

ALEXIS FITZJEAN Ó COBHTHAIGH
Avocat au Barreau de Paris
Médiateur référencé par le Centre national de médiation des avocats
85, rue de la Victoire – 75009 PARIS
Tél. 01.53.63.33.10 – Fax 01.45.48.90.09
afoc@afocavocat.eu

CONSEIL D'ÉTAT

SECTION DU CONTENTIEUX

MÉMOIRE COMPLÉMENTAIRE

N° 478441

- POUR :**
- 1°) L'association « La Quadrature du Net ».
 - 2°) La fondation « European Center for Not-for-Profit Law Stichting » (ECNL).
 - 3°) L'association « Access Now Europe AISBL » (Access Now Europe).
 - 4°) L'association « European Digital Rights AISBL » (EDRi).
 - 5°) La fondation « Stichting Article 19 » (Article 19).
 - 6°) L'association « Wikimédia France – Association pour le libre partage de la connaissance » (Wikimédia France).

- CONTRE :**
- 1°) La Première ministre.
 - 2°) Le ministre de l'intérieur.

Présentation :

Règlement (UE) 2021/784 du 29 avril 2021 – Droit à la vie privée et à la protection des données personnelles – Liberté d'expression – Principe de proportionnalité – Contenu essentiel des droits et libertés fondamentaux – Question préjudicielle sur la validité du règlement TCO

Table des matières

Faits	4
Discussion	7
I Sur l'intérêt à agir des exposantes	7
II À titre principal, sur la nécessité de laisser inappliquée la loi n° 2022-1159 du 16 août 2022 qui adapte le règlement TCO en méconnaissance de la Charte et en application de laquelle le décret attaqué a été pris	9
A. En ce qui concerne la méconnaissance par le règlement TCO du droit à la liberté d'expression	9
1. S'agissant des injonctions de retrait	12
2. S'agissant de l'obligation de mettre en place des mesures spécifiques .	15
B. En ce qui concerne la méconnaissance par le règlement TCO du droit à la vie privée et du droit à la protection des données personnelles	18
C. En ce qui concerne la méconnaissance par le règlement TCO du droit à un recours effectif	22
1. S'agissant des injonctions de retrait	23
2. S'agissant de l'obligation de mettre en place des mesures spécifiques .	24
III À titre subsidiaire, sur la saisine de la CJUE de questions préjudicielles en appréciation de la validité du règlement TCO	26
IV À titre encore plus subsidiaire, sur l'inconventionnalité du décret attaqué et de la loi n° 2022-1159 du 16 août 2022	29
A. En ce qui concerne la méconnaissance par le décret attaqué et la loi n° 2022-1159 du 16 août 2022 du droit à la liberté d'expression	29
1. S'agissant des injonctions de retrait	30
2. S'agissant de l'obligation de mettre en place des mesures spécifiques .	30
B. En ce qui concerne la méconnaissance par le décret attaqué et la loi n° 2022-1159 du 16 août 2022 du droit à la vie privée et du droit à la protection des données personnelles	31
C. En ce qui concerne la méconnaissance par le décret attaqué et la loi n° 2022-1159 du 16 août 2022 du droit à un recours effectif	32
1. S'agissant des injonctions de retrait	33
2. S'agissant de l'obligation de mettre en place des mesures spécifiques .	34

V À titre infiniment subsidiaire, sur l'illégalité externe	35
Bordereau des productions	41

FAITS

1. L'association La Quadrature du Net, première exposante, est investie de longue date dans la défense des droits et des libertés dans l'environnement numérique.
2. La fondation European Center for Not-for-Profit Law Stichtin (ECNL), deuxième exposante, s'est donnée comme mission de développer un environnement juridique et politique qui permette de protéger les libertés fondamentales tout en répondant aux défis nationaux et mondiaux. Par son action européenne, elle défend les libertés fondamentales notamment en matière de numérique.
3. L'association Access Now Europe AISBL (Access Now Europe), troisième exposante, est la branche européenne de l'organisation internationale Access Now, qui défend une vision de la technologie compatible avec les droits fondamentaux, et notamment la liberté d'expression en ligne.
4. L'association European Digital Rights AISBL (EDRi), quatrième exposante, est une association de défense des libertés numériques au niveau européen, qui regroupe un réseau d'une soixantaine d'organisations. Elle agit activement au niveau de l'Union européenne par son travail de sensibilisation des décideurs publics sur les textes européens ayant une incidence sur les libertés numériques fondamentales.
5. La fondation Stichting Article 19 (Article 19), cinquième exposante, défend la liberté d'expression et œuvre à ce que chacun puisse s'exprimer sans peur de représailles ou de discriminations.
6. L'association « Wikimedia France – Association pour le libre partage de la connaissance » (Wikimedia France), sixième exposante, est le chapitre français du mouvement Wikimedia. Elle œuvre pour le libre partage de la connaissance, notamment au travers des projets Wikimedia, tel que l'encyclopédie en ligne Wikipédia, et concourt ainsi à la défense de la liberté d'expression et d'information, notamment en ligne.
7. Le 17 mai 2021 était publié au Journal officiel de l'Union européenne le

règlement (UE) 2021/784 du 29 avril 2021 relatif à la lutte contre la diffusion des contenus à caractère terroriste en ligne (ou en anglais « *Terrorist Content Online* », ci-après « règlement TCO »). Aux termes de son article 1^{er}, ce règlement « *établit des règles uniformes pour lutter contre l'utilisation abusive de services d'hébergement pour diffuser au public des contenus à caractère terroriste en ligne* ».

8. L'article 3 du règlement TCO prévoit un mécanisme de censure administrative des contenus en ligne. En application de cet article, chaque État membre de l'Union européenne peut accorder à une autorité publique nationale la possibilité d'émettre des injonction de retrait de contenus qui lui paraîtraient être à caractère terroriste au sens du 7) de l'article 2 du règlement. L'autorité compétente de chaque État membre (c'est-à-dire celle qui a été désignée par le droit national) peut émettre des injonctions de retrait de contenus supposés être à caractère terroriste.

9. Les personnes destinataires de ces injonctions sont les fournisseurs de services d'hébergement au sens du 1) de l'article 2 du règlement TCO. Les injonctions de retrait peuvent être adressées non seulement à des fournisseurs de services d'hébergement du même État membre que l'autorité compétente émettrice de l'injonction, mais également, par le biais de la procédure applicable aux injonctions transfrontières de l'article 4 du règlement TCO, à n'importe quel fournisseur de services d'hébergement situé ailleurs sur le territoire de l'Union.

10. Le 3. de l'article 3 du règlement TCO précise que le fournisseur de services d'hébergement doit retirer le contenu visé par l'injonction de retrait « *dès que possible et, en tout état de cause, dans un délai d'une heure à compter de la réception de l'injonction de retrait* ».

11. Par ailleurs, l'article 5 du règlement TCO prévoit qu'un fournisseur de services d'hébergement puisse être qualifié d'« *exposé à des contenus à caractère terroriste* » par une décision d'une autorité compétente. Or, le 1 de cet article prescrit aux fournisseurs de services d'hébergement faisant l'objet d'une telle qualification de prévoir « *dans [leur] conditions générales des dispositions visant à lutter contre l'utilisation abusive de ses services pour diffuser au public des contenus à caractère terroriste* ». En outre, le 2 de même article exige des fournisseurs de services d'hébergement faisant l'objet de cette même qualification qu'ils mettent en œuvre des mesures spécifiques pour prévenir la diffusion de contenus supposés être à caractère terroriste.

12. Pour adapter le droit interne au règlement TCO, la loi n° 2022-1159 du 16 août 2022 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière de prévention de la diffusion de contenus à caractère terroriste en ligne (ci-après la « loi n° 2022-1159 du 16 août 2022 ») est notamment venue créer les articles 6-1-1 à 6-1-5 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (ci-après « LCEN »).

13. L'article 12 de la loi n° 2022-1159 du 16 août 2022 organise la désignation des autorités compétentes au sens du règlement TCO. Cette loi prévoit également que le fait de ne pas se conformer à une injonction de retrait émise en application des articles 3 ou 4 du règlement TCO, ou de ne pas se conformer aux mesures spécifiques de l'article 5 du même règlement, est punie d'un an d'emprisonnement et de 250 000 euros d'amende, ou 4 % du chiffre d'affaires mondial dans l'hypothèse où le fournisseur de services d'hébergement ne se conforme pas « *de manière habituelle* » aux injonctions de retrait et qu'il est une personne morale.

14. Enfin, le décret n° 2023-432 du 3 juin 2023 relatif au retrait des contenus à caractère terroriste en ligne, qui a été pris en application des articles 6-1-1 et 6-1-5 de la LCEN, a été publié au Journal officiel n° 0128 du 4 juin 2023. Il précise que les autorités compétentes au sens du règlement TCO sont la direction générale de la police nationale, office central de lutte contre la criminalité liée aux technologies de l'information et de la communication (ci-après l'« OCLCTIC ») et l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique (ci-après l'« ARCOM »).

15. C'est le décret attaqué.

DISCUSSION

I. Sur l'intérêt à agir des exposantes

16. L'association « La Quadrature du Net » promeut et défend les libertés fondamentales dans l'environnement numérique. Elle défend la liberté d'expression en ligne en luttant contre toute forme de censure illégitime en ligne. Elle a notamment pour objet, aux termes de l'article 3 de ses statuts constitutifs, « *la promotion et la défense de la liberté d'expression, la liberté d'accès à l'information et la lutte contre la censure* » et « *la promotion et la défense des réseaux – notamment Internet – libres, ouverts, distribués, neutres et éthiques* ». La poursuite de cet objet statutaire peut notamment se faire par « *la mise en œuvre d'actions juridiques et de contentieux* ». Elle est régulièrement amenée à défendre les droits et libertés fondamentaux devant le Conseil d'État¹ et le Conseil constitutionnel français², ainsi que devant le juge de l'Union européenne³.

