reçues par divers opérateurs entrant dans le champ d'application de cet article et celles auxquelles il a été fait droit entre les mois de janvier et de juin 2020.



Source : Wikimedia Foundation²⁴

¹⁹ <https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/amendements/3797/AN/1139>

²⁰ https://www.senat.fr/amendements/commissions/2020-2021/369/Amdt_COM-384.html

²¹ CNCDDH, 8 juillet 2021, *Avis sur la lutte contre la haine en ligne*, p. 19, pt. 38.

²² CNCDDH, 8 juillet 2021, *Avis sur la lutte contre la haine en ligne*, p. 22, pt. 44.

²³ CNCDDH, 8 juillet 2021, *Avis sur la lutte contre la haine en ligne*, p. 15, pt. 32.

²⁴ <https://wikimediafoundation.org/about/transparency/2020-2/requests-for-user-information/#section-3>

Entités	Requêtes auxquelles il a été fait droit	Requêtes reçues	Pourcentage
Facebook	126 359	173 592	73 %
Google	78 904	103 822	76 %
Twitter	4 645	12 657	37 %
LinkedIn	366	509	72 %
Wikimedia	1	30	3 %

Source : Wikimedia Foundation²⁵

25. La différence entre les demandes reçues par la *Wikimedia Foundation* et celles reçues par d'autres opérateurs entrant dans le champ d'application de l'article litigieux est frappante. Il s'en infère que les contenus potentiellement problématiques sur l'encyclopédie Wikipédia sont globalement marginaux et insignifiants.

26. Du reste, il s'agit d'une situation stable, ainsi que le démontre le tableau ci-dessous.

Semestres	Requêtes auxquelles la <i>Wikimedia Foundation</i> a fait droit	Requêtes reçues par la <i>Wikimedia Foundation</i>	Pourcentage
2 nd semestre 2020	2	32	6,25 %
1 ^{er} semestre 2020	1	30	3,3 %
2 nd semestre 2019	2	35	5,71 %
1 ^{er} semestre 2019	0	25	0 %

Source : Wikimedia Foundation²⁶

27. L'article litigieux de la loi déferée est ainsi pétri de paradoxes. Alors que l'encyclopédie Wikipédia constitue « le bon élève » en matière de modération en ligne et pourrait ainsi utilement servir de modèle de référence aux autres grandes plateformes, l'article 42 de la loi déferée cherche à lui imposer des règles forgées pour les réseaux sociaux et manifestement inadaptées à une telle encyclopédie, dont la modération repose sur l'implication et la collaboration des bénévoles²⁷.

²⁵ <https://wikimediafoundation.org/about/transparency/2020-2/requests-for-user-information/#section-3>

²⁶ Les chiffres utilisés dans ce tableau sont issus des rapports de transparence de la *Wikimedia Foundation*.

²⁷ Pierre-Yves Beaudoin, « Loi séparatisme : que vient faire Wikipédia dans cette histoire de modération des réseaux sociaux ? », publié le 28 juin 2021 : <https://www.wikimedia.fr/loi-separatisme-que-vient-faire-wikipedia-dans-cette-histoire-de-moderation-des-reseaux-sociaux/>

28. Dans un billet de blog du 28 juin 2021, M. Pierre-Yves Beaudouin, président de l'association Wikimedia France, a parfaitement relevé le paradoxe de l'application de la loi déferée à une encyclopédie collaborative à but non lucratif comme Wikipédia :

« Paradoxalement, cette loi pourrait désorganiser la modération citoyenne à l'œuvre sur Wikipédia. Tous les contenus visés par le projet de loi Séparatisme sont d'ores et déjà interdits sur Wikipédia car d'une part les rédacteurs de l'encyclopédie doivent respecter les lois et d'autre part le but du site est de proposer aux lecteurs une synthèse du savoir et non un espace libre de discussion. Wikipédia est un site très modéré et sa conception structurelle évite bon nombre de problèmes qu'on retrouve sur d'autres sites. Tous les jours des bénévoles scrutent les modifications réalisées sur le site pour retirer ce qui ne va pas, sans attendre de recevoir une notification. Ils répondent également aux courriels adressés à Wikipédia, codent des outils, configurent les filtres anti-abus, traitent les signalements (vandalismes en cours, suppressions immédiates), les réclamations (demande de restauration de page, demande de déblocage) et tous les autres cas se retrouvent dans les requêtes aux administrateurs. »²⁸

29. Enfin, contrairement à la loi relative à la lutte contre la manipulation de l'information, l'atteinte portée à la liberté d'entreprendre n'est nullement limitée à une période donnée.