17. La fondation « European Center for Not-for-Profit Law Stichting » (ECNL), défend les libertés fondamentales à l'ère du numérique. Au terme de l'article 2 de ses statuts, elle œuvre à « *protéger les droits humains, y compris la liberté d'association, de réunion, d'expression et le droit à la vie privée* ». Son champ d'activité couvre « *le monde entier, en se concentrant sur l'Europe* ». Elle peut prendre « *l'initiative d'une action en justice* » (article 7).

1. CE, Ass., 21 avril 2021, n^{os} 393099, 394922, 397844, 397851, 424717, 424718; CE, 13 avril 2021, n^o 439360, 440978, 441151, 442307, 442317, 442363, 443239; CE, 22 décembre 2020, n^o 446155; CE, ord., 4 janvier 2021, n^{os} 447970, 447972 et 447974 (trois affaires); CE, ord., 18 mai 2020, n^{os} 440442, 440445; CE, 16 octobre 2019, n^o 433069; CE, 18 octobre 2018, n^o 404996; CE, 26 juillet 2018, n^{os} 394924, 394922, et 393099 (trois affaires); CE, 21 juin 2018, n^o 411005; CE, 18 juin 2018, n^o 406083; CE, 25 octobre 2017, n^o 411005; CE, 17 mai 2017, n^o 405792; CE, 18 novembre 2016, n^o 393080; CE, 22 juillet 2016, n^o 394922; CE, 15 février 2016, n^o 389140; CE, 12 février 2016, n^o 388134; CE, ord., 27 janvier 2016, n^o 396220; CE, 9 septembre 2015, n^o 393079; CE, 5 juin 2015, n^o 388134.

2. Cons. const., 20 mai 2020, n^o 2020-841 QPC; Cons. const., 3 avril 2020, n^o 2020-834 QPC; Cons. const., 30 mars 2018, n^o 2018-696 QPC; Cons. const., 2 février 2018, n^o 2017-687 QPC; Cons. const., 15 décembre 2017, n^o 2017-692 QPC; Cons. const., 4 août 2017, n^o 2017-648 QPC; Cons. const., 21 juillet 2017, n^o 2017-646/647 QPC; Cons. const., 2 décembre 2016, n^o 2016-600 QPC; Cons. const., 21 octobre 2016, n^o 2016-590 QPC; Cons. const., 24 juillet 2015, n^o 2015-478 QPC.

3. TUE, ord., 14 décembre 2020, aff. T-738/16; CJUE, 6 octobre 2020, aff. C-511/18, C-512/18 et C-520/18.

18. L'association « Access Now Europe AISBL » (Access Now Europe) est une association de droit belge à portée internationale qui, aux termes de l'article 3 de ses statuts, « *prom[eut] et prot[ège] les droits de l'homme et les droits civils dans le domaine des techniques de l'information et de la communication. Ceci inclut, sans s'y limiter, la liberté d'expression, le droit à la vie privée et accès à l'information.* »

19. L'association « European Digital Rights AISBL » (EDRi) est une association de droit belge à portée européenne qui, selon l'article 2 de ses statuts, travaille à « *promouvoir, protéger et défendre les droits de l'homme et civils dans les domaines de l'information et des technologies de la communication* ». Cela concerne notamment la promotion et la défense « *[du] droit à la communication et à la confidentialité des données, [de] la liberté d'expression, de communication et d'information, [de] l'accès à l'information et [de] la promotion de la société civile* ».

20. La fondation « Stichting Article 19 » (Article 19) s'est donné pour mission de « *promouvoir et [...] protéger partout dans le monde le droit fondamental de collecter, de recevoir et de diffuser librement des informations et des idées, par quelque moyen que ce soit et sans considération de frontières* » (article 2 de ses statuts). Elle intervient régulièrement au soutien d'affaires relatives à la liberté d'expression (cf. CEDH, gr. ch., 16 juin 2015, *Delfi AS c. Estonie*, n° 64569/09; CEDH, 23 juin 2020, *Vladimir Kharitonov c. Russie*, n° 10795/14; CEDH, 2 septembre 2021, *Z.B. c. France*, n° 46883/15; CEDH, gr. ch., 25 mai 2021, *Big Brother Watch e.a. c. Royaume-Uni*, n°s 58170/13, 62322/14 et 24960/15).

21. L'association « Wikimédia France – Association pour le libre partage de la connaissance » (Wikimedia France) participe à la représentation en France des projets Wikimedia, dont l'encyclopédie Wikipédia fait partie. L'article 1^{er} de ses statuts précise que l'objet de l'association est « *de soutenir la connaissance libre notamment au travers des projets Wikimédia* » et l'article 2 précise que cela passe notamment par « *le soutien à la communauté des contributeurs aux projets Wikimedia* ».

22. Or, le décret attaqué, pris en application des articles 6-1-1 à 6-1-5 de la LCEN, participe à la surveillance des contenus en ligne et porte atteinte à la liberté d'expression en ligne que les exposantes se sont donné pour objectif de défendre. Comme développé ci-après, cette surveillance permise par le décret attaqué porte une atteinte grave à la liberté d'expression et réduit ainsi ce droit de manière illégi-

time et disproportionnée.

23. Par ailleurs, il résulte du décret attaqué que des demandes de retrait de contenu au sens des articles 6-1-1 à 6-1-5 de la LCEN et 2 et 3 du règlement TCO puissent être adressées aux projets Wikimedia dont l'association Wikimedia France soutient le développement, ce qui résultera en une atteinte grave et disproportionnée aux intérêts défendus par l'association.

24. Ainsi, les objets statutaires des requérantes ainsi que leurs actions démontrent inévitablement leur intérêt à agir contre le décret attaqué.

II. À titre principal, sur la nécessité de laisser inappliquée la loi n° 2022-1159 du 16 août 2022 qui adapte le règlement TCO en méconnaissance de la Charte et en application de laquelle le décret attaqué a été pris

A. En ce qui concerne la méconnaissance par le règlement TCO du droit à la liberté d'expression

25. **En premier lieu**, le décret attaqué méconnaît manifestement le droit primaire de l'Union européenne, en particulier la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après « la Charte »), notamment ses articles 11 et 52, lus à la lumière de l'article 10 de Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après « CESDH »), en ce qu'il a été pris en application de la loi n° 2022-1159 du 16 août 2022 qui adapte le droit interne au règlement TCO, alors que ce règlement viole manifestement ces stipulations, dès lors qu'il met en place un système de censure administrative manifestement disproportionné et contraire au contenu essentiel de la liberté d'expression.

26. **En droit**, aux termes de l'article 11 de la Charte, intitulé « *Liberté d'expression et d'information* » :

« 1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des

informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontières. »

27. L'article 11 de la Charte offre des garanties similaires à celles de l'article 10 de la CESDH, intitulé « *Liberté d'expression* », aux termes duquel :

« 1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les États de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.

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

28. Ainsi, il ressort de la CESDH comme de la Charte, que la liberté d'expression inclut non seulement la liberté de s'exprimer, mais également la liberté de recevoir une information.

29. Par ailleurs, le 1. de l'article 52 de la Charte exige de respecter le contenu essentiel des droits protégés par la Charte :

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

d'autrui. »

30. L'évaluation de ce critère implique d'examiner si le contenu essentiel du droit est respecté. Dès lors qu'il est porté atteinte au contenu essentiel du droit, la mesure est contraire à la Charte et il n'est alors, par hypothèse, pas nécessaire de poursuivre l'évaluation de sa compatibilité avec les autres règles énoncées au 1. de l'article 52 pour considérer l'atteinte comme étant illégale.

31. Par ailleurs, à la différence des traités internationaux ordinaires, les traités fondateurs de l'Union européenne ont institué un ordre juridique propre intégré au système juridique des États membres et qui s'impose à leur juridiction (*cf.* CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c. E.N.E.L.*, aff. 6/64, pt. 3). En vertu du principe de primauté du droit de l'Union européenne, les dispositions de droit primaire et celles de droit dérivé directement applicables ont pour effet, dans leur rapports avec le droit interne des États membres, non seulement de rendre inapplicable de plein droit, du fait même de leur entrée en vigueur, toute disposition contraire de la législation nationale existante, mais encore – en tant que ces dispositions font partie intégrante, avec rang de priorité, de l'ordre juridique applicable sur le territoire de chacun des États membres – d'empêcher la formation valable de nouvelles normes de droit interne dans la mesure où elles seraient incompatibles avec des normes de l'Union (*cf.* CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. 106/77, pt 17).

32. Tout juge, saisi dans le cadre de sa compétence, a, en tant qu'organe d'un État membre, pour mission de protéger les droits conférés aux particuliers par le droit de l'Union européenne (*cf.* CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. 106/77, pt 16). Il a ainsi l'obligation d'appliquer intégralement le droit de l'Union européenne et de protéger les droits que celui-ci confère aux particuliers, en laissant inappliquée toute disposition éventuellement contraire du droit national, que celui-ci soit antérieur ou postérieur à la règle issue du droit de l'Union (*cf.* CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, préc., pt 21). Cette primauté s'applique à l'ensemble des actes de l'Union disposant d'une force obligatoire, qu'ils soient issus du droit primaire ou du droit dérivé, sur tous les actes nationaux, quelle que soit leur nature (*cf.* CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH*, aff. 11-70), y compris constitutionnelle.

33. À l'échelle nationale, la reconnaissance de la primauté du droit de l'Union

sur les lois nationales, même postérieures, par le juge administratif, est désormais bien établie (cf. CE, Ass., 20 octobre 1989, n° 108243, Rec. p. 290 ; v. également CE, Ass., 28 février 1992, *SA Rothmans International France et SA Philip Morris France*, n°s 56776, 56777, Rec. p. 81), en application de l'article 55 de la Constitution. À l'instar de tout juge national, le juge administratif joue ainsi son rôle de « *juge de droit commun d'application du droit de l'Union* » (cf. CE, Ass., 30 octobre 2009, *Mme Perreux*, n° 298348, Rec. p. 407).

34. **En l'espèce**, le décret attaqué est contraire au droit de l'Union, notamment les articles 11 et 52 de la Charte, en ce que la loi n° 2022-1159 du 16 août 2022 qu'il applique adapte le règlement TCO en droit interne, alors que ce règlement est contraire à la liberté d'expression. En effet, ce règlement, tant par le mécanisme d'injonction prévu à ses articles 3 et 4 (1), que par la possibilité d'imposer des mesures spécifiques en application de son article 5 (2), viole la liberté d'expression telle que protégée par la Charte et la CESDH.

1. S'agissant des injonctions de retrait

35. L'article 3 du règlement TCO permet à une autorité administrative compétente, désignée conformément à l'article 12 du règlement, issue de n'importe quel pays de l'Union, de demander le retrait d'un contenu en ligne qu'elle estimerait comme étant à caractère terroriste.

36. Premièrement, les fournisseurs de services d'hébergement doivent répondre à une injonction de retrait d'une autorité compétente « *dès que possible et, en tout état de cause, dans un délai d'une heure* ». Ce délai est particulièrement court : il ne permet pas d'apprécier le caractère légitime de l'injonction et ne laisse donc au fournisseur de services d'hébergement d'autre choix que de retirer le contenu notifié, que celui-ci soit effectivement à caractère terroriste ou non.

37. Ce délai d'une heure au maximum n'est pas non plus suspendu en cas de recours. Il ne permet donc pas de saisir une juridiction en temps utile afin que le caractère terroriste soit vérifié par un tribunal indépendant. C'est donc l'administration compétente émettrice de l'injonction de retrait qui appréciera, seule, le caractère terroriste du contenu.

38. Or, le Conseil constitutionnel a déjà jugé qu'une loi prévoyant un mécanisme de retrait administratif des contenus à caractère terroriste ou pédopornographique en une heure portait une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression et de communication protégée par l'article 11 de la Déclaration de 1789 dans la mesure où « *la détermination du caractère illicite des contenus en cause ne repose pas sur leur caractère manifeste [et] est soumise à la seule appréciation de l'administration* », le recours contre une demande de retrait administratif n'est pas suspensif ce qui, combiné à l'obligation de retrait en une heure, ne permet pas au destinataire de la décision de retrait d'obtenir l'intervention d'un juge avant de devoir retirer le contenu, et le non-respect d'une demande de retrait administratif est puni d'une peine d'emprisonnement d'un an et de 250 000 euros d'amende (cf. Cons. const., 18 juin 2020, *Loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet*, n° 2020-801 DC, pt 11). Les conclusions du Conseil constitutionnel dans cette affaire sont parfaitement transposables, *mutatis mutandis*, au cas du règlement TCO, la liberté d'expression étant entendue dans l'ordre constitutionnel français de façon similaire à la liberté d'expression garantie par le droit primaire de l'Union européenne et par le droit de la CESDH.

39. Appliqué au cas présent, le délai extrêmement court d'une heure prévu par l'article 3 du règlement TCO ne permettant pas de saisir utilement une juridiction a donc comme conséquence d'abandonner l'appréciation du caractère terroriste à l'autorité administrative exclusivement.

40. Par ailleurs, les restrictions à la liberté d'expression garantie par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ne doivent être issues que d'une décision d'un juge indépendant et impartial. En effet, le rapporteur spécial des Nations Unies précisait que « *la légalité [des restrictions à la liberté d'opinion et d'expression] devrait être garantie par un contrôle exercé par des autorités judiciaires indépendantes* » (cf. pièce n° 18, p. 5). Cette exigence est, *mutatis mutandis*, transposable au cas de la Charte dans la mesure où ces deux textes protègent des droits et libertés, en particulier la liberté d'expression, de façon sensiblement similaires. Or, on constate bien que le règlement TCO, en confiant aux seules autorités administratives le soin de déterminer le caractère terroriste d'un contenu, en raison du délai très court d'une heure et de l'impossibilité de suspendre les effets d'une injonction par la saisie d'une juridiction, méconnaît radicalement ces exigences.

41. Deuxièmement, le règlement TCO permet à des autorités nationales

d'émettre des injonctions de retrait de contenus, sans exiger les garanties minimales nécessaires en matière d'indépendance et d'impartialité. En effet, le 2. de l'article 13 du règlement TCO prévoit que les autorités compétentes « *accomplissent les tâches qui leur incombent au titre du présent règlement d'une manière objective, non discriminatoire et dans le plein respect des droits fondamentaux* » et qu'elles « *ne sollicitent ni n'acceptent d'instructions d'aucun autre organisme en ce qui concerne l'exécution de leurs tâches au titre de l'article 12, paragraphe 1* ». Ainsi, le règlement ne prévoit qu'une indépendance fonctionnelle, et non organique.

42. Autrement dit, le règlement TCO permet qu'une injonction de retrait puisse être émise, par exemple, par un service relevant d'un ministère, bien en-deçà des exigences d'indépendance minimales seules propres à permettre la conformité de la mesure à la liberté d'expression. Le règlement TCO ne s'oppose pas à ce qu'une autorité compétente dépendant directement du pouvoir exécutif puisse être investie du pouvoir d'émettre des injonctions de retrait de contenus. C'est précisément le cas d'une des autorités françaises compétentes, l'OCLCTIC, qui n'est pas une autorité administrative indépendante, mais qui relève de la direction générale de la police nationale (DGPN), donc *in fine* du ministère de l'intérieur.

43. Par ailleurs, la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) juge qu'une autorité ne peut être indépendante que si elle est tierce partie à la procédure. En effet, en ce qui concerne l'accès aux données de connexion et de localisation, la Cour a précisé dans son arrêt *Prokuratuur* (cf. CJUE, gr. ch., 2 mars 2021, *Prokuratuur*, aff. C-746/18, pts 53 et suivants) que, pour « *agir lors de l'exercice de ses missions de manière objective et impartiale* » (pt 53), une autorité administrative doit avoir « *la qualité de tiers par rapport à celle qui demande l'accès aux données, de sorte que la première soit en mesure d'exercer ce contrôle de manière objective et impartiale à l'abri de toute influence extérieure* » (pt 54). Autrement dit, appliqué au cas d'une demande de retrait d'un contenu, une autorité n'est indépendante que si elle n'est pas à l'origine de cette demande.

44. Ainsi, les précisions du 2. de l'article 13 du règlement TCO ne permettent pas d'assurer une indépendance suffisante des autorités compétentes pour émettre des injonctions de retrait de contenu conformément aux articles 3 et 4 du règlement.

45. Enfin, avec le mécanisme d'injonctions transfrontières, le règlement TCO permet également à n'importe quelle autorité compétente au sein d'un État membre

tiers d'émettre des injonctions de retraits à l'ensemble des fournisseurs de services d'hébergement de l'Union, alors même que cette autorité compétente ne serait pas organiquement indépendante.

46. Troisièmement, les 6) et 7) de l'article 2 du règlement TCO exigent que le caractère terroriste d'un contenu soit déterminé au regard de la directive (UE) 2017/541 du 15 mars 2017 relative à la lutte contre le terrorisme. Or, le champ de cette directive est très large. Il n'a pas été pensé pour les contenus en ligne mais pour coordonner la réponse pénale européenne. Ainsi, risquent de rentrer dans le champ de cette directive des contenus dont la gravité ne requière pas leur censure, encore moins leur censure administrative, en contournant l'intervention d'un jugement indépendant et impartial, et des garanties du procès équitable que sont notamment la publicité des débats, le respect du contradictoire et de l'égalité des armes, *etc.*

2. S'agissant de l'obligation de mettre en place des mesures spécifiques

47. L'article 5 du règlement TCO permet aux autorités administratives compétentes de qualifier des fournisseurs de services d'hébergement comme étant exposés à des contenus à caractère terroriste et, ainsi, de les obliger à mettre en œuvre des mesures spécifiques pour prévenir l'apparition sur leurs services d'hébergement de tels contenus sans attendre une injonction de retrait.

48. Premièrement, les critères de l'article 5 du règlement TCO, permettant à une autorité compétente de considérer un fournisseur de services d'hébergement comme étant exposé à des contenus terroristes, et par suite de l'obliger à prendre des mesures spécifiques, sont manifestement insuffisants pour permettre d'encadrer valablement le pouvoir de cette autorité.

49. En effet, le a) du 3. de l'article 5 du règlement TCO prévoit que l'autorité compétente doit se fonder « *sur des facteurs objectifs, tels que la réception par le fournisseur de services d'hébergement de deux injonctions de retrait définitives ou plus au cours des 12 derniers mois* ». Or, ces « *facteurs objectifs* » ne sont nullement définis dans le règlement. Par ailleurs, le critère consistant à avoir reçu deux injonctions de retrait définitives au cours des 12 derniers mois est particulièrement large. Ce critère risque d'être aisément atteint pour la très grande majorité des fournisseurs

de services d'hébergement, peu importe leur taille.

50. En effet, à titre d'illustration, pour l'année 2022 et en ce qui concerne la France seulement, l'ARCOM a contrôlé 16 068 contenus à caractère terroriste (cf. pièce n° 19, p. 6). Si ces contenus ont fait l'objet de demandes de retrait en application de dispositions qui ne relèvent pas de la présente affaire, ces chiffres constituent des indices sérieux quant à l'ampleur des demandes susceptibles d'être prononcées en application du règlement TCO. Ce chiffre demeure par ailleurs nettement plus réduit que celui des demandes administratives de retrait édictées, puisqu'il ne s'agit que du nombre de contrôles effectués.

51. Pire, le critère de « *deux injonctions de retrait définitives ou plus au cours des 12 derniers mois* » est loin d'être un facteur objectif puisqu'il ne prend pas en compte le contexte, notamment le nombre d'utilisateurs.