30. Par suite, le champ d'application personnel de ce régime excède de très loin ce qui est strictement nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi par le législateur. Ainsi, il n'est **nullement nécessaire, radicalement inadaptée et manifestement disproportionnée** au regard de l'objectif poursuivi par le législateur.

31. Partant, la loi déferée méconnaît gravement la liberté d'entreprendre qui découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789.

²⁸ Pierre-Yves Beaudouin, « Loi séparatisme : que vient faire Wikipédia dans cette histoire de modération des réseaux sociaux ? », publié le 28 juin 2021 : <https://www.wikimedia.fr/loi-separatisme-que-vient-faire-wikipedia-dans-cette-histoire-de-moderation-des-reseaux-sociaux/>

*

32. **En deuxième lieu**, l'article 42 de la loi déferée méconnaît l'article 16 de la Déclaration de 1789, dès lors qu'elle incite fortement les opérateurs de plateformes à recourir à des filtres algorithmiques afin de réguler la liberté d'expression sur leurs services en ligne.

33. Or, afin d'être conforme à la Constitution, le seul recours à un algorithme pour fonder une décision administrative individuelle est subordonné au respect d'une série de conditions²⁹. Il en va de même *a fortiori* s'agissant d'algorithmes utilisés par des personnes privées afin de détecter automatiquement et massivement des contenus qui excèderaient potentiellement les bornes de la liberté d'expression.

34. En effet, 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 libertés³⁰.

35. En l'état actuel des moyens de communication et eu égard au développement généralisé des services de communication au public en ligne ainsi qu'à l'importance prise par ces services pour la participation à la vie démocratique et l'expression des idées et des opinions, ce droit implique la liberté d'accéder à ces services³¹.

36. **En l'espèce**, plusieurs dispositions de l'article 42 de la loi déferée incitent très fortement les opérateurs de plateformes à recourir à des filtres algorithmiques et imposent d'en rendre compte notamment au CSA.

37. Or, le recours à des algorithmes pour réguler l'expression en ligne pose de nombreuses difficultés. Non seulement le recours à des algorithmes pour réguler la liberté d'expression est critiquable sous l'angle de la philosophie du droit et de ses principes élémentaires qui impliquent que des

²⁹ Cons. const., 12 juin 2018, *Loi relative à la protection des données personnelles*, n° 2018-765 DC, pts. 70 et 71.

³⁰ Cons. const., 15 décembre 2017, *Délit de consultation habituelle des sites internet terroristes II*, n° 2017-682 QPC, pt. 4 ; Cons. const., 18 mai 2018, *Délit d'apologie d'actes de terrorisme*, n° 2018-706 QPC, pt. 19 ; Cons. const., 4 avril 2019, *Loi visant à renforcer et garantir le maintien de l'ordre public lors des manifestations*, n° 2019-780 DC, pt. 8 ; Cons. const., 27 décembre 2019, *Loi de finances pour 2020*, n° 2019-796 DC, pt. 82

³¹ Cons. const., 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, n° 2009-580 DC, pt. 12, Rec. p. 107 ; Cons. const., 15 décembre 2017, *Délit de consultation habituelle des sites internet terroristes II*, n° 2017-682 QPC, pt. 3 ; Cons. const., 27 décembre 2019, *Loi de finances pour 2020*, n° 2019-796 DC, pt. 81

êtres humains ne puissent être jugés que par leurs pairs, mais encore le recours à de telles technologies est contestable sur le plan de ses effets³². Il est ainsi désormais bien établi que les filtres algorithmiques conduisent inévitablement à des « faux positifs », à de la « sur-censure » et à d'autres effets néfastes³³, ce qui est particulièrement préjudiciable s'agissant d'une liberté aussi cardinale que la liberté d'expression.