52. Deuxièmement, les mesures spécifiques listées au 2 de l'article 5 du règlement TCO qui doivent être mises en place par un fournisseur de services d'hébergement sont particulièrement intrusives. Le règlement TCO autorise ainsi la mise en place d'outils et de mesures organisationnelles créant une obligation générale de surveillance des contenus en ligne, nonobstant la précision du 8 de ce même article qui indique que « *Toute obligation de prendre des mesures spécifiques s'entend sans préjudice de l'article 15, paragraphe 1, de la directive 2000/31/CE et ne comporte ni une obligation générale pour les fournisseurs de services d'hébergement de surveiller les informations qu'ils transmettent ou stockent, ni une obligation générale de chercher activement des faits ou des circonstances suggérant une activité illégale.* », qui entre en frontale contradiction avec le reste de l'article 5.

53. À cet égard, il convient de préciser que, en ce qui concerne les injonctions judiciaires de retrait de contenu, si la CJUE a admis, en interprétant l'article 5 de la directive 2000/31/CE 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 (ci-après la « directive sur le commerce électronique »), qu'il est possible pour un tribunal d'enjoindre à un hébergeur de retirer dans le futur les contenus identiques et les contenus équivalents à celui objet de la demande initiale (cf. CJUE, 3 octobre 2019, *Eva Glawischnig-Piesczek contre Facebook Ireland Limited*, aff. C-18/18), elle a fortement encadré cette possibilité pour que cela ne constitue pas une obligation générale de surveillance des contenus. Elle a notam-

ment précisé qu'une telle injonction de retrait de contenus équivalents ne peut « être de nature à contraindre l'hébergeur concerné à procéder à une appréciation autonome dudit contenu » (pt 45). Ainsi, la CJUE exige que les « éléments spécifiques [soient] dûment identifiés par l'auteur de l'injonction, tels que le nom de la personne concernée par la violation constatée précédemment, les circonstances dans lesquelles cette violation a été constatée ainsi qu'un contenu équivalent à celui qui a été déclaré illicite » (pt 45). Ce n'est qu'à ces conditions seulement, selon la CJUE, qu'il n'y a pas de surveillance généralisée des contenus au sens de la directive sur le commerce électronique. Dans ses conclusions dans cette affaire, l'avocat général Maciej Szpunar rattachait ces limitations au respect de la liberté d'expression de l'article 11 de la Charte (*cf.* pt 74 des conclusions de l'avocat général).

54. Or, l'objectif de ces mesures spécifiques qui peuvent être exigées par une autorité compétente en application de l'article 5 du règlement TCO va bien au-delà de retrouver des contenus équivalents : il s'agit de prévenir l'apparition de nouveaux contenus. Les mesures spécifiques que doivent mettre en place les fournisseurs de services d'hébergement exposés à des contenus à caractère terroriste visent à « identifier » des contenus à caractère terroriste, qui peuvent être de nouveaux contenus inconnus jusqu'alors du fournisseur de services d'hébergement. Cette identification est faite soit directement par le fournisseur de services d'hébergement, avec des moyens humains et organisationnels ou des outils (a du 2 de l'article 5 du règlement TCO), soit par les utilisateurs eux-mêmes avec des outils de modérations (c du 3 de l'article 5), soit conjointement par l'utilisateur et le fournisseur de services d'hébergement avec la mise en place des mécanismes de notifications (b du 3 de l'article 5).

55. Par ailleurs, les exigences de la jurisprudence *Eva Glawischnig-Piesczek contre Facebook Ireland Limited* s'appliquent à des injonctions réunissant au préalable d'autres garanties, puisqu'il s'agit d'injonctions judiciaires, c'est-à-dire prononcées par un tribunal indépendant et impartial. Or, l'autorité compétente au sens de l'article 5 du règlement TCO n'est pas un tribunal indépendant et impartial.

56. En somme, l'obligation de mettre en œuvre des mesures spécifiques de l'article 5 du règlement TCO implique l'identification de nouveaux contenus, c'est-à-dire une « appréciation autonome » par le fournisseur de services d'hébergement, est édictée par une autorité compétente qui n'offre pas les mêmes garanties qu'un tribunal, et la définition de ses contours est abandonnée à la seule discrétion du

fournisseur de services d'hébergement.

57. Ce faisant, l'article 5 du règlement TCO porte atteinte au contenu même de la liberté d'expression en prévoyant une analyse généralisée des contenus et, à tout le moins, constitue une ingérence disproportionnée dans ce droit.

**

58. **Il en résulte que** le règlement TCO est contraire aux droits fondamentaux reconnus et protégés par le droit primaire de l'Union européenne, lu à la lumière de la CESDH, en ce qu'il prévoit un mécanisme d'injonction de retrait de contenus et une obligation de mettre en place des mesures spécifiques en violation du principe de liberté d'expression et du contenu essentiel de ce droit. Partant, la loi n° 2022-1159 du 16 août 2022, en ce qu'elle adapte un règlement contraire au droit de l'Union, viole elle-même le droit primaire de l'UE, lu à la lumière de la CESDH. Elle doit donc être laissée inappliquée et le décret attaqué doit, en conséquence, être annulé.

B. En ce qui concerne la méconnaissance par le règlement TCO du droit à la vie privée et du droit à la protection des données personnelles

59. **En deuxième lieu**, le décret attaqué méconnaît manifestement le droit primaire de l'Union européenne, en particulier la Charte, notamment ses articles 7, 8 et 52, lus à la lumière de l'article 8 de la CESDH, en ce qu'il a été pris en application de la loi n° 2022-1159 du 16 août 2022 qui adapte le droit interne au règlement TCO, alors que ce règlement viole manifestement ces stipulations, dès lors qu'il participe à la mise en œuvre de traitements de données non nécessaires, radicalement inadaptés et manifestement disproportionnés *stricto sensu*, et sans être assorti de garanties suffisantes.

60. **En droit**, aux termes de l'article 8 de la CESDH, intitulé « *Droit au respect de la vie privée et familiale* » :

« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de

son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

61. Ce principe se retrouve aux articles 7 et 8 de la Charte.

62. Le premier, intitulé « *Respect de la vie privée et familiale* », proclame le fait que « *Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de ses communications.* »

63. Le second, intitulé « *Protection des données à caractère personnel* », dispose que :

« 1. Toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant.

2. Ces données doivent être traitées loyalement, à des fins déterminées et sur la base du consentement de la personne concernée ou en vertu d'un autre fondement légitime prévu par la loi. Toute personne a le droit d'accéder aux données collectées la concernant et d'en obtenir la rectification.

3. Le respect de ces règles est soumis au contrôle d'une autorité indépendante. »

64. Par ailleurs, comme rappelé ci-avant (*cf. supra*, § 29), le 1. de l'article 52 de la Charte exige de respecter le contenu essentiel des droits protégés par la Charte.

65. Enfin, le fait que des données personnelles soient publiquement accessibles n'est pas de nature à rendre inapplicables les règles protégeant les données personnelles, la personne concernée conservant une attente raisonnable relative au respect

de sa vie privée (*cf.* CEDH, 24 avril 2018, *Benedik c. Slovénie*, n° 62357/14, §§ 100–119).

66. **En l’espèce**, la mise en œuvre des mesures spécifiques du règlement TCO implique des traitements de données disproportionnés et portant atteinte au contenu essentiel du droit à la vie privée et du droit à la protection des données personnelles.

67. L’article 5 du règlement TCO permet à une autorité compétente de n’importe quel État membre, d’obliger un fournisseur de services d’hébergement situé n’importe où sur le territoire de l’Union, à prendre des mesures spécifiques. Le fournisseur de services d’hébergement devra alors faire en sorte que les contenus hébergés sur ses services qui seraient à caractère terroriste puissent être identifiés préventivement. Pour cela, le 2 de l’article 5 du règlement TCO offre plusieurs possibilités, le fournisseur de services d’hébergement étant libre en principe de choisir celle(s) la (les) plus adaptée(s) (*cf. supra*, § 54).

68. En raison de l’obligation pour un fournisseur de services d’hébergement exposé à des contenus à caractère terroriste de mettre en œuvre ces mesures spécifiques, l’ensemble des contenus hébergés par le fournisseur sera potentiellement analysé, bien au-delà de ce qui a pu être admis en matière d’injonction judiciaire (*cf. supra*, § 53).

69. Cette analyse par le fournisseur de services d’hébergement exigée par l’article 5 du règlement TCO est donc susceptible de concerner l’ensemble des contenus publiés par la plateforme. Même si, concrètement, il est possible que l’ensemble des contenus ne soient pas analysés, cela est sans incidence sur le risque ainsi créé et le contrôle de proportionnalité qui doit en découler.

70. De la même manière que la conservation et l’accès théoriques à toutes les données de connexion et de géolocalisation constitue une ingérence très importante dans le droit à la vie privée et le droit à la protection des données personnelles qui induit un effet négatif sur l’exercice de la liberté d’expression (*cf.* CJUE, gr. ch., 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland e.a.*, aff. C-293/12, pt 28 ; CJUE, gr. ch., 21 décembre 2016, *Tele2 Sverige AB*, aff. C-203/15, pt 101 ; CJUE, gr. ch., 6 octobre 2020, *La Quadrature du Net e.a.*, aff. C-511/18, pt 118 ; CJUE, gr. ch., 5 avril 2022, *Commissioner of the Garda Síochána e.a.*, aff. C-140/20, pt 46 ; CJUE, gr. ch., 20

septembre 2022, *SpaceNet AG*, aff. C-793/19, pt 59), le fait d'analyser, possible-ment massivement, les messages publiés, au surplus sans que l'utilisateur ne puisse savoir lesquels sont analysés en pratique, constitue une ingérence dans le droit à la vie privée et le droit à la protection des données personnelles qui peut avoir une incidence sur l'utilisation des services d'hébergement concernés et, en conséquence, sur l'exercice par les utilisateurs de leur liberté d'expression.

71. Or, premièrement, de la même manière que la CJUE a reconnu qu'une réglementation permettant aux autorités publiques d'accéder de manière généralisée au contenu de communications électroniques doit être considérée comme portant atteinte au contenu essentiel du droit fondamental au respect de la vie privée (cf. CJUE, gr. ch., 6 octobre 2015, *Schrems I*, aff. C-362/14, pt 94), il en va nécessairement de même pour l'analyse généralisée du contenu des communications, en outre possiblement privées.

72. Deuxièmement, cette analyse généralisée des contenus n'est, à tout le moins, pas nécessaire ni proportionnée *stricto sensu*. En effet, d'une part, les conditions permettant à une autorité compétente d'obliger un fournisseur de services d'hébergement à mettre en place des mesures spécifiques ne sont pas de nature à cibler correctement les services d'hébergement qui devraient être concernés en raison de leur champ trop large (cf. *supra*, § 49). D'autre part, l'analyse de l'ensemble des contenus hébergés, alors même que cette analyse inclura des données sensibles, n'est pas de nature à circonscrire l'atteinte aux droits fondamentaux à ce qui est nécessaire, et encore moins à ce qui est absolument nécessaire.

73. **Il en résulte que** le règlement TCO est contraire au droit primaire de l'Union européenne, lu à la lumière de la CESDH, en ce qu'il prévoit un mécanisme d'injonction de retrait de contenus et une obligation de mettre en place des mesures spécifiques en violation du droit à la vie privée et du droit à la protection des données personnelles, et du contenu essentiel de ces droits. Partant, la loi n° 2022-1159 du 16 août 2022, en ce qu'elle adapte un règlement contraire au droit de l'Union, viole elle-même le droit primaire de l'UE. Elle doit donc être laissée inappliquée et le décret attaqué doit, en conséquence, être annulé.

C. En ce qui concerne la méconnaissance par le règlement TCO du droit à un recours effectif

74. **En troisième lieu**, le décret attaqué méconnaît manifestement le droit primaire de l'Union européenne, en particulier la Charte, notamment ses articles 10 et 52, lus à la lumière de l'article 6 § 1 de la CESDH, en ce qu'il a été pris en application de la loi n° 2022-1159 du 16 août 2022 qui adapte le droit interne au règlement TCO, alors que ce règlement viole manifestement ces stipulations, dans la mesure notamment où il ne permet pas un recours effectif contre les décisions prises sur son fondement.

75. **En droit**, aux termes de l'article 47 de la Charte, intitulé « *Droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial* » :

« Toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article.

Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi. Toute personne a la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter.

[...] »

76. La CESDH offre une protection similaire à son article 6 § 1 :

« Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mi-

neurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice.

77. Ainsi, il ressort de ces articles que toute personne doit pouvoir utilement contester les mesures prises à son encontre, par des voies de droit effectives (cf. CJCE, 15 mai 1986, *Johnston*, aff. 222/84, pts 18–19 ; CJUE, gr. ch., 6 octobre 2015, *Schrems I*, préc., pt 95).

78. Par ailleurs, comme rappelé précédemment (cf. *supra*, § 29), le 1. de l'article 52 de la Charte commande de respecter, à tout le moins, le contenu essentiel des droits protégés par la Charte.

79. **En l'espèce**, les décisions d'injonction de retrait de contenus que peuvent prendre les autorités compétentes à l'encontre des fournisseurs de services d'hébergement (1), ainsi que les décisions prises par les autorités compétentes à l'encontre des fournisseurs de services d'hébergement et celles prises par ces derniers à l'encontre des fournisseurs de contenus dans le cadre de l'obligation de mettre en œuvre des mesures spécifiques (2), sont manifestement dépourvues des voies de recours effectifs nécessaires.

1. S'agissant des injonctions de retrait

80. S'il est vrai que l'article 9 du règlement TCO affirme le principe selon lequel un recours est possible contre les décisions de retrait, il se contente de renvoyer aux droits nationaux.

81. Ce faisant, le règlement TCO n'organise nullement les garanties minimales requises qui devraient être offertes par les voies de recours nationales. En particulier, le règlement omet d'imposer le caractère suspensif d'un tel recours. Or, il est irréaliste de penser qu'un tribunal puisse être saisi et, *a fortiori*, puisse rendre sa décision avant que le délai d'une heure pour mettre en œuvre une injonction de retrait soit expiré.

82. Les décisions judiciaires constatant l'éventuelle illégalité d'une injonction n'interviendront que bien après que les mesures de censure administrative aient produit leurs effets. Or, notamment dans le contexte des communications en ligne où les informations sont volatiles et d'une durée courte, le retrait de contenus en une heure sans que le recours ne soit suspensif, et alors qu'un tribunal peut prendre jusqu'à plusieurs mois pour statuer sur la légalité d'une injonction, l'article 9 du règlement TCO porte une atteinte disproportionnée au droit à un recours effectif (*cf.* Cons. const., 18 juin 2020, *Loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet*, préc., pt 11 ; *v. supra*, § 38).

2. S'agissant de l'obligation de mettre en place des mesures spécifiques

83. Premièrement, le règlement TCO ne prévoit pas de voie de recours spécifique contre les décisions des autorités compétentes constatant qu'un fournisseur de services d'hébergement est exposé à des contenus à caractère terroriste. Dans le silence du règlement, et alors que celui-ci prévoit expressément que les États membres doivent prévoir une voie de recours contre les injonctions de retrait, il persiste un doute sur la possibilité, pour un droit national, de prévoir une telle voie de recours contre la décision d'une autorité compétente de considérer qu'un fournisseur de services d'hébergement est exposé à des contenus à caractère terroriste. À supposer que les législations nationales puissent prévoir une telle voie de recours, le règlement TCO ne les encadre pas et ne prévoit nullement les exigences minimales à respecter pour que ces recours soient effectifs.

84. Or, au regard des conséquences que comporte la qualification par une autorité compétente d'un fournisseur de services d'hébergement comme étant exposé à des contenus à caractère terroriste, le risque est grand, notamment parce que des délais minimum suffisants ne sont pas prévus pour pouvoir introduire un recours, qu'en pratique ces décisions ne puissent faire l'objet d'un recours effectif.

85. En outre, dans le silence du règlement TCO sur cette question, les recours contre une autorité compétente considérant un fournisseur de services d'hébergement comme exposé à des contenus à caractère terroriste ne sont pas obligatoirement suspensifs, ce qui ne permet pas aux décisions judiciaires – à supposer qu'un tribunal puisse être saisi – d'être effectives.

86. Deuxièmement, lorsqu'un contenu est retiré suite à une mesure spécifique ayant conduit le fournisseur de services d'hébergement à considérer ledit contenu comme étant à caractère terroriste, l'article 10 du règlement ne prévoit qu'un mécanisme de réclamation, c'est-à-dire une procédure administrative et non une véritable voie de recours.

87. À nouveau, dans le silence du règlement TCO, il n'est pas exclu que les droits nationaux ne puissent pas prévoir de voie de recours dans ce cas. À supposer que ce soit malgré tout le cas, le règlement échoue à préciser les exigences minimales d'un tel recours.

88. À ce titre, le fonctionnement français, dont ni le décret attaqué ni la loi n° 2022-1159 du 16 août 2022 ne prévoient de recours particulier, est éclairant quant aux lacunes du règlement TCO. En effet, en application du droit français, le fournisseur de contenu devra d'abord saisir l'ARCOM, autorité compétente chargée de traiter les réclamations au sens de l'article 10 du règlement. Ce n'est qu'en cas de refus, de la part de cette autorité, de considérer le retrait comme étant abusif qu'il pourra alors saisir une juridiction par une requête dirigée contre la décision de l'ARCOM. Autrement dit, le règlement institue une forme de subsidiarité au détriment du juge, le recours administratif étant privilégié et imposé dans un premier temps.

89. Or, cette procédure indirecte, consistant à imposer un détour par une autorité administrative avant de pouvoir saisir le juge, n'est pas de nature à offrir une voie de recours efficace. Non seulement cette voie de recours est indirecte – au sens où elle n'est pas dirigée contre la décision de retrait du fournisseur de services d'hébergement –, mais en plus elle ne produira ses effets que bien après le début de la mesure de blocage.

90. Ainsi, dans le silence du règlement TCO, les législations nationales n'ont aucune obligation de prévoir des voies de droit effectives. Des recours indirects – tel qu'en France – contre les décisions de blocage de contenus prises à la suite d'une obligation de mettre en œuvre des mesures spécifiques, ne sont pas de nature à offrir une voie de droit effective, portant une atteinte à l'essence même du droit à un recours effectif (*cf.* CJUE, gr. ch., 6 octobre 2015, *Schrems I*, préc., pt 94).

**

91. **Il en résulte que** le règlement TCO est contraire au droit primaire de l'Union européenne, lu à la lumière de la CESDH, en ce qu'il prévoit un mécanisme d'injonction de retrait de contenus et une obligation de mettre en place des mesures spécifiques en violation du droit à un recours effectif, ainsi que du contenu essentiel de ce droit. Partant, la loi n° 2022-1159 du 16 août 2022, en ce qu'elle adapte un règlement contraire au droit de l'Union, viole elle-même le droit primaire de l'Union, lu à la lumière de la CESDH. Elle doit donc être laissée inappliquée, ce qui ne pourra qu'entraîner la censure du décret attaqué.

III. À titre subsidiaire, sur la saisine de la CJUE de questions préjudicielles en appréciation de la validité du règlement TCO

92. À titre subsidiaire, le Conseil d'État pourra utilement saisir la CJUE, en application de l'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), d'une série de questions préjudicielles relatives à la validité du règlement TCO.

93. **En droit**, aux termes de l'article 267 du TFUE :

« La Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour statuer, à titre préjudiciel :

[...]

b) sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union.

Lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction d'un des États membres, cette juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de statuer sur cette question.

Lorsqu'une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour.