38. La CNCDH avait d'ailleurs souligné, dans son avis sur la loi déferée, les dangers et inconvénients du recours à des systèmes algorithmiques afin de modérer l'expression en ligne. Elle relève ainsi que :

« Elle rappelle (...) l'importance de la modération humaine afin d'assurer un retrait approprié des contenus. En effet, les systèmes algorithmiques sont confrontés à plusieurs difficultés dans la modération des contenus haineux, dont la prise en compte du contexte de la publication du contenu. L'efficacité des systèmes algorithmiques trouve ainsi ses limites lorsqu'il s'agit d'interpréter le contexte local et culturel dans lequel s'inscrit un discours, ou encore l'emploi de l'ironie, la réutilisation d'un terme dans un objectif militant, etc. Ces difficultés sont encore plus prégnantes lorsque les systèmes algorithmiques modèrent un contenu vidéo, sur la base de mots clés et d'une banque d'images alimentée au fur et à mesure de la détection des contenus haineux. »³⁴

39. Par suite, en incitant fortement les opérateurs de plateforme à recourir à des filtres algorithmiques, l'article 42 de la loi déferée est contraire à l'article 16 de la Déclaration de 1789.

*

40. **En troisième lieu**, l'article 42 de la loi déferée méconnaît l'article 13 de la Déclaration de 1789, en ce qu'elle **rompt** de manière **injustifiée**, **inadéquate** et **disproportionnée l'égalité** entre les acteurs concernés.

³² <https://freedex.org/wp-content/blogs.dir/2015/files/2018/10/AI-and-FOE-GA.pdf> ;
<https://wikimediafoundation.org/news/2018/08/27/can-beethoven-send-takedown-requests-a-first-hand-account-of-one-german-professors-experience-with-overly-broad-upload-filters/>

³³ https://www.cjr.org/the_media_today/youtube-takedowns-war-crimes.php

³⁴ CNCDH, 8 juillet 2021, *Avis sur la lutte contre la haine en ligne*, p. 21, pt. 42.

41. Si l'article 13 de la Déclaration de 1789 n'interdit pas de faire supporter, pour un motif d'intérêt général, à certaines catégories de personnes des charges particulières, il ne doit cependant pas en résulter de rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques³⁵.

42. En particulier, les obligations mises à la charge des justiciables ne doivent pas être d'une importance telle qu'elles mettent en péril les conditions de leur existence. Ainsi, selon le « commentaire autorisé » de la décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique* :

« Plus généralement, il faut déduire de l'article 13 de la Déclaration que le législateur ne peut imposer d'obligations impossibles à satisfaire ou dont le respect serait si difficile ou si onéreux qu'il remettrait en cause l'existence même d'une activité, surtout si celle-ci est placée dans le domaine d'exercice d'une liberté publique. Est ainsi constitutionnellement protégée une composante essentielle de la sécurité juridique. »

43. **En l'espèce**, l'égalité est manifestement rompue dès lors que le respect des obligations litigieuses remet potentiellement en cause l'existence même du modèle de modération citoyenne et collaborative propre à Wikipédia, qui a pourtant fait ses preuves.

44. A tous égards, la censure des dispositions contestées s'impose.

PAR CES MOTIFS, l'association Wikimedia France conclut qu'il plaise au Conseil constitutionnel :

DÉCLARER l'article 42 de la loi « confortant le respect des principes de la République » contraire à la Constitution.

Fait à Paris, le 5 août 2021

Alexis FITZJEAN Ó COBHTHAIGH
Avocat au Barreau de Paris

³⁵ Cons. const., 27 novembre 2001, *Loi portant amélioration de la couverture des non salariés agricoles contre les accidents du travail et les maladies professionnelles*, n° 2001-451 DC, pt. 30 ; Cons. const., 28 décembre 2000, *Loi de finances rectificative pour 2000*, n° 2000-441 DC, pt. 41.