[...] »

94. Il résulte de ces stipulations, telles qu'interprétées par la Cour de justice de l'Union européenne dans son arrêt du 22 octobre 1987 *Foto-Frost* (cf. CJCE, 22 octobre 1987, *Foto-Frost contre Hauptzollamt Lübeck-Ost*, aff. 314/85, pts 14–17), que si les juridictions nationales peuvent examiner la validité d'un acte des institutions de l'Union, elles ne sont en revanche pas compétentes pour constater elles-mêmes l'invalidité de ces actes. Par ailleurs, ainsi que la Cour de justice l'a jugé dans son arrêt du 25 juillet 2002 *Unión de Pequeños Agricultores* (cf. CJCE, 25 juillet 2002, *Unión de Pequeños Agricultores*, aff. C-50/00, pts 39–40), le traité a établi un système complet de voies de recours et de procédures destiné à assurer le contrôle de la légalité des actes des institutions de l'Union, en le confiant au juge de l'Union et, dans ce système, des personnes physiques ou morales ne pouvant pas, en raison des conditions de recevabilité prévues par l'article 263, quatrième alinéa, du traité, attaquer directement des actes de droit de l'Union de portée générale, ont la possibilité de faire valoir l'invalidité de tels actes notamment devant les juridictions nationales et d'amener celles-ci à interroger à cet égard la Cour de justice par la voie de questions préjudicielles (V., pour une synthèse, CE, 4 décembre 2019, *Fédération bancaire française*, n° 415550, Rec. ; CE, 21 décembre 2021, *Fédération bancaire française*, n° 415550).

95. Au demeurant, le droit de l'Union n'impose pas que la recevabilité, devant une juridiction nationale, d'une exception d'illégalité dirigée contre un acte de l'Union soit subordonnée à la condition que cet acte concerne directement et individuellement le justiciable qui se prévaut de cette exception (cf. CJUE, 15 juillet 2021, *Fédération bancaire française*, aff. C-911/19 ; CE, 21 décembre 2021, *Fédération bancaire française*, n° 415550, pt 3 *in medio*).

96. Or, **en l'espèce**, les conditions sont remplies pour que le Conseil d'État transmette à la CJUE une question préjudicielle sur la validité du règlement TCO.

97. Premièrement, les exposantes ne pouvaient – malheureusement ! – manifestement pas former un recours en annulation devant le juge de l'Union européenne contre le règlement TCO lui-même (cf. CJUE, 4 février 2016, *C & J Clark International*, aff. C-659/13 et C-34/14, pts 72–73).

98. Deuxièmement, le règlement TCO méconnaît manifestement les droits fondamentaux garantis par le droit primaire de l'Union européenne, en particulier les articles 7, 8, 11, 47 et 52 de la Charte, lus à la lumière de la CESDH (*cf. supra*, II) alors qu'il sert de base légale au décret attaqué et à la loi n° 2022-1159 du 16 août 2022.

99. En effet, le mécanisme d'injonction de retrait et l'obligation de prendre des mesures spécifiques pour les fournisseurs de services d'hébergement exposés à des contenus à caractère terroriste, bien que mis en œuvre par le décret attaqué en application de la loi n° 2022-1159 du 16 août 2022, sont prévus par le règlement TCO directement.

100. Troisièmement, la question de la validité du règlement TCO est déterminante pour la résolution du litige. En effet, si la CJUE venait à déclarer le règlement TCO invalide – ce qui est, tout à la fois, fort souhaitable et probable –, la loi n° 2022-1159 du 16 août 2022 serait alors privée de base légale et devrait être écartée et laissée inappliquée, ce qui ne manquerait pas d'entraîner l'annulation du décret attaqué.

101. **Il en résulte que** les conditions pour que le Conseil d'État interroge la CJUE sur la validité du règlement TCO sont remplies.

102. Le Conseil d'État pourra alors interroger la CJUE sur la conformité du règlement TCO aux droits fondamentaux protégés par le droit primaire de l'Union, notamment la Charte, afin de savoir si, d'une part, ce règlement ne méconnaîtrait pas le contenu essentiel, au sens de l'article 52 de la Charte, du droit à la vie privée, du droit à la protection des données personnelles, de la liberté d'expression et d'information, et du droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial, respectivement consacrés par les articles 7, 8, 11 et 47 de la Charte, et si, d'autre part, ce règlement ne créerait pas une atteinte disproportionnée au droit à la vie privée, au droit à la protection des données personnelles, à la liberté d'expression et d'information, et au droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial.

**IV. À titre encore plus subsidiaire, sur l'inconventionnalité du décret
attaqué et de la loi n° 2022-1159 du 16 août 2022**

103. À titre encore plus subsidiaire, le décret attaqué et la loi n° 2022-1159 du 16 août 2022 sont inconventionnels en ce qu'ils mettent en œuvre les dispositions du règlement TCO, lui-même contraire au droit de l'Union, lu à la lumière de la CESDH.

**A. En ce qui concerne la méconnaissance par le décret attaqué et la loi
n° 2022-1159 du 16 août 2022 du droit à la liberté d'expression**

104. Le décret attaqué et la loi n° 2022-1159 du 16 août 2022 méconnaissent manifestement le droit primaire de l'Union européenne, en particulier la Charte, notamment ses articles 11 et 52, lus à la lumière de l'article 10 de la CESDH, en ce qu'ils mettent en œuvre les dispositions du règlement TCO en violation manifeste de ces stipulations, dès lors qu'ils mettent en place un système de censure administrative manifestement disproportionné et contraire au contenu essentiel de la liberté d'expression.

105. **En droit**, comme rappelé ci-avant (*cf. supra*, §§ 26 et suivants) de l'article 11 de la Charte et 10 de la CESDH découle la liberté d'expression.

106. De plus, le 1. de l'article 52 de la Charte exige de respecter le contenu essentiel des droits protégés par la Charte (*cf. supra*, § 29).

107. Par ailleurs, le juge national doit laisser inappliquée une disposition nationale qui serait contraire au droit de l'Union européenne (*cf. supra*, §§ 31 et suivants ; *cf. CJCE*, 15 juillet 1964, *Costa c. E.N.E.L.*, préc.).

108. **En l'espèce**, le décret attaqué et la loi n° 2022-1159 du 16 août 2022 violent le droit à la liberté d'expression tel que protégé par la Charte et la CESDH, en ce qu'ils mettent en œuvre le mécanisme d'injonction des articles 3 et 4 du règlement TCO (1) et les obligations de mesures spécifiques de l'article 5 de ce même règlement (2).

1. S'agissant des injonctions de retrait

109. Le décret attaqué et la loi n° 2022-1159 du 16 août 2022 autorisent la mise en œuvre du mécanisme d'injonction de l'article 3 du règlement TCO et ouvrent donc la possibilité pour une autorité administrative compétente, désignée conformément à l'article 12 du règlement, issue de n'importe quel pays de l'Union, de demander le retrait d'un contenu en ligne que ladite autorité estimerait comme étant à caractère terroriste.

110. Or, de manière similaire au règlement TCO (*cf. supra*, §§ 35 et suivants), le décret attaqué et la loi n° 2022-1159 du 16 août 2022 mettent en œuvre un dispositif de censure administrative dont, premièrement, le délai est trop court (*cf. supra*, §§ 36 et suivants); deuxièmement, qui repose sur des autorités compétentes qui ne sont pas indépendantes et impartiales (*cf. supra*, §§ 41 et suivants) et; troisièmement, qui se base sur la notion de terrorisme au sens de la directive (UE) 2017/541 du 15 mars 2017 dont la conséquence est que des contenus ne justifiant pas une atteinte aussi grave à la liberté d'expression pourront être censurés administrativement (*cf. supra*, §§ 46).

2. S'agissant de l'obligation de mettre en place des mesures spécifiques

111. Le décret attaqué et la loi n° 2022-1159 du 16 août 2022 autorisent l'ARCOM à obliger un fournisseur de services d'hébergement exposé à des contenus à caractère terroriste de prendre des mesures spécifiques au sens de l'article 5 du règlement TCO.

112. Le décret attaqué et la loi n° 2022-1159 du 16 août 2022 mettent en œuvre l'article 5 du règlement TCO qui permet à l'ARCOM de pouvoir décider que des fournisseurs de services d'hébergement sont exposés à des contenus à caractère terroriste et, ainsi, les obliger à mettre en œuvre des mesures spécifiques pour prévenir l'apparition sur leurs services d'hébergement de tels contenus sans attendre une injonction de retrait.

113. Comme cela a été développé à propos du règlement TCO (*cf. supra*,

§§ 47 et suivants), l'obligation d'instaurer des mesures spécifiques dont le mécanisme est mis en œuvre par le décret attaqué et la loi n° 2022-1159 du 16 août 2022, premièrement, repose sur des critères bien trop larges et qui sont insusceptibles de correctement encadrer le pouvoir de l'ARCOM (*cf. supra*, §§ 48 et suivants); et, deuxièmement, implique une obligation générale de surveillance des contenus en raison de l'objectif de ces mesures spécifiques d'identifier de nouveaux contenus pour prévenir leur dissémination en ligne (*cf. supra*, §§ 52 et suivants).

**

114. **Il en résulte que** le décret attaqué et la loi n° 2022-1159 du 16 août 2022 sont inconvencionnels en ce qu'ils mettent en œuvre le mécanisme d'injonction de retrait et l'obligation de mettre en place des mesures spécifiques en violation du principe de liberté d'expression et du contenu essentiel de ce droit. Dès lors, la loi n° 2022-1159 du 16 août 2022, en ce qu'elle est contraire au droit primaire de l'Union, lu à la lumière de la CESDH, doit être laissée inappliquée, ce qui ne pourra qu'entraîner la censure du décret attaqué.

B. En ce qui concerne la méconnaissance par le décret attaqué et la loi n° 2022-1159 du 16 août 2022 du droit à la vie privée et du droit à la protection des données personnelles

115. Le décret attaqué et la loi n° 2022-1159 du 16 août 2022 méconnaissent manifestement le droit primaire de l'Union européenne, en particulier la Charte, notamment ses articles 7, 8 et 52, lus à la lumière de l'article 8 de la CESDH, en ce qu'ils mettent en œuvre les dispositions du règlement TCO en violation manifeste de ces dispositions, dès lors qu'ils participent à la mise en œuvre de traitements de données non nécessaires, radicalement inadaptés et manifestement disproportionnés *stricto sensu*, et sans être assorti de garanties suffisantes.

116. **En droit**, de l'article 7 de la Charte et 8 de la CESDH découle le droit à la vie privée, et découle de l'article 8 de la Charte le droit à la protection des données personnelles (*cf. supra*, §§ 60 et suivants). De plus, le 1. de l'article 52 de la Charte impose de respecter, à tout le moins, le contenu essentiel des droits protégés par la Charte (*cf. supra*, § 29).

117. Par ailleurs, le juge national doit laisser inappliquée une disposition nationale qui serait contraire au droit de l'Union européenne (*cf. supra*, §§ 31 et suivants ; *cf. CJCE*, 15 juillet 1964, *Costa c. E.N.E.L.*, préc.).

118. **En l'espèce**, les mesures spécifiques mises en place par le décret attaqué et la loi n° 2022-1159 du 16 août 2022 autorisent la mise en œuvre de traitements de données disproportionnés et portant atteinte au contenu essentiel du droit à la vie privée et du droit à la protection des données personnelles.

119. En application de l'article 5 du règlement TCO, le décret attaqué et la loi n° 2022-1159 du 16 août 2022 permettent à l'ARCOM d'enjoindre à un fournisseur de services d'hébergement de prendre des mesures spécifiques, qui pourra alors possiblement traiter tous les contenus qu'il héberge afin d'identifier et de retirer de nouveaux contenus supposés être à caractère terroriste (*cf. supra*, §§ 67 et suivants).

120. Or, alors qu'une telle analyse générale des contenus induit un effet négatif sur l'exercice de la liberté d'expression (*cf. supra*, § 70), elle doit être considérée, premièrement, comme portant atteinte au contenu essentiel du droit fondamental au respect de la vie privée (*cf. supra*, § 71) ; deuxièmement, comme n'étant, à tout le moins, pas nécessaire ni proportionnée *stricto sensu* (*cf. supra*, § 72).

121. **Il en résulte que** le décret attaqué et la loi n° 2022-1159 du 16 août 2022 sont illégaux en ce qu'ils mettent en œuvre le mécanisme d'injonction de retrait et l'obligation de mettre en place des mesures spécifiques en violation du droit à la vie privée et du droit à la protection des données personnelles, et du contenu essentiel de ces droits. Dès lors, la loi n° 2022-1159 du 16 août 2022, en ce qu'elle est contraire au droit primaire de l'Union, lu à la lumière de la CESDH, doit être laissée inappliquée, ce qui ne manquera pas d'entraîner la censure du décret attaqué..

C. En ce qui concerne la méconnaissance par le décret attaqué et la loi n° 2022-1159 du 16 août 2022 du droit à un recours effectif

122. Le décret attaqué et la loi n° 2022-1159 du 16 août 2022 méconnaissent manifestement le droit primaire de l'Union européenne, en ce qu'ils mettent en œuvre les dispositions du règlement TCO en violation manifestement de la Charte,

notamment ses articles 10 et 52, lus à la lumière de l'article 6 § 1 de la CESDH, dès lors qu'ils ne permettent pas un recours effectif contre les décisions prises en application du règlement.

123. **En droit**, il découle de l'article 47 de la Charte et de l'article 6 § 1 de la CESDH le droit à un recours effectif (*cf. supra*, §§ 75 et suivants).

124. Par ailleurs, comme rappelé ci-avant (*cf. supra*, § 29), le 1. de l'article 52 de la Charte exige de respecter le contenu essentiel des droits protégés par la Charte et le juge national doit laisser inappliquée une disposition nationale qui serait contraire au droit de l'Union européenne (*cf. supra*, §§ 31 et suivants ; *cf. CJCE*, 15 juillet 1964, *Costa c. E.N.E.L.*, préc.).

125. **En l'espèce**, le décret attaqué et la loi n° 2022-1159 du 16 août 2022 mettent en œuvre les mesures du règlement TCO sans apporter de voies de recours effectives, qu'il s'agisse de celles visant à contester une injonction de retrait (1) ou de celles visant à contester l'obligation de mettre en œuvre des mesures spécifiques ou visant à contester les effets de la mise en œuvre de cette obligation (2).

1. S'agissant des injonctions de retrait

126. Comme rappelé ci-avant en ce qui concerne la méconnaissance par le règlement TCO de l'article 47 de la Charte (*cf. supra*, §§ 80 et suivants), le règlement renvoie aux États membres le soin de prévoir des voies de recours effectif contre une injonction de retrait.

127. L'article 6-1-5 de la LCEN, créé par la loi n° 2022-1159 du 16 août 2022, organise les possibilités de recours en droit interne et l'article 4 du décret attaqué en tire les conséquences réglementaires. Ce dernier insère un article R. 773-54 au sein du code de justice administrative, qui dispose que « *Le tribunal statue dans un délai de soixante-douze heures à compter de l'enregistrement de la requête lorsqu'il est saisi sur le fondement des articles 3 et 4 du [règlement TCO] conformément aux dispositions de l'article 6-1-5 de la loi du 21 juin 2004 susvisée* ».

128. Or, ce délai de 72 heures est insusceptible de permettre une évaluation

en temps utile de la légalité de l'injonction de retrait, puisque le délai d'une heure prévu par l'article 3 du règlement TCO n'est pas suspendu en cas de recours. En outre, ce délai de 72 heures n'est pas prescrit à peine de nullité, ni imparti à peine de dessaisissement du juge, de sorte que la circonstance que la décision du juge statuant sur ce recours soit rendue au-delà de ce délai sera sans doute jugé par le Conseil d'État comme étant dépourvue d'incidence sur sa régularité, une telle décision n'étant pas caduque pour avoir été rendue après l'expiration de ce délai décopté à partir de l'enregistrement de la requête (*cf.* par analogie avec le non-respect du délai de 48 heures fixé par l'article L. 521-2 du code de justice administrative : CE, 2 septembre 2002, n° 250120 ; CE, 22 septembre 2009, n° 332003 ; CE, 24 août 2010, n° 342631). Dans ce prolongement, l'absence de réponse du juge dans ce délai quant aux suites à donner à sa saisine ne devrait pas non plus avoir pour effet de clore cette instance, ni de saisir d'office le juge d'appel (*cf.* par analogie avec le non-respect du délai de 48 heures fixé par l'article L. 521-2 du code de justice administrative : CE, 13 janvier 2023, n° 470233, pt 5). Par ailleurs, même si les I et II de l'article 6-1-5 de la LCEN prévoient que la voie des référés des articles L. 521-1 et L. 521-2 du code de justice administrative est possible, les délais de ces procédures sont insusceptibles d'offrir une voie de recours efficace contre les injonctions puisque l'ordonnance de référé ne pourra être rendue en temps utile ici non plus et que le décret ne pallie pas ces délais trop longs.

2. S'agissant de l'obligation de mettre en place des mesures spécifiques

129. Premièrement, dans le silence du règlement qui ne prévoit pas de voie de recours spécifique contre les décisions des autorités compétentes constatant qu'un fournisseur de services d'hébergement est exposé à des contenus à caractère terroriste, le législateur français a décidé d'organiser une voie de recours spécifique au IV de l'article 6-1-5 de la LCEN, créé par la loi n° 2022-1159 du 16 août 2022, en laissant un délai de 15 jours pour saisir les tribunaux. Le décret attaqué reste muet sur les voies de recours contre la décision de l'ARCOM qui considérerait qu'un fournisseur de services d'hébergement est exposé à des contenus à caractère terroriste et doit mettre en place des mesures spécifiques.

130. Or, ce faisant, le décret attaqué et la loi n° 2022-1159 du 16 août 2022 mettent en œuvre un délai bien trop restreint pour constituer une voie de recours ef-

fective. Si le 7. de l'article 5 du règlement TCO prévoit qu'« *fournisseur de services d'hébergement peut, à tout moment, demander à l'autorité compétente de réexaminer et, le cas échéant, de modifier ou de révoquer une décision* [constatant qu'il est exposé à des contenus à caractère terroriste] », cette nouvelle décision provoquée de l'ARCOM peut n'intervenir qu'au bout de trois mois selon ce même 7 de l'article 5 du règlement.

131. Un fournisseur de services d'hébergement qui voudrait contester une décision de l'ARCOM de le qualifier comme étant exposé à des contenus à caractère terroriste devra réunir de nombreux éléments, analyser la doctrine de l'autorité, *etc.*, ce qui n'est pas sérieusement possible de faire dans un délai de 15 jours. Le décret attaqué et la loi n° 2022-1159 du 16 août 2022 introduisent donc le risque que les fournisseurs de services d'hébergement s'en remettent à des requêtes pré-rédigées, stéréotypée, et qui s'adapteront difficilement à leur situation spécifique.

132. Deuxièmement, ni le décret attaqué ni la loi n° 2022-1159 du 16 août 2022 ne prévoient de recours contre la décision d'un fournisseur de services d'hébergement de retirer un contenu en application d'une mesure spécifique qui lui a été imposée par l'ARCOM. Cette voie de recours indirect porte une atteinte disproportionnée au droit à un recours effectif (*cf. supra*, §§ 88 et suivants).

**

133. **Il en résulte que** le décret attaqué et la loi n° 2022-1159 du 16 août 2022 sont inconstitutionnel en ce qu'ils mettent en œuvre le règlement TCO en violation du droit à un recours effectif, ainsi que du contenu essentiel de ce droit. Dès lors, la loi n° 2022-1159 du 16 août 2022, en ce qu'elle est contraire au droit primaire de l'Union, lu à la lumière de la CESDH, doit être laissée inappliquée, ce qui ne manquera pas d'entraîner la censure du décret attaqué.

V. À titre infiniment subsidiaire, sur l'illégalité externe

134. À titre infiniment subsidiaire, le décret attaqué est illégal en ce qu'il n'a été précédé d'aucune analyse d'impact sur la protection des données (AIPD) et qu'il

n'a donné lieu à aucune consultation préalable de l'autorité de contrôle.

135. **En droit**, l'article 35 du règlement UE n° 2016/679 du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (ci-après « RGPD »), intitulé « *Analyse d'impact relative à la protection des données* », dispose que :

« 1. Lorsqu'un type de traitement, en particulier par le recours à de nouvelles technologies, et compte tenu de la nature, de la portée, du contexte et des finalités du traitement, est susceptible d'engendrer un risque élevé pour les droits et libertés des personnes physiques, le responsable du traitement effectue, avant le traitement, une analyse de l'impact des opérations de traitement envisagées sur la protection des données à caractère personnel. Une seule et même analyse peut porter sur un ensemble d'opérations de traitement similaires qui présentent des risques élevés similaires.

[...]

3. L'analyse d'impact relative à la protection des données visée au paragraphe 1 est, en particulier, requise dans les cas suivants :

a) l'évaluation systématique et approfondie d'aspects personnels concernant des personnes physiques, qui est fondée sur un traitement automatisé, y compris le profilage, et sur la base de laquelle sont prises des décisions produisant des effets juridiques à l'égard d'une personne physique ou l'affectant de manière significative de façon similaire ;

b) le traitement à grande échelle de catégories particulières de données visées à l'article 9, paragraphe 1, ou de données à caractère personnel relatives à des condamnations pénales et à des infractions visées à l'article 10; ou

c) la surveillance systématique à grande échelle d'une zone accessible au public.

[...] »

136. À supposer que le décret attaqué relève du titre III de la loi n° 78-17 du

6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (ci-après « loi Informatique et Libertés ») lu à la lumière de la directive UE n° 2016/680 du 27 avril 2016 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données (ci-après directive « police-justice »), l'article 27 de cette directive prévoit également l'obligation d'établir une AIPD pour les mêmes raisons que le RGPD.

137. L'article 36 du RGPD, intitulé « *Consultation préalable* », dispose à son 1. que :

« 1. Le responsable du traitement consulte l'autorité de contrôle préalablement au traitement lorsqu'une analyse d'impact relative à la protection des données effectuée au titre de l'article 35 indique que le traitement présenterait un risque élevé si le responsable du traitement ne prenait pas de mesures pour atténuer le risque. »

138. L'article 28 de la directive « police-justice » reprend les mêmes exigences que l'article 36 du RGPD.

139. Ces obligations sont également reprises aux articles 62 et 63 de la loi Informatique et Libertés, qui disposent que :

« Art. 62 – Le responsable du traitement effectue préalablement à la mise en œuvre du traitement une analyse d'impact des opérations de traitement envisagées sur la protection des données à caractère personnel dans les conditions prévues à l'article 35 du règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016. »

« Art. 63 – Conformément à l'article 36 du règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016, le responsable du traitement est tenu de consulter la Commission nationale de l'informatique et des libertés préalablement à la mise en œuvre du traitement lorsqu'il ressort de l'analyse d'impact prévue à l'article 62 que le traitement présenterait un risque élevé si le responsable du traitement ne prenait pas de mesures pour atténuer le

risque. »

140. À supposer que le décret attaqué relève du champ d'application de la directive « police-justice », le titre III de la loi Informatique et Libertés prévoit la même obligation puisque son article 90 exige la réalisation d'une AIPD et sa transmission à la Commission nationale de l'informatique et des libertés (ci-après « la CNIL ») « *si le traitement est susceptible d'engendrer un risque élevé pour les droits et les libertés des personnes physiques, notamment parce qu'il porte sur des données mentionnées au I de l'article 6* ».

141. **En l'espèce**, le traitement autorisé par le décret attaqué est au nombre de ceux concernés par la réalisation obligatoire d'une AIPD alors que celle-ci n'a pourtant pas été produite.

142. En effet, le décret attaqué autorise la création de différents traitements de données :

- par les fournisseurs de services d'hébergement qui devront adapter leur système d'information au mécanisme de notification prévu par les articles 6-1-1 et 6-1-5 de la LCEN et par le règlement TCO ;
- par l'OCLCTIC, en tant qu'autorité compétente au sens du règlement TCO chargée d'émettre des injonctions de retrait ;
- par l'ARCOM, en tant qu'autorité compétente au sens du règlement TCO chargée d'examiner la validité des injonctions de retrait.

143. Or, les b) et c) du 4. de l'article 3 du règlement TCO prévoient que les injonctions de retrait par l'OCLCTIC et par l'ARCOM contiennent, d'une part, une « *motivation suffisamment détaillée expliquant les raisons pour lesquelles le contenu est considéré comme étant un contenu à caractère terroriste* » et, d'autre part, un lien vers le contenu en cause. Cela a pour conséquence que les injonctions de retrait sont susceptibles de comporter des données personnelles voire des données sensibles au sens de l'article 6 de la loi Informatique et Libertés, de l'article 9 du RGPD et de l'article 10 de la directive « police-justice ». Or, ces injonctions sont traitées par les fournisseurs de services d'hébergement, par l'OCLCTIC et par l'ARCOM dans leurs systèmes d'information respectifs. Le décret attaqué prévoit donc bien des traitements de données personnelles, voire de données sensibles.

144. Par ailleurs, ces traitements de données entrent dans les cas prévus par le 3 de l'article 35 du RGPD.

145. Malgré le fait que ces traitements soient soumis à l'obligation d'établir une AIPD et de la transmettre à l'autorité de contrôle, celle-ci n'a pas été établie ni, *a fortiori*, transmise à la CNIL. En effet, il ne ressort ni du corps du décret, ni de ses visas, ni même de sa notice, qu'une telle AIPD aurait été produite.

146. Cette absence d'AIPD est d'autant plus préjudiciable que les ministres signataires auraient, par la production de cette analyse, pu constater que le respect des droits et libertés fondamentaux, notamment le principe de proportionnalité, n'est nullement assuré et que le décret attaqué est donc en l'état illégal. Cette irrégularité substantielle a non seulement nuit à l'information des intéressés, mais a également exercé une influence déterminante sur le sens de la décision prise par les ministres signataires.

147. **Il en résulte que** le décret est illégal en ce qu'il autorise la mise en œuvre de traitements de données alors qu'aucune analyse d'impact sur la protection des données n'a été réalisée.

PAR CES MOTIFS, l'association La Quadrature du Net, la fondation European Center for Not-for-Profit Law Stichting, les associations Access Now Europe AISBL et European Digital Rights AISBL, la fondation Stichting Article 19 et l'association Wikimédia France, exposantes, concluent qu'il plaise au Conseil d'État de :

— **À TITRE PRINCIPAL :**

ANNULER le décret attaqué, avec toutes conséquences de droit ;

DÉCLARER la loi n° 2022-1159 du 16 août 2022 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière de prévention de la diffusion de contenus à caractère terroriste en ligne contraire à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, notamment ses articles 7, 8, 11, 47 et 52, lus à la lumière de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, notamment ses articles 8 et 10 ;

METTRE À LA CHARGE de l'État une somme de 4 096 euros par exposante, en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

— **À TITRE SUBSIDIAIRE :**

SAISIR, en application de l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) des questions préjudicielles suivantes :

« Le règlement 2021/784 du 29 avril 2021 relatif à la lutte contre la diffusion des contenus à caractère terroriste en ligne ne porte-il pas atteinte au contenu essentiel, au sens de l'article 52 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, du droit à la vie privée, du droit à la protection des données à caractère personnel, de la liberté d'expression et d'information et du droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial, respectivement consacrés par les articles 7, 8, 11 et 47 de la Charte ? »

« Le règlement 2021/784 du 29 avril 2021 relatif à la lutte contre la diffusion des contenus à caractère terroriste en ligne ne serait-il pas incompatible avec le droit à la vie privée, le droit à la protection des données à caractère personnel, la liberté d'expression et d'information et le droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial, respectivement consacrés par les articles 7, 8, 11 et 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ? »

SURSEOIR à statuer dans l'attente de la réponse de la Cour à ces questions.

Fait à Paris, le 8 novembre 2023

Alexis FITZJEAN Ó COBHETHAIGH
Avocat au Barreau de Paris

BORDEREAU DES PRODUCTIONS

Pièces déjà communiquées :

Pièce n° 1 : Décret n° 2023-432 du 3 juin 2023 relatif au retrait des contenus à caractère terroriste en ligne, pris en application des articles 6-1-1 et 6-1-5 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN) (décret attaqué);

Pièce n° 2 : Statuts de La Quadrature du Net;

Pièce n° 3 : Pouvoir de La Quadrature du Net;

Pièce n° 4 : Statuts de l'ECNL et extrait d'enregistrement à la chambre de commerce (version néerlandaise originale et traduction en anglais);

Pièce n° 5 : Pouvoir de l'ECNL;

Pièce n° 6 : Mandat autorisant [REDACTED] à agir pour le compte de l'ECNL;

Pièce n° 7 : Statuts d'Access Now Europe;

Pièce n° 8 : Pouvoir d'Access Now Europe;

Pièce n° 9 : Statuts d'EDRi et récépissé de déclaration;

Pièce n° 10 : Pouvoir d'EDRi;

Pièce n° 11 : Statuts d'Article 19 (version néerlandaise originale et traduction en anglais) et extrait d'enregistrement à la chambre de commerce;

Pièce n° 12 : Pouvoir d'Article 19;

Pièce n° 13 : Statuts de Wikimedia France;

Pièce n° 14 : Pouvoir de Wikimedia France;

Nouvelles pièces :

Pièce n° 15 : Traduction en français de la pièce n° 4;

Pièce n° 16 : Traduction en français de la pièce n° 11;

Pièce n° 17 : Pouvoir régularisé d'Article 19;

Pièce n° 18 : Rapport du 6 avril 2018 du Rapporteur spécial des Nations Unies sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression, URL : <https://daccess-ods.un.org>.

org/access.nsf/Get?OpenAgent&DS=A/HRC/38/35&Lang=F;

Pièce n° 19 : Rapport d'activité 2022 de la personnalité qualifiée de l'ARCOM sur les demandes de retrait administratif de contenus à caractère terroriste ou pédopornographiques, URL : <https://www.arcom.fr/sites/default/files/2023-04/Rapport%20activit%C3%A9%202022%20de%20la%20personnalite%20qualifiee%20-%20Arcom.pdf>.